

Los aspectos internacionales en la reforma de la Constitución

ELIZABETH SALMÓN*

SUMARIO

1. LA INCORPORACIÓN INMEDIATA DE LOS TRATADOS (ACTUAL ARTÍCULO N.º 55 DE LA CONSTITUCIÓN DE 1993)
 - A. «CELEBRADOS POR EL ESTADO»
 - B. ENTRADA EN VIGOR
2. LA PREVALENCIA DE LOS TRATADOS
3. LA JERARQUÍA DE LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS
4. LOS ARTÍCULOS 56º Y 57º DE LA CONSTITUCIÓN DE 1993: LA DENOMINADA LISTA POSITIVA Y EL SISTEMA DE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE EL CONGRESO Y EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA
5. LA DENUNCIA DE LOS TRATADOS Y LA POSIBILIDAD DE SOMETERLOS A REFERÉNDUM
6. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES
7. LA COSTUMBRE INTERNACIONAL
8. EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA REFORMA CONSTITUCIONAL O LA POLÍTICA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS
9. CONCLUSIONES

A la fecha de cierre del presente artículo, el proceso de reforma de la Constitución no ha concluido, pero sí se cuenta con el Dictamen de la Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales que propone un Texto Sustitutorio para el Proyecto de Ley de Reforma de la Constitución. Este texto tiene como antecedentes el Anteproyecto de Ley de Reforma de la Constitución del 5 de abril del 2002 y también la propuesta de la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional de julio del 2001.¹ En el presente artículo, analizaremos los aspectos inter-

* *Profesora de Derecho Internacional de la Pontificia Universidad Católica del Perú.*

¹ Sobre este texto véase de la misma autora «Las normas internacionales en la propuesta de la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú», *Agenda Internacional*, año VIII, n.º 16, enero-julio del 2002, pp. 59-81.

nacionales del Texto Sustitutorio o Documento Final en relación con los textos anteriores. De este modo, tendremos la posibilidad de manejar una visión completa, que considere tanto los aciertos como los desaciertos en este importante tema del proceso de reforma constitucional.

Debe destacarse que, en todo el proceso de reforma, se ha brindado gran importancia a los temas internacionales, y eso se ve reflejado en el número de disposiciones que tienen que ver con los principales avances en materia del derecho internacional público y el derecho internacional de los derechos humanos. Creemos que esto se debe a la toma de conciencia de que vivimos en una comunidad globalizada en la que se entretejen cada vez más vínculos jurídicos entre sus sujetos (contando, dentro de ellos, al individuo y la protección de sus derechos humanos, la misma que, de acuerdo con el Dictamen, «trasciende [acertadamente] el mero respeto a los mismos»).

Por ello, nos vamos a centrar en el análisis de dos temas fundamentales: el referido a los tratados y otras fuentes del derecho internacional, y el referido al conjunto de las disposiciones sobre derechos humanos, las mismas que delinearán una suerte de *política* de derechos humanos, tendiente a garantizar el cumplimiento de obligaciones internacionales en la materia.

El Texto Sustitutorio dedica el Capítulo III del Título II, Del Estado y la Nación, al tema de los tratados. En líneas generales, este capítulo supone, por un lado, un lamentable retroceso en relación con la Constitución de 1993 en cuanto a aspectos procedimentales esenciales, tales como los relacionados a la distribución de competencias entre el Presidente y el Congreso para la asunción de compromisos internacionales y también en lo referente a la falta de precisión en relación con el control de constitucionalidad de los tratados; pero significa, por otro, un gran avance en cuanto a prever el rango constitucional de los tratados de derechos humanos (volviendo a la línea de la Constitución de 1979) y en cuanto a la protección que, en general, se brinda al cumplimiento de las obligaciones internacionales. Asimismo, otro aspecto fundamental, vinculado a las fuentes del derecho internacional, es la saludable y expresa alusión a «los principios y normas de Derecho Internacional Público», la misma que significa la formalización de la utilización de dos fuentes más del derecho internacional: la costumbre (o derecho internacional general) y los principios generales. Por otro lado, no podemos dejar de

mencionar, aunque no lo tratemos en detalle,² el hecho de que el art. 72º del Texto Sustitutorio se ha limitado a repetir el texto del art. 54º de la Constitución de 1993 sobre el territorio del Estado sin reflexionar en lo relativo al tema del dominio marítimo y el derecho internacional contemporáneo en la materia, plasmado en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

1. LA INCORPORACIÓN INMEDIATA DE LOS TRATADOS (ACTUAL ARTÍCULO 55º DE LA CONSTITUCIÓN DE 1993)

Artículo 78º.- Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalece el primero [la cursiva es nuestra].

El art. 78º del Texto Sustitutorio se refiere al ingreso de las normas internacionales a los ordenamientos internos de los Estados, y eso necesariamente implica la toma de posición respecto a dos aspectos complementarios: la incorporación y la jerarquía.

La *incorporación* alude a la forma en que las normas internacionales ingresan a los ordenamientos estatales. Estas pueden ingresar automáticamente (sistema de incorporación monista) o requieren de algún mecanismo especial de transformación de la norma internacional en norma interna (sistema de incorporación dualista), tal como sucede en Estados como el Reino Unido, Irlanda, Italia y los países nórdicos.³ Por su

² En la propuesta que el Instituto de Estudios Internacionales de la Pontificia Universidad Católica del Perú hizo llegar al Congreso figura el siguiente texto alternativo: «El territorio peruano es inalienable e inviolable. Comprende el suelo, el subsuelo, el mar territorial y el espacio aéreo que lo cubre.

La extensión del espacio terrestre se encuentra establecida en los tratados vigentes celebrados por el Perú.

La extensión del mar territorial está determinada por las normas del Derecho Internacional General y por los tratados ratificados por el Perú. Los derechos que el Perú ejerce desde el límite exterior del mar territorial hasta las 200 millas marítimas son los establecidos por el Derecho Internacional General y por los tratados ratificados por el Perú».

Este texto busca, precisamente, adecuar la norma constitucional a los estándares internacionales.

³ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *Curso de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1991, p.153.

parte, la *jerarquía* se refiere al rango o posición que los tratados tendrán en relación (de prevalencia o subordinación) con las otras normas del sistema jurídico estatal.

Tanto la Constitución de 1993 como la de 1979 delinearon un régimen que, en términos generales, abordó estos dos aspectos siguiendo las tendencias más o menos dominantes en América Latina. En efecto, en el ámbito latinoamericano resulta posible identificar una cierta tendencia a adoptar automáticamente los tratados internacionales desde su entrada en vigor, es decir, sin necesidad alguna de transformación de la norma internacional en norma interna. Este es el caso, con algunas variables, de Argentina (art. 31º), El Salvador (art. 144º), Honduras (art. 16º), México (art. 133º), Colombia (art. 224º) y Paraguay (art. 141º). En el resto de los casos, solo figuran normas específicas sobre la competencia del órgano legislativo para aprobar el tratado y, normalmente, del presidente del órgano ejecutivo para ratificarlo.

Nuestro sistema constitucional vigente opta por la aplicabilidad inmediata de los tratados en el derecho interno (sistema monista). Esta opción significa que el Estado no requiere emitir acto adicional alguno de incorporación, sino que basta con que el Perú haya, de un lado, «celebrado» el tratado y que este, de otro, se encuentre «en vigor» de acuerdo con sus propias disposiciones.

En este sentido, el art. 55º de la Constitución de 1993 dispone que:

Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.

De igual manera, el art. 3º de la Ley sobre Perfeccionamiento de Tratados n.º 26647 precisa que:

[...] [tales tratados] entran en vigencia y se incorporan al Derecho Nacional, en la fecha en que se cumplan las condiciones establecidas en los instrumentos internacionales respectivos.

En síntesis, estas normas contienen dos conceptos que conviene precisar.

A. «CELEBRADOS POR EL ESTADO»

En primer lugar, cuando se alude al proceso de celebración de tratados, se hace referencia, de manera general, «al conjunto de actos a través de los cuales se forman los tratados en el ordenamiento internacio-

nal»⁴ y, de manera particular, a la decisión de los sujetos que elaboraron el tratado (y, eventualmente, de sujetos no negociadores) «de quedar vinculados jurídicamente por sus disposiciones».⁵ Esta vinculación se realiza a través de cualquiera de los mecanismos previstos por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que establece como formas de manifestación del consentimiento la firma, el canje de los instrumentos que constituyen el tratado en cuestión, la ratificación, la aceptación, la aprobación, la adhesión o cualquier otra forma que se hubiere convenido.⁶

Por lo tanto, la elección del mecanismo idóneo para manifestar el consentimiento corresponde normalmente a los ordenamientos jurídicos de los propios Estados, que gozan, como confirma la práctica internacional, de una amplia libertad de forma en este punto. En nuestro caso, los art.ºs 56º y 57º de la Constitución delimitan acertadamente tres procedimientos diferentes de acuerdo con el contenido negocial de los compromisos internacionales. Este hecho no hace mella de que, por un lado, estos procesos siempre culminen con la ratificación presidencial y, por el otro, aludan al proceso de celebración del tratado y no constituyan un requisito adicional para su incorporación en el derecho peruano. De esta manera, afirmar que el tratado ha sido celebrado por el Perú significa que nuestro Estado ha tenido la oportunidad de participar en las fases de celebración del mismo o que, adhiriéndose a él (cuando este procedimiento ya concluyó), ha tenido la oportunidad de conocer el contenido del convenio y, lo que resulta fundamental, ha manifestado su consentimiento en obligarse con este a través de cualquiera de los mecanismos que el derecho internacional establece.

B. ENTRADA EN VIGOR

La exigencia constitucional de que el tratado esté *en vigor* se refiere al momento, siempre posterior a la manifestación del consentimiento, en que el tratado comienza a «desplegar todos sus efectos jurídicos», entre

⁴ GONZÁLEZ CAMPOS, Julio y OTROS. *Curso de Derecho Internacional Público*. Madrid: Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, 1992, p.139.

