

LOS TRATADOS SOBRE DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO INTERNO

Héctor GROS ESPIELL

1. La antigua y polémica cuestión de la jerarquía normativa en el derecho interno de los tratados vigentes, como consecuencia de su firma, ratificación o adhesión —según los diferentes casos y sistemas jurídicos, ha sufrido últimamente algunos significativos aportes en lo que se refiere a los tratados sobre derechos humanos, que introducen cambios muy importantes en la manera clásica de encarar este asunto.

Es este tema una de las expresiones concretas —entre otras muchas que encaran las modernas constituciones— de la materia relativa al derecho internacional referente a los derechos humanos y su incidencia en el derecho interno.

2. Tradicionalmente, en cuanto al asunto de la jerarquía normativa de los tratados internacionales vigentes, según los distintos regímenes constitucionales, se encuentran diversos sistemas que, *grosso modo*, podrían clasificarse de la siguiente forma: poseerían jerarquía constitucional o supraconstitucional, tendrían un nivel superior a la ley, pero inferior a la Constitución, o gozarían de una situación equivalente a la de la ley. Naturalmente, este enfoque de la cuestión está hecho en función del derecho constitucional y no desde el ámbito del derecho internacional.

3. Para dar sólo ciertos ejemplos de los diversos regímenes que hemos intentado clasificar —referidos todos ellos a América Latina—, pero sin olvidar los interesantes desarrollos que el tema ha tenido en los ordenamientos constitucionales de otros continentes, especialmente en Europa ¹ —que deberían estudiarse necesariamente en un trabajo en profundidad, que es imposible hacerlo en esta ocasión—, citemos algunos pocos casos. Estos ejemplos permiten brindar una visión global de la

¹ Como una excelente síntesis actual del problema: Antonio Remiro Brotons. "La constitucionalidad de los tratados internacionales y su control por el Tribunal Constitucional", en *El Tribunal Constitucional*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, pp. 2233-2239.

manera en que la cuestión es encarada en la generalidad de los sistemas constitucionales latinoamericanos.

4. En muchas constituciones de nuestro continente se dispone expresamente que los tratados en vigor tienen jerarquía equivalente a la ley. Es el caso de la Constitución de la Argentina, que en su artículo 31 dispone:

Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación".²

Varias constituciones latinoamericanas, entre ellas la de México,³ han adoptado esta misma fórmula, que tiene su fuente en la Constitución de los Estados Unidos (artículo VI).

El artículo 133 de la Constitución de México dispone:

Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanan de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.

Antonio Martínez Báez ha dicho, explicando las relaciones entre los textos constitucionales de Argentina y México y su común fuente estadounidense:

Si examinamos la Constitución de la República Argentina de 25 de mayo de 1853, que en algunos de sus más importantes preceptos sigue más fielmente que la mexicana al modelo norteamericano,

² Vanossi, Jorge Reinaldo A., *Régimen constitucional de los tratados*, Buenos Aires; Reina, Ana María, "El régimen jurídico de los tratados internacionales en la República Argentina", en *Atribuciones del Congreso Argentino*, Buenos Aires, Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, Depalma, 1986; Ruiz Moreno, Isidoro, *El derecho internacional ante la Corte Suprema*, 2ª edición, Buenos Aires, Eudeba, 1970.

³ Carpizo, Jorge, "la interpretación del artículo 133 constitucional", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, año II, núm. 4, 1969; Martínez Baez, Antonio, "La Constitución y los tratados internacionales", *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, México, VIII, núm. 30, 1946; Gómez Robledo Vérduzco, Alonso, "El artículo 133", en *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, México, Rectoría. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1985, pp. 332-334.

y si se la compara con la nuestra, hallaremos que allí la intervención del Poder Legislativo en la aprobación de los tratados celebrados por el presidente corresponde conjuntamente a las dos Cámaras, lo que refuerza la opinión de sus comentaristas, que sostiene el carácter substantivo de ley de dicha aprobación.