⁵ GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo. *Derecho internacional público*. Vol. 1: Introducción y Fuentes. Barcelona: PPU, 1993, p.152.

⁶ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969). Artículos n.ºs 11 a 16. Aprobada mediante DS 029-2000-RE del 21 de septiembre del 2000.

ellos su obligatoriedad jurídica (*pacta sunt servanda*)⁷ y su cumplimiento de acuerdo con el principio de buena fe. Un tratado en vigor, por tanto, obliga a las partes y su incumplimiento genera una situación de responsabilidad internacional.

El art. 24º de la Convención de Viena establece que, para que el tratado entre en vigor, se estará bien a lo dispuesto por los propios Estados que negociaron el tratado o bien, a falta de disposición en este sentido, a la oportunidad en que exista constancia del consentimiento de todos los Estados negociadores. Este último supuesto, más bien excepcional y residual, se ha visto relegado por disposiciones expresas de tratados multilaterales que normalmente prevén su entrada en vigor a partir del hecho de que un número determinado de Estados hayan consentido en obligarse por el tratado⁸ o bien a partir de una fecha determinada.⁹

Por otra parte, cabe destacar que la publicación del texto de los tratados en el orden interno sólo cumple, en nuestro sistema jurídico, una labor de publicidad y difusión de la norma internacional,¹⁰ y no constituye una condición o requisito para la incorporación del mismo, que se verifica, como ya hemos anotado, con la sola entrada en vigencia internacional. Por ello, coincidimos con Novak cuando afirma que el art. 55º es una norma especial a la que no le es oponible la norma general sobre publicidad del art. 51º de la Constitución, interpretación que, además, la práctica diplomática peruana ha confirmado plenamente. En efecto, en muchos casos, el Estado peruano ha honrado sus compromisos internacionales no obstante no haber sido publicados los tratados cuyo cumplimiento se exigía. La publicidad, por una interpretación sistemática, no es condición de vigencia por acción del art. 55º, pero sí de conocimiento general y, por ende, de correcta aplicación del mismo.

De esta manera y desde una perspectiva técnica, la fórmula del art. 55º de la Constitución de 1993 supera ampliamente la primera parte del art. 101º de la Constitución de 1979, que establecía:

⁷ GUTIÉRREZ ESPADA, *op. cit.*, pp.170-171.

⁸ Este es, por ejemplo, el caso de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar que estipula que entrará en vigor a los doce meses del depósito del sexagésimo instrumento de ratificación.

⁹ Por ejemplo, el art. 84º de la Convención de Viena de 1969 establece un plazo de treinta días para aquellos Estados que ratifiquen o se adhieran a ella después de que el tratado recibió la trigésima quinta ratificación.

¹⁰ Así, el art. 51º de la Constitución proclama la publicidad como elemento esencial para la vigencia de toda norma del Estado.

Los tratados internacionales celebrados por el Perú con otros Estados, forman parte del derecho nacional [...].

En efecto, la actual Constitución ofrece, por lo menos, dos claras ventajas frente al texto anterior:

– En primer lugar, la exigencia del art. 55º, al prever el requisito de que el tratado esté en vigor, supera los problemas que podrían haberse presentado con la Constitución de 1979 si el Perú manifestaba su consentimiento en relación con un tratado que aún no había entrado en vigor o, supuesto más anómalo, que nunca entrara en vigor por no alcanzar el número de ratificaciones necesarias para ello. Acertadamente, la entrada en vigor se presenta hoy como requisito *sine qua non* para pasar a formar parte del ordenamiento nacional.

– Asimismo, la Constitución de 1993 elimina toda referencia a los sujetos con los cuales el Perú podría celebrar un tratado (como lo hacía la Constitución anterior al referirse a «los tratados internacionales celebrados por el Perú *con otros Estados* [la cursiva es nuestra]»). En efecto, no son solo los Estados los sujetos de Derecho Internacional que pueden celebrar tratados internacionales sino, también, las organizaciones internacionales, sujetos derivados del orden internacional que tienen, en casi todos los casos, la capacidad de hacerlo siempre que cuenten con las competencias para ello. No reconocer este hecho supone desconocer el rol fundamental que juegan las organizaciones internacionales en las relaciones internacionales de nuestro tiempo.¹¹

Por todo lo dicho, la Constitución de 1993, al establecer que los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional, opta por un sistema de aplicabilidad inmediata que se acerca a una evidente y saludable comprensión monista de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno. En esta medida, consideramos muy acertado que el Texto Sustitutorio haya reiterado este punto en el art. 78º.

¹¹ En este sentido, si bien la Convención de Viena de 1969 limita su ámbito de aplicación a los tratados celebrados entre Estados, se encarga de precisar que esto «no afectará el valor jurídico de otros acuerdos internacionales celebrados entre Estados y otras entidades internacionales». Por esto, al concluirse la Conferencia de Viena de 1969 se encargó a la Comisión de Derecho Internacional la elaboración de un proyecto sobre este tema, el mismo que fue finalmente propuesto a los Estados en la Conferencia de Viena que concluyó el 21 de marzo de 1986. A esta fecha, corresponde la Convención de Viena sobre los Tratados celebrados entre Estados y organizaciones internacionales, o entre organizaciones internacionales entre sí.

2. LA PREVALENCIA DE LOS TRATADOS

Artículo 78º.- Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional. *En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalece el primero* [la cursiva es nuestra].

En la práctica comparada latinoamericana, resulta posible identificar dos claras tendencias en el tema de la jerarquía: la mayoritaria, que suele darle valor legal a los tratados internacionales; y la minoritaria, que le otorga valor supralegal a estas normas convencionales. Este es el caso de Costa Rica (art. 7º), El Salvador (art. 144º), Honduras (art. 18º), Paraguay (art. 137º) y Argentina (art. 75º, inciso 22).¹²

Existe una tercera tendencia que es, en realidad, una mezcla de las otras dos y que consiste en que solo ciertos tratados, generalmente referidos a la protección de los derechos humanos, gocen de rango supralegal o incluso constitucional, mientras que el resto mantiene el rango legal —como en los casos de Guatemala (art. 46º), Colombia (art. 93º) y el Perú, de aprobarse el Texto Sustitutorio final—. También se presenta, aunque analizado en este tercer grupo, el caso único de la Constitución argentina (art. 75º, inciso 22), que prevé jerarquía constitucional para los tratados sobre derechos humanos que ella determina taxativamente y rango supralegal para el resto de las normas convencionales.

En la Constitución de 1993, el Estado peruano otorga de manera general el rango de ley a los tratados internacionales sin hacer distinción alguna entre los tratados aprobados por el Congreso vía *resolución legislativa* y aquellos ratificados por el Presidente de la República vía *decreto supremo*. Este hecho constituye una clara involución en relación con la tendencia contemporánea (a otorgarle mayor rango jerárquico a los tratados de derechos humanos) y con la propia Constitución de 1979.

De esta forma el art. 200º, apdo. 4, afirma categóricamente que:

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*, [...] [la cursiva es nuestra].

¹² Con algunas variaciones, las opciones varían desde el señalamiento de que los tratados tendrán «autoridad superior a las leyes» (Costa Rica y Argentina) o que «en caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalecerá el tratado» (El Salvador y Honduras) hasta la enunciación de órdenes de prelación (Paraguay).

Diversos factores como la seguridad jurídica, la mayor posibilidad de cumplimiento de los compromisos internacionales y una adecuación más eficaz entre el ordenamiento interno y el derecho internacional han llevado a numerosos Estados o bien a otorgar rango mayor a los tratados internacionales o bien a brindarles mayor protección frente a las leyes. En este sentido, el texto del art. 78° rescata el art. 101° de la Constitución de 1979, que preveía, tan escueta como acertadamente, que:

En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalece el primero.

Coincidimos plenamente con esta propuesta para la reforma de la Constitución de 1993. Este mecanismo de solución de conflictos no solo aseguraría una mayor coherencia entre las disposiciones internacionales obligatorias para nuestro país y las normas internas, que en ningún caso podrían desconocer las primeras, sino que además introduciría una dosis de orden y seguridad en las relaciones jurídicas del Estado peruano.

No obstante, nos parece que el Texto Sustitutorio adolece de una redundancia en su conjunto cuando precisa en el tercer párrafo del art. 83° que:

Artículo 83°.- [...] La terminación de un tratado, su suspensión o modificación, no podrá tener lugar sino como resultado de la aplicación de las disposiciones del propio tratado o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional.

La finalidad de una disposición como esta no es otra que rodear de garantías la supervivencia de un tratado frente a la eventual acción del legislador nacional. Ahora bien, este problema podría presentarse como consecuencia de otorgar, de manera general, rango legal a los tratados; ya que, al hacerlo, estos priman sobre las leyes anteriores, pero podrían ser modificados o derogados por una ley posterior. Como se sabe, su aplicación se rige por el principio de *lex posteriori derogat priori*, que, en caso de descartar al tratado, hace que el Estado pueda incurrir en responsabilidad internacional. El riesgo de esta posición ha generado en la práctica comparada previsiones, normalmente jurisprudenciales y a veces legales (como el caso de nuestra Ley n.º 26647), que apuntan a señalar mecanismos que hagan preferir al tratado en desmedro de la ley con el fin de cumplir con las obligaciones internacionales asumidas.¹³

¹³ El propio legislador también parece, en algunos supuestos concretos, haber preferido los tratados internacionales frente a otras normas con rango de ley. En nuestro

En buena cuenta, la opción de otorgar rango legal a los tratados internacionales debe necesariamente rodearse de garantías adicionales para asegurar la plena vigencia de estos instrumentos internacionales. Como señalábamos, en el Perú, el art. 7º de la Ley n.º 26647 cumple, de hecho, esa función aunque con el innegable riesgo de que, a su vez, ella misma se encuentra contenida en otra norma con rango de ley. Así se señala:

Artículo 7º.- Los tratados celebrados y perfeccionados por el Estado Peruano, conforme a lo señalado en los artículos anteriores, sólo 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.¹⁴

Esta disposición copia literalmente la fórmula de la Constitución española de 1978,¹⁵ y es precisamente en el marco de la doctrina y jurisprudencia españolas donde se ha generado una amplia discusión acerca de si la norma confiere una suerte de supralegalidad de facto a los tratados o si, por el contrario, de lo que se trata es de un reparto de competencias que impide al legislador nacional ingresar a los ámbitos regulados por el tratado internacional.¹⁶ No obstante la posición que sea

país, la dación de la Ley n.º 26647 apunta también hacia esta línea. La solución jurisprudencial también se ha dado en algunos países como Chile, en el que ha habido sentencias en esa dirección. Para mayor información sobre el punto véase: BENADAVA, Santiago. *Derecho Internacional Público*. 4ª ed. Santiago de Chile: Editorial Universitaria, 1993. p. 104. Entendemos que una práctica de este tipo es, en principio, acorde con el derecho internacional dado que puede en un caso determinado evitar la eventual responsabilidad internacional de su Estado, pero tiene el riesgo innegable de depender de factores diversos que no aseguran de manera general el cumplimiento de las obligaciones internacionales.

¹⁴ Publicada en *El Peruano* el 28 de junio de 1996. Cabe señalar que el término «modificación» puede entenderse como la modificación de los tratados, que no es, por definición, una facultad unilateral del Estado sino un nuevo acuerdo de voluntades en el plano internacional (al respecto véase el art. 41º de la Convención de Viena). Un solo Estado mal podría, por tanto, modificar el resultado de por lo menos dos voluntades de sujetos distintos del orden internacional. El término «modificación» debe entenderse, en este contexto, como cualquier alteración que solo tendría efectos internos.

¹⁵ «Artículo 96º.- [...] Sus disposiciones (refiriéndose a los tratados) sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional». La coincidencia, como puede apreciarse, es literal.

¹⁶ Para algunos como PASTOR RIDRUEJO, José Antonio. *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. 6ª ed., Madrid: Tecnos, 1996, p.

adoptada, lo cierto es que en el caso español es la Constitución y no una norma de rango legal la que suscita el debate. En nuestro caso, la solución de la mencionada Ley n.º 26647 llenó de mala manera lo que debió haber sido una disposición constitucional que acompañara al rango legal de los tratados internacionales.

Por estas razones, la autora de este ensayo sugirió, en su informe a la Comisión de Estudios de las Bases de la Reforma Constitucional, que debía optarse por la prevalencia de los tratados frente a la ley, pero, de optarse por preservar el rango legal de los mismos, debía necesariamente elevarse a nivel constitucional una disposición referente a la modificación de tratados (actual tercer párrafo del art. 83º) como segunda parte del actual art. 55º. Sin embargo, proponer la prevalencia de los tratados internacionales (art. 78º) y, al mismo tiempo, una salvaguardia con respecto a su modificación nos parece reiterativo e innecesario, porque, si el tratado goza de esta protección frente a la ley, el efecto lógico es precisamente que el legislador no podrá mediante una ley alterarlo en forma alguna.

203; y GONZÁLEZ CAMPOS, J. *Derecho Internacional Público*, Madrid: Cívitas, 1998, p. 240, entre otros, si los tratados internacionales solo pueden ser denunciados, modificados o suspendidos «según las disposiciones de los mismos, o en su defecto de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional», se estaría de facto ubicando a aquel en un nivel superior al del resto de las leyes, aunque, en ningún caso, por encima de la norma constitucional, ya que esto solo podría decidirlo la propia Constitución. Se trataría por tanto de una suerte de supremacía del tratado sobre las disposiciones internas que tengan rango inferior al constitucional, sean anteriores (fuerza activa) o posteriores al tratado; por lo que una ley posterior no podría derogar o alterar de forma alguna el compromiso internacional.

Otra posición, sostenida por GARCÍA DE ENTERRIA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. *Curso de Derecho Administrativo*. Vol. I. Madrid: s.e., 1980, pp.146 y ss., es que las relaciones entre tratado y ley interna se resuelven aplicando el principio de competencia, es decir, aquel que dice que todo aquello que ha sido objeto de un tratado queda excluido de la competencia del legislador interno. Así, se señala que la materia regulada por los tratados «queda acotada como una esfera autónoma más de nuestro concreto sistema de fuentes y sometida a un tratamiento procesal específico, el propio del Derecho internacional, tratamiento que la defiende frente a eventuales invasiones (o) frente a cualesquiera otro tipo de normas legales cuyo ámbito operativo se circunscribe a bloques de materias diferentes y separadas». Desde esta perspectiva no podría, en estricto, existir conflicto entre el tratado anterior y la ley posterior que pretende alterarlo, ya que para que ello suceda es necesario que existan dos normas válidamente emitidas y, en este caso, una de las dos normas —la interna— no sería válida desde que ha invadido una esfera que no le corresponde.

3. LA JERARQUÍA DE LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS

TÍTULO PRELIMINAR

IX.- La Constitución prevalece sobre toda norma con rango de ley, la ley sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. Los tratados sobre derechos humanos tienen jerarquía constitucional.

Artículo 82º.- 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.

Como anota el profesor Fix Zamudio,¹⁷ el tema de la jerarquía de los tratados de derechos humanos es la materia en la cual se observa una evolución más vigorosa en cuanto al reconocimiento de la primacía, así sea parcial, del derecho internacional. En el ámbito latinoamericano, a través de diferentes enunciados, encontramos los casos de Guatemala (art. 46º), Colombia (art. 93º), Venezuela (art. 23º)¹⁸ y Argentina (art. 75º) como claros exponentes de esta evolución a favor de los derechos humanos.

No obstante, el caso de la Constitución de 1993 fue más bien el ejemplo de una involución en el tema, desde que se dejó de lado la solución de la Constitución de 1979 en el sentido de que:

Artículo 105º.- 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.

Frente al rango legal de los tratados establecido en el art. 200º, inciso 4, de la Constitución, la doctrina nacional ensayó interpretaciones di-

¹⁷ FIX ZAMUDIO, Héctor. «El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en las constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos». *Boletín Mexicano de Derecho Comparado de la UNAM*. n.º 75, septiembrediciembre de 1992, p. 755.

¹⁸ La novísima constitución venezolana establece: «*Artículo 23.* Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorable a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público».

versas que favorecieran un rango constitucional para los tratados de derechos humanos suscritos por nuestro Estado bien a partir de la Cuarta Disposición Final y Transitoria o bien a través del art. 3º de la Constitución.¹⁹ Pero lo cierto es que, más allá de la posición que cada cual adopte, la Constitución de 1993 no consagró de manera clara el rango constitucional de los tratados de derechos humanos.

Por ello, creemos que tanto por la naturaleza excepcional de estos tratados como por el contenido de los mismos se hacía necesario un regreso a la fórmula de 1979, que resulta más acorde y comprometida con el respeto de los derechos humanos por parte de todo el aparato estatal. Como hemos apuntado en otro lugar,²⁰ la norma contenida en el art. 105º de la Constitución de 1979 tenía una importancia singular: primero, porque al elevarse estos derechos a rango constitucional se brindaba una mayor seguridad jurídica a los ciudadanos, así como mecanismos idóneos de protección ante cualquier acto arbitrario del Estado que intentara violentarlos;²¹ segundo, porque la norma reflejaba, ante la comunidad internacional, la voluntad del Estado peruano de dar un tratamiento preferente a la materia de los derechos humanos, y eso resultaba políticamente conveniente para la imagen externa de nuestro país; y tercero, porque jurídicamente, al atribuirse a estos tratados la jerarquía normativa máxima dentro de nuestro ordenamiento jurídico, se era consecuente con

¹⁹ CIURLIZZA, Javier. «La inserción y jerarquía de los tratados en la Constitución de 1993: retrocesos y conflictos». En: *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios II*. Lima: CAJ, 1995., pp. 65-83; LANDA, César. «Límites constitucionales de la ley de amnistía peruana». *Pensamiento Constitucional*, año III, n.º 3, Lima, Fondo Editorial de la PUCP, noviembre de 1996, pp.151-208; NEVES, Javier. *Introducción al Derecho del Trabajo*. Lima: ARA Editores, 1997, pp. 51 y ss., en especial 66-67; NOVAK, Fabián. «Los Tratados y la Constitución peruana de 1993». *Agenda Internacional*, año I, n.º 2, Lima, PUCP-IDEI, julio-diciembre de 1994, pp. 71-94, reproducido parcialmente en *Ius Et Veritas*, año IX, n.º 17, pp. 250-269; RODRÍGUEZ, Hugo. «Los tratados internacionales sobre derechos humanos y el ordenamiento jurídico peruano». *Revista de la Academia de la Magistratura*, Lima, enero de 1998, n.º 1, pp. 95-111; RUBIO CORREA, Marcial. «La ubicación jerárquica de los tratados referentes a derechos humanos dentro de la Constitución peruana de 1993». *Pensamiento Constitucional*, año V, n.º 5, Lima, Fondo Editorial de la PUCP, noviembre de 1998, pp.99-113.

²⁰ NOVAK, Fabián y Elizabeth SALMÓN. *Las obligaciones internacionales del Perú en materia de Derechos Humanos*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2000, p.123.