El precepto de la supremacía constitucional (artículo 31), que incluye a los tratados entre la ley suprema nacional, es idéntico en su forma y en su fondo, al artículo VI de la Constitución de los Estados Unidos y a los artículos 126 y 133, respectivamente, de las Constituciones mexicanas de 1857 y de 1917, ésta en su texto anterior a enero de 1934.^{3 bis}

La expresión "Ley suprema" en estas constituciones de Estados federales, como son México y la Argentina, no significa que tengan los tratados una jerarquía superior a las leyes federales, sino que la Constitución, las leyes federales y los tratados ratificados y en vigor, forman el conjunto normativo que asegura la supremacía federal respecto de las constituciones y legislaciones de los Estados federados o de las provincias.⁴

5. En otro grupo de constituciones latinoamericanas no se encuentra un texto especial al respecto; pero la doctrina y la jurisprudencia han llegado a una conclusión igual sobre la cuestión de la jerarquía normativa de los tratados.

Es el caso, entre otros, del Uruguay.

Después de analizar toda la doctrina y la jurisprudencia nacional sobre el tema, he dicho en mi libro *La Constitución y los Tratados Internacionales* (1963):

Desde el momento que un tratado internacional entre en vigencia tiene, con respecto al ordenamiento jurídico uruguayo, una jerarquía equivalente a la de una ley. La solución que señalamos es la única aceptable. No puede pensarse en nuestro sistema constitucional, que el tratado tiene una jerarquía superior o igual al texto

^{3 bis} Martínez Baez, Antonio, "El Poder Legislativo mexicano y las relaciones exteriores", en *Derechos del pueblo mexicano, México a través de sus constituciones*, 3ª ed., México, Doctrina Constitucional, tomo I, p. 737, 1985.

⁴ Con razón se ha dicho: "A question growing out of the discussion above is whether the treaty power is bounded by constitutional limitations. By the supremacy clause both statutes and treaties "are declared... to be the supreme law of the land, and no superior efficacy is given to either over the other". As statutes may be held void because they contravene the Constitution being superior to both." (*The Constitution of the United States of America, Analysis and Interpretation*, Prepared by the Congressional Research Service, Washington, 1973, p. 495.)

constitucional. No puede tampoco afirmarse que un conjunto normativo aprobado mediante una ley, tenga una jerarquía inferior a la de la ley. Por ello la única solución lógica y jurídica, es la de admitir que las normas de los tratados internacionales regularmente aprobados y ratificados, tienen en el derecho público interno uruguayo la jerarquía atribuida a las leyes.⁵

El grupo de países latinoamericanos en que la Constitución no se refiere expresamente a la cuestión de la jerarquía normativa de los tratados, pero que esta jerarquía se infiere del hecho de que su aprobación ha de resultar de una ley y que la ratificación requiere esta previa ley aprobatoria, es el más numeroso. Entre ellos se encuentran Estados federales (por ejemplo Venezuela, Constitución de 1961 —artículos 128 y 190.5—, y Brasil, Constitución de 1969 —artículos 8.I.g 44.I y 81.x—), Estados unitarios (por ejemplo, Colombia —artículos 86.18 y 119.20— y Chile, Constitución de 1925 —artículos 72.15 y 43.5— y Constitución de 1980 —artículos 32.17 y 50.1—).

Es interesante indicar el caso de Cuba, en que la ratificación de los tratados internacionales corresponde al Consejo de Estados (artículo 88.m) y no a la Asamblea Nacional del Poder Popular, que se limita a aprobar los lineamientos generales de la política exterior (artículo 73.L). La aprobación de los tratados corresponde al Consejo de Ministros, que debe someter los de la ratificación del Consejo de Estado (artículo 96.ch).

En cambio, la Constitución de Nicaragua de 1986 sigue el sistema tradicional. El presidente de la República celebra los tratados (artículo 147.7) y la Asamblea Nacional los ratifica (artículo 128.9). Sin embargo, es preciso tener en cuenta la referencia especial que esta Constitución hace a los tratados sobre derechos humanos (artículo 46). Examinaremos la cuestión más adelante.

6. En otros casos, en Latinoamérica, la Constitución atribuye a los tratados una jerarquía superior a la de la ley. En este grupo minoritario se encuentra la Constitución vigente de Costa Rica, cuyo artículo 7, en su párrafo 1º, dispone:

Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes.

⁵ Gros Espiell, Héctor, *La Constitución y los tratados internacionales*, Montevideo, Ministerio de Relaciones Exteriores, MCM LXIII.

Pero la jurisprudencia ha entendido siempre que, aunque superior a la de las leyes, los tratados no poseen, ante el derecho interno, una jerarquía constitucional o supraconstitucional.⁶

Es interesante señalar que en algunos países europeos, como es el caso de Bélgica, la jurisprudencia ha llegado a admitir la superioridad jerárquica en el derecho interno de los tratados ratificados sobre las leyes, sin que existiera una norma constitucional expresa que estableciera esa fórmula.⁷

El artículo 144 de la Constitución de El Salvador de 1983 dispone:

Los tratados internacionales celebrados por El Salvador con otros estados o con organismos internacionales, constituyen leyes de la República al entrar en vigencia, conforme a las disposiciones del mismo tratado y de esta Constitución.

La ley no podrá modificar o derogar lo acordado en un tratado vigente para El Salvador. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalecerá el tratado.

Resulta de este artículo, así como del 145 y 146, que los tratados tienen una jerarquía interna inferior a la Constitución, pero superior a la ley.

La superioridad jerárquica del tratado respecto de la ley es también la solución que se encuentra en la Constitución de Honduras de 1982, cuyo artículo 18 dispone:

En caso de conflicto entre el tratado o convención y la ley, prevalecerá el primero.

Debe indicarse que en Honduras la solución de la cuestión es más compleja en virtud de lo que dice el artículo 17, que siguiendo una fórmula que se encuentra en algunas constituciones europeas modernas, o mejor dicho, teniendo en cuenta la cuestión contemplada en estas constituciones, dispone en su artículo 17:

Cuando un tratado internacional afecta una disposición constitucional, deberá aprobarse por el mismo procedimiento que rige la

⁶ *Constitución Política de la República de Costa Rica. Anotada y concordada*, San José, Asamblea Legislativa de Costa Rica, Editorial Juricentro, 1977, pp. 29-32.

⁷ Verhoeven, Joe, "Sources et Principes du Droit des Gens et Ordre Juridique Belge: "Certitudes et Vraisemblances", *Hommage a Paul De Visscher, Evolution Constitutionnelle en Belgique et Relations Internationales*, Paris, Pedone, 1984, pp. 38 y 39.

reforma de la Constitución antes de ser ratificado por el Poder Ejecutivo.

Lo mismo puede decirse del Perú, que ya desde 1978 tiene en su Constitución dos artículos (101 y 103) iguales a los artículos 17 y 18 de la Constitución de Honduras. Sin embargo, el caso del Perú, como se verá posteriormente, presenta características especiales y distintas en lo que se refiere a los tratados sobre derechos humanos.

Sin embargo, a simple título preliminar, incluimos el caso de Honduras en este grupo de países latinoamericanos en que los tratados internacionales tienen jerarquía superior a la ley.

7. En cambio, no se encuentran en las constituciones de Latinoamérica normas que reconozcan a los tratados internacionales en vigor, con carácter general, una jerarquía equivalente o superior a la de la Constitución. Esta posibilidad, que plantea problemas de enorme complejidad, que aquí sólo podemos evocar, se encuentra implícitamente reconocida, de distintas maneras, en algunas constituciones no latinoamericanas de fecha reciente —y en la Constitución de Honduras a que antes nos hemos referido—, y que han encarado el tema al referirse a los requisitos y procedimientos que han de seguirse cuando se plantea la posibilidad de aprobación legislativa de un tratado que “afecta” o que “contenga, disposiciones contrarias a la Constitución”. En otros textos constitucionales modernos, sin que pueda decirse que esté reconocida expresamente la superioridad del tratado sobre la Constitución, se encara la posibilidad de aprobación legislativa de un tratado inconstitucional, por medio de un procedimiento parlamentario especial d’rigido a obtener la previa revisión constitucional.⁸