²¹ BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993. Análisis Comparado*. Lima: Konrad Adenauer, 1996 p. 297: «Este artículo identificaba a la constitución anterior con la defensa de los Derechos Humanos y fue uno de los ejes conceptuales para otorgar valor superior y trascendencia histórica a esa Carta».

la moderna tendencia del derecho internacional, que atribuye jerarquía de *ius cogens* a gran parte de las normas sobre derechos humanos, y nuestra Constitución se convertía en una de las primeras Constituciones en el mundo, conjuntamente con las centroamericanas, en consagrar una disposición de este tipo.²²

No obstante, la feliz fórmula del art. 105º, antes anotado, adolecía de una imprecisión técnica que se repite en la propuesta. En efecto, en la segunda parte del mismo, se señala que los tratados de derechos humanos no podrán ser modificados «sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Constitución». Como se sabe, un solo Estado mal podría modificar el resultado de por lo menos dos voluntades de sujetos distintos del orden internacional. Nuevamente (como en el caso del art. 7º de la Ley n.º 26647),²³ nos parece que la disposición apunta a que el legislador no pueda alterar el contenido del tratado para efectos internos exclusivamente, salvo que se siga el procedimiento previsto para la reforma de la Constitución, hecho que, a su vez, resulta lógico si se tiene en cuenta que en el mismo artículo se les ha asignado rango constitucional.

Ciertamente, las normas y las propuestas de nuevas normas responden a los contextos sociales que pretenden regular y, teniendo en cuenta los excesos cometidos durante el anterior régimen, cualquier previsión parece poca. Sin embargo, creemos que las violaciones a las normas no se producen necesariamente porque estas sean más o menos explícitas sino por factores mucho más complejos que tienen que ver con el valor que se otorga a la ética, en su dimensión más amplia, en el ejercicio del poder.²⁴ Por ello, plantear elementos reiterativos para proteger las normas internacionales, y en especial las normas internacionales sobre derechos humanos, no nos parece el camino más adecuado. Las normas deben aspirar a ser claras y responder a una buena técnica legislativa, y eso, en el caso que comentamos, se logra previendo que *los preceptos contenidos en los instrumentos internacionales relativos a derechos humanos tengan jerarquía constitucional*.

²² RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Tesis Doctoral, 1997, vol. III, p. 136.

²³ Véase nota 13.

²⁴ Sobre este punto véase: SALMÓN, Elizabeth. «Derechos humanos y ejercicio del poder». En: *La Ética desde la Perspectiva del Derecho*. Lima: SIDEA, fascículo 3, pp. 13-19.

4. LOS ARTÍCULOS 56° Y 57° DE LA CONSTITUCIÓN DE 1993: LA DENOMINADA LISTA POSITIVA Y EL SISTEMA DE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE EL CONGRESO Y EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

Artículo 79°.- Todo tratado debe ser aprobado por el Congreso, antes de su ratificación por el Presidente de la República.

Artículo 80°.- Cuando el tratado contiene una estipulación que afecta una disposición constitucional, debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución, antes de ser ratificado por el Presidente de la República.

Artículo 81°.- El Presidente de la República puede, sobre materias de su exclusiva competencia, celebrar tratados con Estados extranjeros u organizaciones internacionales o adherir a ellos sin el requisito previo de la aprobación del Congreso. En todo caso debe dar cuenta inmediata a éste en un plazo no mayor de noventa (90) días.

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 aprobación previa de éste.

Por ley orgánica propuesta al Congreso por el Poder Ejecutivo, se ordena la actividad de la administración del Estado en materia de tratados.

Se encuentra sentado en la doctrina y práctica internacionales que corresponde al derecho nacional y no al derecho internacional definir las formas válidas de manifestar el consentimiento estatal. De esta manera, la Constitución de 1993 señala tres procedimientos de acuerdo con los contenidos negociales sobre los que recae el tratado y opta, acertadamente, por lo que en doctrina se llama una *lista positiva*, es decir, por señalar expresamente los casos en los que es necesaria la aprobación del Congreso —vía resolución legislativa— antes de la ratificación presidencial. Esta fórmula delimita un sistema de distribución de competencias en materia de asunción de obligaciones jurídicas para el Estado que resulta mucho más acorde con las necesidades de nuestra Constitución.

En este sentido, el actual art. 56° se refiere a los tratados de derechos humanos (o, entendemos, sistema de protección de derechos humanos); a los de soberanía, dominio o integridad del Estado (por ejemplo, la ratificación de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982); a los de defensa nacional (el ingreso a una organización internacional de tipo defensivo-militar y la consiguiente aceptación del tratado constitutivo de la misma); y a los concernientes a las

obligaciones financieras del Estado (préstamos con instituciones financieras internacionales, entre otros.). Pero, aparte de estos supuestos expresos, se señala un último caso general al prescribirse que también requerirían aprobación legislativa tres clases de tratados: a) los que crean, modifican o suprimen tributos; b) los que exigen modificación o derogación de alguna ley, es decir, los que tendrían lo que la doctrina administrativista llama «fuerza activa» en relación con las leyes de nuestro país; y c) los que requieren medidas legislativas para su ejecución.

Contrario sensu y en virtud del art. 57º, los convenios que no tengan que ver con estos temas podrán perfeccionarse internacionalmente para el Perú con la sola ratificación presidencial —vía decreto supremo²⁵—, aunque siempre con la obligación *a posteriori* de dar cuenta al Congreso.

Sin embargo, estas disposiciones de la Constitución de 1993, que responden a una correcta y moderna comprensión de las relaciones entre los Poderes Legislativo y Ejecutivo,²⁶ y que superan ampliamente la opción de la Constitución de 1979, que ahora se reitera, han sido inexplicablemente dejadas de lado.

En efecto, la Constitución de 1979 contenía disposiciones genéricas como las del art. 104º que establecía:

Artículo 104º.- El Presidente de la República puede, sobre materias de su exclusiva competencia, celebrar o ratificar convenios internacionales con Estados extranjeros u organizaciones internacionales o adherir a ellos sin el requisito previo de la aprobación del Congreso. En todo caso debe dar cuenta inmediata a éste.

En la misma dirección, cabría mencionar el artículo 211º, inciso 14, que afirmaba que el Presidente de la República tenía la función de: «Dirigir la política exterior y las relaciones internacionales y celebrar y ratificar tratados y convenios de conformidad con la Constitución».

Precisamente, estos denominados «acuerdos presidenciales» o «convenios» suscitaron una de las mayores controversias en el Congreso de 1992. Si bien el Texto Sustitutorio no utiliza esta terminología particu-

²⁵ Esto ya se venía haciendo por una interpretación sistemática de la Constitución, en especial de los art.ºs 102º, inciso 1, y 118º, inciso 8. En este sentido, el art. 2º de la Ley n.º 26647 solo vino a formalizar esta práctica.

²⁶ Opción que adicionalmente responde a una tendencia legislativa como lo explicita el artículo 94º de la Constitución española de 1978.

lar, sino que denomina a todos los acuerdos internacionales «tratados», el problema de fondo es que, en la Constitución de 1979 (que se repite en este art. 81º), la distribución de materias no era exacta y dejaba demasiado margen a la interpretación del Poder Ejecutivo. El Congreso de la época reguló este tema en la Ley de Control Parlamentario sobre los actos normativos del Presidente de la República del 9 de febrero de 1992. Esta precisaba el campo de los «*convenios internacionales ejecutivos*», su rango de decreto supremo y su carencia de efectos normativos internos si se incumplía con el trámite de dar cuenta al Congreso en el plazo de veinticuatro horas o en el término de la distancia de la celebración del convenio. Esta norma resultaba de difícil aplicación dadas las características de las normas internacionales; sin embargo, no tuvo posibilidad alguna de aplicación, ya que precedió y formó parte del ambiente previo al golpe de Estado del 5 de abril de 1992.²⁷

Cabe destacar que, normalmente, las previsiones a la aprobación del órgano legislativo responden a la intención del constituyente de que ciertas materias fundamentales del ordenamiento jurídico no queden a expensas del exclusivo consentimiento presidencial (los denominados *executive agreements*). De hecho, esta es la razón de la detallada regulación del art. 56º y de las previsiones que encontramos en diversas Constituciones latinoamericanas como la mexicana, colombiana y paraguaya, que hacen expresa referencia a la necesidad de la participación del órgano legislativo. Otras razones como celeridad e iniciativa en los compromisos internacionales, entre otros, motivan la facultad presidencial de celebración de tratados (art. 57º, primer párrafo) y también lo referente a la afectación de la Constitución en asuntos fundamentales (art. 57º, segundo párrafo).

Sin embargo, la previsión del art. 79º del Texto Sustitutorio, en el sentido de que como regla general todo tratado debe ser aprobado por el Congreso, supone un reposicionamiento del Poder Legislativo en la esfera de las relaciones internacionales, el mismo que, según el art. 173º del mismo texto, corresponde dirigir al Presidente de la República.²⁸ Esta idea, probablemente, se inscribe en el objetivo general de reforzar

²⁷ FERNANDEZ-MALDONADO, Guillermo. «El control parlamentario sobre los tratados internacionales». En: AA.VV. *Lecturas sobre Temas Constitucionales n.º 7*. Lima: CAJ, 1991. Esta obra comenta detalladamente esta función parlamentaria.

²⁸ Corresponde al Presidente de la República, a tenor del art. 173º, inciso 13, «Dirigir la política exterior y las relaciones internacionales y celebrar tratados, de conformidad con la Constitución».

la estabilidad y las atribuciones de fiscalización del Congreso «para contribuir a un mejor balance de poderes» (como se afirma en el propio Dictamen de la Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales), pero creemos que, en el ámbito concreto de los tratados, una disposición como esta solo tendrá el efecto de complicar y dificultar la adopción de compromisos internacionales en un mundo globalizado y además acelerado. En cualquier caso, la ley orgánica a la que se hace alusión en el art. 81º deberá efectivamente ordenar la actividad del Estado en materia de tratados y subsanar, de alguna manera, la falta de precisión constitucional.