Las constituciones de Marruecos, de los Países Bajos (artículo 63), de Austria (artículo 50.3), de Francia (artículo 54), de Portugal (artículos 277 y 1278) y de España (artículo 95-1), entre otros, encaran con diferentes fórmulas y soluciones —y en algún caso como el de los Países Bajos en que puede llegarse a concluir la superioridad del tratado respecto a la Constitución— esta complejísima y provocativa cuestión.⁹

⁸ Por ejemplo: Constitución Española de 1978, artículo 95.1. Véase al respecto: Remiro Brotons, Antonio, “Inconstitucionalidad en tratado internacional”, en *Constitución española de 1978*, Madrid, tomo VII, artículos 81 a 96, Editorial Revista de Derecho Privado, 1985.

⁹ Van Panhuys, H. F., “The Netherlands Constitution and International Law”, *American Journal of International Law*, 1953, p. 537; “The Netherlands Constitution and International Law: A Decade of Experience”, *AJIL*, 1964, p. 88; Valée, Ch., “Note sur les Dispositions Relatives au Droit International dans quelques Constitu-

Lo que hay de fundamento común en todas estas constituciones y en otras análogas, es una expresión del fenómeno de la expansión del derecho internacional, que genera necesariamente fórmulas de introducción automática en el derecho interno y cuestiones relativas a su primacía sobre este orden jurídico.¹⁰

8. Pero las previsiones constitucionales en América Latina o los criterios de la doctrina y la jurisprudencia latinoamericana sobre la jerarquía normativa de los tratados en el derecho interno, no habían distinguido para plantear la solución del problema, entre distintos tipos de tratados, según la materia regulada por el instrumento internacional.

Una brecha se ha abierto en estas formas de considerar y resolver la cuestión, como consecuencia de la previsión en algunos muy recientes textos constitucionales latinoamericanos, de un tratamiento especial con respecto a la jerarquía normativa interna de convenciones o tratados sobre derechos humanos.

9. Por lo demás, esta tendencia que enseguida analizaremos, es una expresión de la vertiente que existe hoy en el derecho constitucional comparado de hacer referencia expresa al derecho internacional de los derechos humanos y a la significación de estos en la política exterior del Estado. Dejando de lado la consideración del tema en otras constituciones, en donde podrían encontrarse múltiples ejemplos, es interesante recordar el artículo 49 del Proyecto de Constitución de Nicaragua de 1986,¹¹ el artículo 5 del Proyecto de Nueva Constitución del Brasil elaborado por la Comisión Jurídica Asesora¹² y el artículo 149 de la Constitución de Guatemala de 1985.¹³

tion Récents", *Annuaire Francais de Droit International*, 1979, pp. 270-272; Quoc Dinh, N., "La Constitution de 1958 et le Droit International", *Revue de Droit Public*, 1959, p. 515.

¹⁰ Valticos, Nicolás, "Expansion du Droit International et Constitutions Nationales", *Hommage a Paul De Visser*, Paris, Pedone, 1984, pp. 10 y 11.

¹¹ Este texto dice: "Toda persona gozará en el territorio nacional de la protección estatal y del reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana así como del irrestricto respeto, promoción y protección de los Derechos Humanos, y de la plena vigencia de los derechos consignados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas; en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y en la Convención Americana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos."

¹² Título I ("Disposiciones preliminares"), capítulo II ("Las relaciones internacionales"), artículo 5: "El Brasil se rige en sus relaciones internacionales por los siguientes principios: 1) Defensa y Promoción de los Derechos Humanos."

¹³ El artículo 149 dice: "Guatemala normará sus relaciones con otros Estados. de conformidad con los principios, reglas y prácticas internacionales con el propósito

10. Es sabido que los tratados sobre derechos humanos tienen, según la más moderna doctrina y jurisprudencia internacional, características especiales y distintas frente a los otros tratados internacionales. Para no citar sino a una jurisdicción americana —aunque igual criterio sostuvo la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Internacional de Justicia—, cabe recordar lo que dijo al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En la Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982, expresó:

La Corte debe enfatizar, sin embargo, que los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio, mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y su fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción.¹⁴

La doctrina ha analizado con agudeza cómo la naturaleza propia de estos tratados —que llevan naturalmente a plantear en términos muy especiales y distintos a los de los tratados clásicos, que regulaban en general sólo relaciones entre Estados con mínimos efectos directos en el derecho interno, la cuestión de la inserción del derecho internacional de los derechos humanos en el orden jurídico interno de las partes— habría de producir inevitablemente consecuencias respecto de su ubicación en el ordenamiento jerárquico de las normas vigentes en el derecho positivo de los Estados.¹⁵

11. Ha sido debido a la consideración de esta diferencia entre estos distintos tipos de tratados, al hecho de que estos tratados sobre derechos humanos tienen un contenido y una proyección política y humana

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.”