Otro punto a destacar es que el art. 81º menciona, errónea e innecesariamente, a los sujetos —«Estados extranjeros u organizaciones internacionales»— con los cuales se podría llevar a cabo el acuerdo internacional presidencial. En primer lugar, la alusión a la extranjería de los Estados resulta equivocada, ya que los Estados no tienen nacionalidad y mal podrían ser considerados extranjeros o nacionales; y, en segundo lugar, son los Estados y las organizaciones internacionales, precisamente, con las que se suscriben tratados internacionales. Por lo indicado, la disposición del art. 78º resulta suficientemente explícita de los elementos que un tratado internacional debe revestir para ser incorporado al ordenamiento jurídico y hace reiterativas las precisiones hechas en el art. 81º.

No obstante, un punto a favor de la propuesta es el señalamiento del plazo en que se debe dar cuenta al Congreso del nuevo acuerdo internacional. La Constitución de 1993 omite este dato, que tampoco fue llenado con la Ley n.º 26647, antes mencionada. En efecto, esta disposición legal enuncia de manera general la obligación de publicar el texto íntegro de «los tratados celebrados y aprobados por el Estado» en un plazo máximo de treinta días útiles, contados a partir de la fecha en que sean recibidos en el diario oficial. Si bien es cierto que hay una obligación concreta de dar publicidad al texto de los tratados, lo concreto es que este deber no cumple *per se* con el requisito de dar cuenta al Congreso y que tampoco se especifica un plazo para remitir el acuerdo al Diario Oficial *El Peruano*.

La Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional de julio del 2001 había propuesto el término de 30 días, que parecía adecuado y suficiente, y el Texto Sustitutorio extiende dicho plazo a 90 días. En cualquier caso, ambas opciones parecen más razonables que el requisito de veinticuatro horas que señalaba la Ley de Control Parlamentario sobre los actos normativos del Presidente de la República, antes señalada, o la opción de no señalar plazo alguno.

Finalmente, se reitera lo previsto en el actual art. 57º, que, a su vez, repetiría la previsión del art. 103º de la Constitución de 1979, al establecerse que cuando el tratado afecte disposiciones constitucionales deberá aprobarse por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución, es decir, el procedimiento establecido en el art. 206º.²⁹

Debe recordarse, sin embargo, que los procedimientos de manifestación válida del consentimiento del Estado peruano corresponden a una etapa anterior a la incorporación del tratado (la celebración del mismo), y no al rango jerárquico que este tendrá una vez celebrado y en vigor. Lo contrario, que se sustenta en el denominado principio de equivalencia, supone la transformación de la norma internacional en la norma interna que sirvió para aprobarla y que lo que regiría en el Perú no es el tratado internacional *per se* sino la resolución legislativa o el decreto supremo, según sea el caso. Este hecho no solo iría contra la opción del art. 55º de la Carta, que establece la aplicabilidad inmediata de la norma internacional (teoría monista), sino que además reúne dos momentos que tienen naturaleza jurídica distinta. Tratado y norma aprobatoria, por tanto, constituyen dos actos independientes y de naturaleza jurídica diferente. Lo que rige como derecho aplicable, una vez cumplidas las formalidades prescritas por la Constitución, es el tratado mismo y no la norma (sea esta cual sea) que lo aprobó. Como afirma Vargas Carreño, esta constituye solo un acto accesorio, cuya finalidad, dado el caso, es controlar o fiscalizar el acto principal que es el tratado.³⁰

4. LA DENUNCIA DE LOS TRATADOS Y LA POSIBILIDAD DE SOMETERLOS A REFERÉNDUM

Artículo 81º, segundo párrafo: 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 aprobación previa de éste.

²⁹ En este artículo, se establece el requisito de la mayoría absoluta del número legal de los miembros del Congreso con la ratificación de la reforma vía referéndum o sin el referéndum, de lograrse el acuerdo del Congreso en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de congresistas. En el Texto Sustitutorio, similar requisito se establece en el art. 253º.

³⁰ VARGAS CARREÑO, Edmundo. *Introducción al Derecho Internacional*. San José de Costa Rica: Judicentro, 1992, pp. 260-261.

La idea, ya presente en la Constitución de 1993, es que los tratados sigan, en su fase final (la denuncia), el mismo trámite que siguieron en su fase inicial (manifestación del consentimiento). Por ello, el artículo citado al inicio de este acápite reitera el art. 99º del Anteproyecto de Ley y precisa que: «*En el caso de los tratados sujetos a aprobación del Congreso, se debe precisar que la denuncia requiere aprobación previa de éste*». Con esta precisión, *contrario sensu*, los tratados que no requieran este trámite podrán ser denunciados mediante un acto del Ejecutivo. En este caso, la fórmula del art. 96.2 de la Constitución española parece sintetizar mejor el propósito de la norma al señalar que:

«para la denuncia de los tratados y convenios internacionales se utilizará el mismo procedimiento previsto para su aprobación [...]».

En cualquier caso, ambas disposiciones apuntan a una asunción y finalización ordenada de obligaciones internacionales.

Otro tema interesante y novedoso en relación con los tratados es el relativo al hecho de que los mismos puedan ser sometidos a referéndum. La Constitución de 1993 carece de norma alguna al respecto y, en el texto del Anteproyecto de Ley, se preveía esta posibilidad en el art. 12º. Este establecía:

Artículo 12.- Pueden ser sometidos a referéndum:

6. Los tratados

El referéndum tiene por objeto ratificar o derogar normas. No puede someterse a referéndum [...] los tratados sobre derechos humanos, de derecho internacional humanitario y los de paz, amistad y límites.

Por su parte, el art. 48º del Texto Sustitutorio se refiere al tema en el inciso 5, con la diferencia de que, en esta ocasión, solo se señala que podrán ser sometidos a referéndum «los tratados antes de su ratificación».

De la lectura de ambos artículos surgen dos puntos que merecen destacarse: en primer lugar, la pertinencia o no de someter los tratados a la figura del referéndum; y, en segundo lugar, la mejor forma de hacerlo. En relación con esto último, creemos que el Anteproyecto adolecía de dos dificultades: por un lado, señalaba que el referéndum podía tener como efecto tanto ratificar como derogar el tratado y, por el otro, excluía del ámbito de aplicación de la figura precisamente a los tratados que pueden ser más sensibles a la opinión pública como son los que regulan los derechos de las personas y los de delimitación de fronteras.

En este sentido, el Texto Sustitutorio resuelve ambos inconvenientes al indicar que el referéndum procedería solamente para ratificar un tratado, es decir, en el momento previo a emitir el consentimiento estatal. Esta indicación parece más acorde con la lógica de las obligaciones internacionales. Ahora bien, en teoría, esto no significa que un tratado no pueda denunciarse como resultado de una consulta popular, pero ello implicaría todo un procedimiento internacional (como, por ejemplo, la denuncia de efectos inmediatos o no, entre otros), que tendría que evaluarse al momento de convocar referéndum. En cualquier caso, el Texto Sustitutorio precluye esa posibilidad al determinar que solo cabría el referéndum previo mas no posterior a la vigencia del compromiso internacional. Asimismo, el art. 48º no distingue entre los tratados pasibles de ser sometidos a referéndum, y eso también nos parece acertado, debido a que si se opta por someter estas normas a referéndum la opción debe ser amplia y no restringida.

El problema de fondo radica en la pertinencia de optar por esta fórmula. Particularmente, creemos que toda norma es susceptible de consulta popular (recordemos, por ejemplo, que los avances en el proceso de integración europea se basaron en diversos referendums al interior de los Estados) y, por ello, no es contrario a derecho proponer que también los tratados puedan pasar por ese proceso. Más bien, cabría preguntarse si el contenido técnico de la mayoría de los mismos puede ser consultado con transparencia y sin manipulación política. En cualquier caso, creemos que, de optarse por la fórmula de someter los tratados a consulta popular, debe evaluarse seriamente el contenido de los mismos y la mejor manera de hacer llegar el contenido del tratado a la población.

5. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES

Artículo 59º.- El proceso de inconstitucionalidad procede contra leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general, ordenanzas municipales y tratados.

En un sistema en que los tratados internacionales, salvo los tratados de derechos humanos, tienen rango inferior al de la Constitución, estos necesariamente deben guardar compatibilidad con la misma. En este sentido, el art. 200º, inciso 4, establece un sistema de control constitucional a través de la previsión de que los tratados podrían ser objeto de

una acción de inconstitucionalidad. Por su parte, el art. 20º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC)³¹ también prevé esta posibilidad al señalar que procede la acción de inconstitucionalidad contra:

Artículo 20º, inciso 4: Los tratados internacionales que hayan requerido o no la aprobación del Congreso conforme a los artículos 56 y 57 de la Constitución.

En la práctica comparada, existen recursos de este tipo, puesto que resulta un mecanismo de control para asegurarse de que el consentimiento estatal haya sido válidamente emitido, es decir, que el tratado siguió internamente los cauces que debía (por ejemplo, la aprobación del Congreso en los casos previstos por el art. 56º). Nos parece que este, y no otro, es el principal efecto de la acción de inconstitucionalidad en nuestro sistema, porque, teóricamente, la contradicción de un tratado con una disposición constitucional solo sería imaginable si no se hubiera seguido el procedimiento previsto en el art. 57º. Sin embargo, cabe destacarse que la propia LOTC establece que podría declarar que las normas objeto de impugnación son inconstitucionales «por la forma o por el fondo», con lo que amplía el ámbito de su análisis.

En cualquier caso, el problema se presenta cuando el órgano encargado del control constitucional entiende que el tratado trasgrede, por lo antes dicho, disposiciones constitucionales. En el nivel interno, nos encontraríamos en la situación de no poder aplicar el tratado internacional por una sentencia que lo ha declarado inconstitucional y, en el nivel internacional, el Estado seguiría plenamente obligado a cumplir la norma por ser Estado parte.