¹⁴ OC-2/82, 24 de septiembre de 1982, “El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos” (artículos 74 y 75. párrafo 29, p. 44).

¹⁵ Rigaux, Francois, “Quelques Réflexions sur l'Evolution Constitutionnelle de la Belgique et les Reactions Internationales”, *Hommage a Paul De Visscher*, Paris, Pedone, 1984, pp. 176 y 177.

esencial y constituyen un elemento indispensable hoy para asegurar la pervivencia y desarrollo de la democracia, que algunas constituciones latinoamericanas de los últimos años han iniciado el proceso dirigido a reconocerles una jerarquía normativa especial. Por lo demás, la triste experiencia de las recientes dictaduras, de lo que significaron en cuanto a la violación de los derechos humanos y de cómo, muchas veces, estas violaciones pretendieron fundarse en “leyes” internas —que no eran en verdad leyes, sino un mandato arbitrario carente de legitimidad—, aconsejaba y aconseja que se le dé esa a los tratados internacionales relativos a los derechos humanos, una verdadera super legalidad. Sin duda, esta experiencia histórica ha sido determinante para la inclusión de estas normas en algunos de los nuevos textos constitucionales latinoamericanos.

12. La Constitución del Perú de 1978 en su artículo 105 dice:

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.

Es esta una de las normas incluidas en el capítulo V de la Constitución peruana, titulada “De los tratados” (artículos 101-109).

13. Es interesante reseñar la historia de esta norma, en especial por su carácter absolutamente innovador. La idea estaba ya en el documento enviado a la Asamblea Constituyente, el 18 de octubre de 1978, por el arquitecto Fernando Belaunde Terry. El texto se precisó en un anteproyecto del doctor Mario Alzamora Valdés enviado a la Comisión Especial N° 2 (artículo 5). Esta Comisión elevó su ponencia a la Comisión Principal el 11 de diciembre de 1978, y en ella el señor Paredes Macedo recogió, en lo esencial, el texto propuesto por Alzamora Valdés. En la Comisión Principal, el doctor Andrés Aramburú Menchaca fue encargado de redactar el artículo que es el antecedente directo del 105. Luego de un debate en la Comisión, el doctor Aramburú redactó el texto del actual artículo 105.¹⁶

14. La Constitución del Perú, luego de sostener el criterio general de que “en caso de conflicto entre el tratado y ley prevalece el primero” (artículo 101) y de establecer que “cuando un tratado internacional

¹⁶ La minuciosa reseña de estos antecedentes está hecha en la tesis de Delgado Guembés, César, *Incorporación de la jurisdicción supranacional en el derecho peruano*, Lima, tesis, vol. II, 1982. Esta obra está inédita y nos ha sido facilitada por el que fue el director de tesis, profesor Domingo García Laguardia.

contiene una estipulación que afecta a una disposición constitucional, debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución, antes de ser ratificado por el Presidente de la República” (artículo 103),¹⁷ trata de dos casos especiales, en razón de materia: a los tratados sobre derechos humanos les atribuye jerarquía constitucional (artículo 105) y a los tratados de integración con Estados latinoamericanos los hace prevalecer sobre los demás tratados multilaterales celebrados entre las mismas partes (artículo 106).