Frente a esta contingencia, y desde una perspectiva normativa, lo que correspondería al Estado peruano, siguiendo el procedimiento del art. 57º, tercer párrafo, sería denunciar el instrumento internacional, es decir, dejar de ser parte del tratado para hacer cesar cualquier obligación derivada del mismo. Otras formas serían la terminación, suspensión o modificación del tratado, pero estos medios ya no dependen exclusivamente del Estado peruano sino de las normas internacionales en la materia y de las propias circunstancias del convenio que normalmente prevé la participación de más Estados en estos procedimientos.³²

³¹ Ley n.º 26435, publicada el 10 de enero de 1995.

³² Véanse los art.ºs 54º y 56º a 60º de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

Por ello, el mecanismo normal que el Estado tiene a su disposición será el de la denuncia, que presenta el inconveniente de que su procedimiento, en la mayor parte de casos, no es inmediato. En este sentido, el art. 56º, inciso 2, de la Convención de Viena establece el plazo de un año para que la misma surta efectos jurídicos.³³ Si bien esta disposición reviste naturaleza dispositiva, por lo que los Estados podrían pactar otro plazo o el efecto inmediato de la denuncia, la práctica internacional nos proporciona varios ejemplos de cómo se condiciona la denuncia al cumplimiento de un plazo determinado. De esta manera, por ejemplo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en su art. 78º que la denuncia solo puede realizarse transcurridos cinco años desde la entrada en vigor de la misma y mediante un preaviso de un año. Contrariamente y como caso excepcional, en el ámbito de la Comunidad Andina se ha establecido un sistema de denuncia inmediata (art. 153º del Acuerdo de Cartagena).

Otro camino para evitar el desfase podría darse con la suspensión de los efectos de la sentencia del órgano de control constitucional hasta la denuncia internacional del tratado, que precisamente se realizaría como consecuencia de aquella, surta efectos jurídicos. Esta sería la única forma de evitar la responsabilidad internacional del Estado peruano frente a cualquier otro Estado parte del tratado que le exigiera el cumplimiento del mismo más allá de lo que establezca la sentencia interna, pues, como bien señala el art. 27º de la Convención de Viena, un Estado no puede alegar normas internas para incumplir un tratado internacional. Planteado el problema, creemos que la mejor forma de evitar esta situación sería contemplando una suerte de *control de constitucionalidad previo* como se establece en otras legislaciones. En efecto, el art. 95º, inciso 1, de la Constitución española establece que:

La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional.

Y el siguiente inciso prevé los sujetos llamados a llevar a cabo esta consulta al decir que:

El gobierno o cualquiera de las Cámaras puede requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción.

³³ Artículo 56, inciso 2: «Una parte, deberá notificar con doce meses por lo menos de antelación, su intención de denunciar un tratado o de retirarse de él [...]».

Con un control a priori de constitucionalidad podría establecerse de forma expresa, en los casos en que existan argumentos atendibles para ello, si el tratado contiene disposiciones contrarias a la Constitución y, de esta manera, prescribirse el procedimiento válido de prestación del consentimiento. En otras palabras, podría precisarse si corresponde la votación necesaria para la reforma de la Constitución, de acuerdo con el art. 206º, a fin de evitar situaciones límites en que bien se incumple con una sentencia interna del órgano de control de constitucionalidad o bien se incurre en responsabilidad internacional por el incumplimiento de un tratado internacional.

6. LA COSTUMBRE INTERNACIONAL

Artículo 85º.- El Perú promueve la integración económica, política, social y cultural de los pueblos de América Latina, con miras a la formación de una comunidad latinoamericana de naciones.

El Perú se ha adscrito tradicionalmente a la tendencia que guarda silencio constitucional respecto a la costumbre internacional.³⁴ En este sentido, no encontramos en la Constitución de 1993 ninguna referencia global a las normas consuetudinarias, como sí las hay en las Constituciones de otros Estados latinoamericanos, ni tampoco referencias parciales a las mismas.

Sin embargo, en el Perú, no todo es silencio. En efecto, la ya mencionada Ley n.º 26647 sobre regulación de actos relativos al perfeccionamiento nacional de los tratados celebrados por el Estado peruano realiza una alusión global a las «normas del Derecho internacional general» aplicables a la conclusión de tratados internacionales.

Más allá de los cuestionamientos acerca de qué sea una disposición legal y no constitucional la que haga esta referencia, lo destacable es que el silencio constitucional sobre la costumbre ni mella su valor de fuente obligatoria del derecho internacional, ni constituye una voluntad de sustraerse a los efectos de la misma. En este sentido, la mención legal no vendría sino a demostrar que las normas consuetudinarias existentes son obligatorias para nuestro país y que, por eso, una norma de inferior jerarquía recurre a ellas para regular un tema tan importante

³⁴ Es también el caso de Argentina (1994), Chile (con las reformas de 1997) y Puerto Rico (de 1952).

como es la terminación, modificación o derogación de los tratados internacionales suscritos por el Perú.

El Texto Sustitutorio, reiterando la opción del Anteproyecto de Ley, rompe esta tendencia y le da cabida constitucional al derecho internacional general (principios y costumbre) cuando prescribe en su art. 84° que:

Artículo 84°.- La política exterior del Perú se fundamenta en la defensa del interés nacional, la soberanía, la integridad territorial, la preservación de su población, el respeto a la libre determinación de los pueblos, así como en *los principios y normas del derecho internacional público*.

El Estado fomenta el establecimiento de relaciones internacionales basadas en la solidaridad y reciprocidad entre los países.

Esta opción nos parece saludable porque viene, en primer lugar, a constitucionalizar una práctica del Estado en el sentido de cumplir y participar del proceso de formación de las normas consuetudinarias internacionales y, en segundo lugar, porque nos sitúa en el grupo de Estados que quieren manifestar en su norma jurídica más importante el respeto a la generalidad del derecho internacional público.

En este sentido, resultan de interés fórmulas como las de la Guatemala (de 1985, con las reformas de 1993), Honduras (de 1982) o Costa Rica (de 1949, con las reformas de 1997) que respectivamente señalan:

Artículo 149°.- Guatemala normará sus relaciones con otros Estados, *de conformidad con los principios, reglas y prácticas internacionales* con el propósito de contribuir al mantenimiento de la paz y la libertad, al respeto y defensa de los derechos humanos, al fortalecimiento de los procesos democráticos e instituciones internacionales que garanticen el beneficio mutuo y equitativo entre los Estados [el subrayado es nuestro].

Artículo 15°.- Honduras hace suyos los principios y prácticas del Derecho Internacional que propenden a la solidaridad humana, al respeto de la autodeterminación de los pueblos, a la no intervención y al afianzamiento de la paz y democracia universales.

Artículo 6°.- El Estado ejerce soberanía completa y exclusiva [...] de acuerdo con los principios de Derecho Internacional.

O disposiciones más generales como las de la Constitución de Panamá (de 1972³⁵) o Paraguay (de 1992):

³⁵ Con los Actos Reformativos de 1978, el Acto Constitucional de 1983 y los Actos Legislativos 1 de 1983 y 2 de 1994.

Artículo 4º La República de Panamá acata las normas del Derecho Internacional.

Artículo 143º- La República del Paraguay, en sus relaciones internacionales, acepta el Derecho Internacional [...].

No obstante, parece ser que los textos constitucionales que optan por esta alusión específica a las «relaciones internacionales», como ámbito de la obligatoriedad del derecho internacional, son menos precisos que los que, de manera general, simplemente acatan las normas del orden internacional (como lo hace la Constitución de Panamá). En cualquier caso, esta clase de disposiciones tienen como efecto permitir una interpretación, ampliamente utilizada en la jurisprudencia de los tribunales europeos, que concilie las reglas del derecho interno con las reglas del derecho internacional a través del uso de la presunción de que el legislador interno no pretende nunca violar las obligaciones internacionales del Estado. Este esfuerzo de adecuación de la normativa interna a la internacional ha sido utilizado preponderantemente en los países de Europa occidental y tiene escasos precedentes en el ámbito latinoamericano. Si una disposición constitucional de este tipo tiene el efecto de proporcionar al juez interno una base que le habilite a tal interpretación, consideramos que la efectividad de tal disposición no puede ser cuestionada.

Finalmente, como dice Cassese,³⁶ los que hacen la constitución pretenden establecer líneas básicas y estándares de política internacional, pero también expresan su intención de cumplir con ellas. Además, estas previsiones tienen un impacto en los tribunales internos cuando, frente a un caso que requiere la aplicación del derecho internacional que no está en un tratado, se debe recurrir, por necesidad, a las normas consuetudinarias para aportar una más completa decisión en la materia.

Ahora bien, en cuanto al rango que estas disposiciones tendrían en nuestro ordenamiento, creemos que una interpretación sistemática y lógica debe llevarnos a afirmar que la costumbre internacional se encuentra en el mismo plano que las normas convencionales, pues, salvo disposición contraria,³⁷ no habría razón para distinguir entre ambas fuentes del derecho internacional público. En efecto, ambas pueden generar res-

³⁶ CASSESE, Antonio. «Modern Constitutions and International Law». *RCADI*, 1985-III. p.388.

³⁷ En Alemania, por ejemplo, se ha hecho esta distinción: las normas consuetudinarias gozan de rango supralegal, mientras que las convencionales tienen rango legal. CARRILLO SALCEDO, *op. cit.*, p.153.

ponsabilidad internacional para el Estado y gozan de igual primacía en el ámbito internacional.

Como se sabe, la costumbre internacional, de manera general, se aplica de forma inmediata en los ordenamientos estatales, y eso significa que no requiere de ningún acto de incorporación por parte de estos. Por este motivo, desde el momento mismo de formación de la norma consuetudinaria, esta sería plenamente aplicable en el ordenamiento jurídico peruano y se sujetaría, únicamente, a los cauces de creación de la costumbre internacional, es decir, a la confluencia de los dos elementos constitutivos de la misma: la práctica material de los Estados y la *opinio iuris* que la acompaña.

7. EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA REFORMA CONSTITUCIONAL O LA POLÍTICA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

Como señalábamos al inicio, este Texto de Reforma Constitucional tiene como una de sus grandes ventajas, en relación con la Constitución de 1993, su mayor preocupación por la promoción de los derechos de las personas desde una perspectiva internacional. En este sentido, se han incorporado una serie de disposiciones que completan el solitario enunciado de la Cuarta Disposición Final y Transitoria (4ª DFT) y que, en buena cuenta, buscan que la nueva Constitución refleje una posición acorde con los principales estándares internacionales en la materia.

La importancia de la protección de los derechos humanos hace imprescindible que el texto constitucional, además de otorgar un lugar privilegiado a los tratados de derechos humanos y de reiterar lo relativo a que la enumeración de los derechos constitucionales «no excluye a otros que se fundan en la dignidad humana y el estado social de derecho»,³⁸ contenga normas específicas que puedan profundizar y hacer más efectiva y dinámica la obligación del Estado de proteger estos derechos. Por ello, consideramos positivo que —ahora en el artículo II del Título Preliminar— se continúe con el contenido esencial de la 4ª DFT al señalarse que:

³⁸ Artículo 53º del Texto Sustitutorio.

II.- Los derechos fundamentales son universales, indivisibles, interdependientes y exigibles, se interpretan de conformidad con los tratados y declaraciones internacionales, en la medida que sean más favorables a la persona humana. El Estado garantiza el goce y ejercicio de estos derechos.

Esta disposición establece unos criterios hermenéuticos de uso obligatorio para la aplicación de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución. Los tratados sobre derechos humanos son directamente invocables ante los tribunales y deberán servir como criterio necesario e imprescindible a la hora de interpretar los preceptos constitucionales correspondientes, por lo que se produce lo que, en términos del profesor Neves, se llama una «vinculación intensa»³⁹ entre la norma interna (el artículo constitucional a ser interpretado) y la norma internacional válidamente ratificada por nuestro país.

Es esta, por ejemplo, la interpretación que mayoritariamente ha recibido el art. 10º, inciso 2, de la Constitución española de 1979, cuyo texto es literalmente idéntico al de la 4ª DFT,⁴⁰ que otorga una utilidad específica a los tratados y declaraciones sobre derechos humanos.

Asimismo, resulta sumamente importante tener en cuenta que algunos de los tratados de derechos humanos no solo se han limitado a prescribir derechos, sino que también han estatuido mecanismos de protección de tales derechos.⁴¹ Creemos que el texto de la 4ª DFT, y ahora del artículo II del Título Preliminar, tiene un efecto altamente expansivo al comprender necesariamente los pronunciamientos de los órganos esta-

³⁹ NEVES, Javier. *Principios del Derecho del Trabajo*. Lima: Ara Editores, 1997, p. 71.

⁴⁰ La disposición española establece: «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España». Como puede verse, la única distinción es el cambio de España por Perú.

⁴¹ Nuestro país, recordemos, ha aceptado la jurisdicción consultiva y contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los pronunciamientos de la Comisión interamericana. Además, ha adherido al Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que establece el Comité de Derechos Humanos, entre otros. Resulta interesante anotar que, también en el contexto español, los jueces y la doctrina con ellos han utilizado esta norma para interpretar las disposiciones constitucionales que reconocen derechos fundamentales y han logrado, a través de este camino, incluir los pronunciamientos de los organismos internacionales creados por estos tratados para lograr una interpretación armónica con las sentencias y pronunciamientos de los mismos.

blecidos por estos tratados, pero en la medida determinada por ellos mismos (es decir, bien con carácter obligatorio, como una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, o bien con carácter recomendatorio, como un pronunciamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o una Recomendación de la OIT, inclusive).⁴² Estas últimas disposiciones no fueron concebidas para tener efectos vinculantes, pero son textos orientadores que operan como criterios interpretativos o aclaratorios de los propios tratados internacionales invocados por la 4ª DFT, con lo que, aunque de forma indirecta, deben respetarse en el ordenamiento peruano.⁴³

Recordemos que el sustento jurídico último de tales pronunciamientos es el propio tratado internacional que les dio origen, por lo que la 4ª DFT debe entenderse necesariamente como comprensiva de los actos posteriores que se han dado en virtud del compromiso internacional. Al obligarse internacionalmente con las normas convencionales que establecen un mecanismo de protección (regulación ideal desde el punto de vista del individuo que tendrá a su disposición la forma de hacer cumplir lo pactado por su Estado), el Estado peruano acepta un sistema de protección completo que implica tanto la enunciación del derecho como el medio de hacerlo efectivo. Cualquier interpretación de los mismos, en la esfera interna, debe por tanto y en virtud de esta 4ª DFT recurrir a todo este acervo internacional en la materia para cumplir cabalmente lo dispuesto por tal norma constitucional.⁴⁴

Asimismo, al tener una redacción de tipo abierto, los criterios establecidos no terminan con las normas internacionales ratificadas al mo-

⁴² El Tribunal Constitucional español ha sido unánime en esta interpretación al aplicar el artículo 10.2 de su Constitución. Este hecho se ilustra, por ejemplo, en las Sentencias del 14 de julio de 1981 (BOE de 20 de julio de 1981) y del 23 de noviembre de 1981 (BOE de 22 de diciembre de 1981), citadas por CASANOVAS y LA ROSA, Oriol. *Casos y Textos de Derecho Internacional Público*. 4ª ed. Madrid: Tecnos, 1990, pp. 153-157.

⁴³ La Sentencia del 23 de noviembre antes anotada, CASANOVAS y LA ROSA, *op. cit.*, p.157, precisamente se refiere al caso de una Recomendación de la OIT que «si bien, como es obvio, (es) distinta de los Convenios y sin alusión directa en el artículo 10.2 pueden operar como criterios interpretativos de los Convenios»

⁴⁴ Lo mismo sucede en cualquier ámbito en que un Estado ha facultado a una institución a emitir pronunciamientos de obligatorio cumplimiento. Por ejemplo, la aceptación de la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia o el caso, ya mencionado, de las Decisiones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, que, en virtud del art. 25º de la Carta, revisten carácter obligatorio.

mento de la dación de la norma constitucional, sino que abarcan las futuras obligaciones internacionales que el Perú asuma en la materia.

En cuanto al conjunto de disposiciones que apuntan a complementar esta disposición y delinear una verdadera *política en materia de derechos humanos* encontramos las siguientes:

a) La imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad y de guerra (art. 2º, inciso 27)

En este punto, se ha procedido a una restricción (en relación con el Anteproyecto de 5 de abril de 2002) del ámbito de aplicación de la imprescriptibilidad, al haberse excluido de tal característica al crimen de genocidio. Esta limitación haría que nuestra futura Constitución, de aprobarse este texto, fuera solo parcialmente compatible con el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional. Esta norma, a la que el Perú ha prestado su consentimiento,⁴⁵ establece en su art. 29º que «los crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán», por lo que mal se hace en excluir uno de tales crímenes cual es el genocidio.

b) La improcedencia de dictar amnistía para los delitos contra los derechos fundamentales

El mismo art. 2º señala que estos delitos deberán ser juzgados por tribunales ordinarios y están excluidos de los beneficios que puedan conllevar su impunidad, incluidos el indulto, la amnistía o el derecho de gracia. Creemos que esta disposición resulta ampliamente positiva y acorde con la lucha contra la impunidad que se ha plasmado en el Estatuto de Roma y en la jurisprudencia de los principales órganos internacionales de derechos humanos, como la Corte Interamericana en el caso Barrios Altos contra el Perú.

Se ha excluido, sin embargo, la segunda parte del art. 5º del la Ley de Anteproyecto, que prescribía lo relativo a que estas medidas, de darse, no causaban el efecto de cosa juzgada. Si bien es cierto que una disposición como la anterior pretendía ponerse en el supuesto anómalo de que se incumpliera la prohibición de dar amnistía a estos crímenes, considero que, de acuerdo con un principio elemental de buena fe y en aras

⁴⁵ Mediante Resolución Legislativa n.º 27517 del 13 de septiembre del 2001, que nos hizo partes del Estatuto a partir de su entrada en vigor el 1 de julio del 2002.

de una buena técnica legislativa, resulta coherente excluir esta previsión, dado que se encuentra prohibido proceder a este tipo de medidas, por lo que, de darse, simplemente serían inválidas por inconstitucionales.

En su lugar, el art. 2º, inciso 24, literal i, señala que «La amnistía, el indulto, los sobreseimientos definitivos y las prescripciones producen los efectos de cosa juzgada, salvo las excepciones establecidas en esta Constitución». Por este motivo, una interpretación sistemática del Texto Sustitutorio nos lleva a afirmar que solo producirán efecto de cosa juzgada las amnistías que no recaigan sobre los delitos contra los derechos fundamentales. De este modo, permanece la prerrogativa del poder⁴⁶ para todos los demás casos.

c) El deber de reparar las violaciones a los derechos humanos

El inciso 28 del art. 2º del Texto Sustitutorio señala el derecho de las personas a:

Artículo 2º, inciso 28: A una reparación integral por violación de sus derechos fundamentales atribuible al Estado. Para tal efecto, éste adopta medidas normativas o de otra naturaleza. El derecho a la reparación comprende el reconocimiento de la responsabilidad estatal y la satisfacción pública a las víctimas.

Esta disposición —al igual que la segunda parte del art. 52º, que dispone el deber de todos los órganos del Estado de cumplir con las sentencias dictadas por los órganos jurisdiccionales supranacionales— hace explícita, en el nivel interno, una obligación internacionalmente asumida a través de los tratados de derechos humanos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art.ºs 67º y 68º, específicamente). Su valor, por tanto, es también simbólico, porque reafirma la voluntad del Estado de reparar las violaciones a los derechos humanos que puedan ser señaladas también por instancias internacionales.

Esta disposición debe entenderse además en el marco del segundo párrafo del art. 83º del Texto Sustitutorio, que señala que: «Los fallos, conforme los tratados sobre la materia, de dichos organismos son de

⁴⁶ El art. 152º, inciso 8, precisamente reserva para el Congreso el derecho de ejercer amnistía, con las limitaciones previstas en la Constitución, los tratados y las leyes. El Presidente de la República, de acuerdo con este texto, sólo podrá conceder indultos de acuerdo con lo previsto en el art. 173º, inciso 22.

aplicación inmediata y de cumplimiento obligatorio en el territorio peruano y exigibles de cumplimiento por parte de los participantes ante los tribunales nacionales».

Parte de esta voluntad se ha manifestado en la reciente Ley n.º 27775, del 7 de julio del 2002. Esta prevé un conjunto de medidas que deberán adoptarse como consecuencia de una sentencia internacional que ordene la reparación por violación a los derechos humanos.

d) Asilo y refugio

El inciso 29 del art. 2º regula, por vez primera, la institución del refugio en sede constitucional. Esta inclusión resulta altamente adecuada, porque no solo viene a regularizar la práctica peruana en la materia sino el propio cumplimiento de nuestros compromisos internacionales, ya que el Estado peruano es parte de la Convención sobre el Estatuto de Refugiados de 1951 y de su Protocolo de 1967.⁴⁷ Asimismo, se incluye, de manera explícita, la obligación de adecuar la institución de la extradición a las normas de derechos humanos señalándose no solo el principio de la no devolución (ya presente en las Constituciones anteriores), sino, también, que «La persona cuya extradición o entrega es solicitada tiene los derechos reconocidos en los tratados de los que el Perú es parte. No se concede la extradición si se considera que ha sido solicitada por motivos políticos o conexos a ellos, o para perseguir o castigar con fines discriminatorios». Con esta disposición se aplicaría, por ejemplo, el principio de no devolución al menos en los casos en que las personas solicitadas pudieran ser sometidos a tortura, tal como lo establece el art. 3º de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de 1984.

De igual manera, se incluye que el Estado deberá conceder extradición cuando el delito perseguido sea de la gravedad del genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, tortura, desaparición forzada, ejecución extrajudicial, magnicidio, terrorismo, tráfico ilícito de drogas y lavado de dinero.

En este punto, hubiera sido importante señalar que el Estado cooperará en todo lo que corresponda con la entrega de personas solicitadas

⁴⁷ La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados entró en vigor para el Perú el 21 de diciembre de 1964 y el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, desde el 15 de septiembre de 1983.

por la Corte Penal Internacional, ya que la institución de la extradición no se aplica a las relaciones con esta instancia internacional.

e) Acceso a la jurisdicción internacional

Como en la Constitución anterior, el art. 52° del Texto Sustitutorio reitera lo relativo al derecho de las personas de acceder a los tribunales internacionales y a los órganos no jurisdiccionales (aspecto último que sí introduce una novedad en el texto) cuando se considere lesionada en sus derechos y ya haya agotado la jurisdicción interna. Aunque reiterativo por definición, ya que la sola participación en tratados internacionales que disponen la posibilidad de que el individuo acceda a la instancia internacional constituye suficiente fundamento de este derecho, creemos que resulta positiva esta disposición constitucional en la línea de abrir los estándares internacionales a todos los ciudadanos sujetos a la jurisdicción nacional.

f) La prohibición de la pena de muerte

El Texto Sustitutorio introduce una innovación de la mayor importancia al proclamar, en el marco de la afirmación del derecho a la vida, la prohibición de la pena de muerte en su art. 2°, inciso 1.

Esta opción se condice con la tendencia contemporánea que se plasmó, por ejemplo, en el Protocolo 6 a la Convención Europea de Derechos Humanos, que hace que, en la actualidad, no se pueda aplicar en tiempo de paz la pena de muerte en ninguno de los países europeos partes de tal Protocolo.⁴⁸

Por otra parte, la opción de abolir la pena de muerte supone una superación de la nefasta involución del art. 140° de la Constitución de 1993, que solo generó críticas internacionales motivando la Opinión Consultiva n.º 14 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.⁴⁹

⁴⁸ Este Protocolo entró en vigor el 1 de marzo de 1985 y cuenta, en la actualidad, con la ratificación de todos los Estados miembros del Consejo de Europa, con la sola excepción de la Federación Rusa, Armenia y Turquía. El art. 2° de la citada norma permite la pena de muerte en caso de guerra o inminente estado de guerra, aunque solo podrá ser dictada por las instancias previstas en la ley.

⁴⁹ OC-14/95 sobre los efectos de la violación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al aprobarse y aplicarse normas contrarias a ella solicitada, por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Se trata, en buena cuenta, de formalizar una situación que de facto se venía presentado, ya que la citada disposición no solo no se aplicó, sino que nunca se dictó medida legislativa que pudiese hacerla aplicable. Adicionalmente, como afirma el Dictamen, «el Gobierno Peruano en declaraciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha descartado la posibilidad de impulsar alguna norma que la haga eficaz, al afirmar que la citada disposición constitucional está condicionada a las obligaciones internacionales asumidas por el Estado peruano».

g) Organismos internacionales que tengan jurisdicción para cautelar derechos humanos, combatir el crimen internacional, la corrupción y el terrorismo, así como para auspiciar los procesos de integración

Adicionalmente a estas disposiciones, encontramos una que merece mayor comentario y es el texto del art. 83º, que reitera el art. 100º de Anteproyecto:

Artículo 83º.- El Estado, sobre la base de los principios de equidad, reciprocidad y dignidad de la persona humana, puede celebrar tratados mediante los cuales reconozca determinadas competencias a organismos internacionales con jurisdicción para cautelar los derechos humanos, combatir el crimen internacional, la corrupción y el terrorismo, así como para auspiciar los procesos de integración.

Creemos que este artículo resulta innecesario, porque no se requiere habilitación especial para hacerse parte de este tipo de tratados. El Perú de hecho ya participa en los principales órganos internacionales que cuentan con estas competencias por lo que creemos que no aporta ningún elemento al diseño general de la Constitución.

Caso distinto es el tema específico de los procesos de integración en los que efectivamente puede hacerse necesario otorgar competencias especiales a estos órganos internacionales. Por ello, en otro lugar, propusimos que el entonces segundo párrafo del art. 100º del Anteproyecto —hoy art. 83º— debía ser reformulado de modo tal que se reconociera no solo la aplicación directa e inmediata de las normas comunitarias sino, también, su carácter prevalente respecto a las normas del derecho nacional.⁵⁰

⁵⁰ Propuesta del Instituto de Estudios Internacionales de la Pontificia Universidad Católica del Perú remitida al Congreso en abril de este año. En dicho texto se sugería un nuevo texto:

En cualquier caso, la voluntad de llevar a cabo estos procesos ya se encuentra presente en el art. 85° del mismo Texto Sustitutorio que señala el objetivo de la integración económica, política, social y cultural de los pueblos de América Latina que el Perú promueve.

9. CONCLUSIONES

1. La fórmula del art. 55° para la incorporación de los tratados en el Derecho Nacional resulta correcta desde una perspectiva formal y material, por lo que debería permanecer en su texto actual.
2. Los tratados, tanto por la naturaleza de las obligaciones que comportan, así como por el mecanismo por el que han sido creados y por las consecuencias de su eventual incumplimiento, deben prevalecer frente a las normas con rango de ley. Para ello, se puede optar bien por señalar expresamente su relación de prevalencia con las leyes o bien rodear de garantías la vida del tratado a través del impedimento al legislador nacional de alterar de cualquier forma el contenido del mismo. Resulta, sin embargo, reiterativo prever ambos supuestos.
3. Resulta acorde con la naturaleza de los tratados de derechos humanos consagrar el rango constitucional de sus preceptos.
4. La distribución de competencias para efectos de determinar el procedimiento interno de manifestación del consentimiento del Estado peruano debe continuar siendo el de la lista positiva que responde a las necesidades del texto constitucional y a la tendencia contemporánea en la materia. En este sentido, los art.ºs 56° y 57° de la Constitución de 1993 superan a la Constitución anterior y deberían continuar en su formulación actual.
5. La denuncia de los tratados debe seguir el mismo trámite utilizado para la manifestación del consentimiento. El referéndum, por su

«Las normas que se adopten en el marco de los acuerdos de integración serán consideradas parte integrante del ordenamiento legal vigente y de aplicación directa y preferente a la legislación interna».

Esta redacción presenta algunas ventajas sobre el proyecto actual (al utilizar un término más amplio y global como «normas» se evita el límite impuesto por los términos «Decisiones» y «Resoluciones», dado que, en el futuro, las normas comunitarias podrían recibir una denominación diferente) y recoge las tres características de la norma comunitaria (aplicación directa, inmediata y prevalente).

parte, puede aplicarse a los tratados internacionales en general, tanto de manera previa a la ratificación (supuesto ideal) como para concluir con el mismo, siempre que se tenga en cuenta que la denuncia no siempre surtirá efectos inmediatos.

6. El control de constitucionalidad, coherente como idea en un sistema en que los tratados en general deben adecuarse a la Constitución del Estado, debe —para ser efectivo— darse antes de que el Estado manifieste su consentimiento internacionalmente.
7. Resulta sumamente positiva la incorporación de una declaración general de sujeción al derecho internacional y sus principios. Esta disposición no solo enuncia algo implícito en nuestro sistema, sino que, además, puede constituir una pieza de interpretación importante al aplicar el derecho nacional en general.
8. El Texto Sustitutorio define una política en materia de derechos humanos que se ajusta en líneas generales a los principales estándares internacionales. Debería revisarse lo relativo a la imprescriptibilidad del genocidio y, también, lo relativo a una declaración general de cooperación con la Corte Penal Internacional.