15. El artículo 105 debe ser interpretado en relación con la Disposición General y Transitoria decimosexta que dispone:

- Se ratifica constitucionalmente, en todas sus cláusulas, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos así como el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas.
- Se ratifica igualmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica, incluyendo sus artículos 45 y 62, referidos a la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

16. La cuestión de la jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos en el Perú, no ha sido en general analizada por la doctrina, que se ha limitado casi siempre a transcribir el texto del artículo 105 y a elogiarlo, pero sin hacer un estudio de su sentido y proyecciones.¹⁸

Una excepción está constituida por el comentario de M. Rubio y E. Bernaldes, que en su obra *Constitución y sociedad política*, dicen al respecto:

De esta forma, los tratados internacionales adquirirán a partir de la vigencia de la Constitución de 1979 uno de los lugares siguientes en la jerarquía de nuestro sistema legislativo:

- Rango constitucional si tratan de asuntos normados por la Constitución o de asuntos referentes a los derechos humanos.
- Rango de ley en los demás casos, pero prevaleciendo ellos

¹⁷ Sobre estas normas: Belaunde, Antonio, “La Constitución peruana de 1979 y el derecho internacional”, *Revista Peruana de Derecho Internacional* tomo XXXIV, núm. 84, abril-junio de 1982.

¹⁸ Paz Soldán, José Pareja, *Derecho constitucional peruano y la Constitución de 1979*, 3ª Edición, Lima, 1984, p. 385; Ruiz Eldredge, Alberto, *La Constitución comentada*, Lima, 1979, pp. 168 y 169; Chirinos Soto, Enrique, *La nueva Constitución al alcance de todos*, Lima, 1980, p. 116.

sobre las leyes comunes en caso de conflicto y prevaleciendo los tratados de integración latinoamericana sobre los otros multilaterales firmados entre las mismas partes.¹⁹

La otra, y realmente destacable, es la de César Delgado, que al respecto dice:

Este dispositivo, aporte que no es exclusivo de ningún constituyente en particular, consistió en otra de las grandes innovaciones en el Derecho constitucional Nacional, que junto con el artículo 305 de nuestra Carta, no cuenta con ningún antecedente en el Derecho Comparado.

Al aprobar este artículo se estaba dando jerarquía constitucional a los Tratados sobre Derechos Humanos ya ratificados por el Perú, con los mismos alcances y extensión con los que constan los instrumentos de ratificación depositados; estos Tratados, a la fecha de entrar en efecto nuestra Carta y salvo lo dispuesto por la Primera Disposición General y Transitoria, fueron: el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ambos de las Naciones Unidas (ratificado en marzo de 1978); la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de la Organización de Estados Americanos (ratificado el 28 de julio de 1978), con las limitaciones que presentara oportunamente nuestro Embajador ante ese Organismo; así como la Convención sobre el Genocidio.

Es en este contexto que la Disposición General y Transitoria Decimo Sexta cubre y especifica los alcances de las ratificaciones previamente efectuadas por el Gobierno Militar, al advenir su carácter constitucional primero, y al dar validez constitucional también a la jurisdicción de los organismos jurisdiccionales creados por dichos Tratados. De ahí que posteriormente, el Gobierno Constitucional nacido en julio de 1980, hubiera de depositar el instrumento de ratificación respectivo con la fórmula apropiada para las ratificaciones específicas.

Este artículo constituye una excepción a lo dispuesto por el artículo 101º, por el cual se da prioridad al Tratado, en caso que éste se encontrara en conflicto con la ley. Asimismo, y así lo manifestó expresamente el autor de este dispositivo, doctor Aramburú, la norma no otorga categoría constitucional a los Tratados en general; "lo que queremos decir aquí, diría el doctor Aramburú durante el debate del artículo 101º, es toda clase de norma legal, exceptuando la Constitución". Por tanto, queda claro que el Constitu-

¹⁹ Rubio, M., y E. Bernalés, *Constitución y sociedad política*, Lima, 1985, pp. 270 y 271.

yente quiso que los Tratados que tengan como materia los Derechos Humanos si formaran parte de nuestra Constitución, con *igual* rango y no inferior. Estos Tratados son pues de una categoría especial en la pirámide jurídica de nuestro ordenamiento. En este sentido, debe considerarse entonces que “los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos”, no sólo tienen jerarquía constitucional, sino que gozan de la máxima prevalencia y son oponibles a toda otra norma legal inferior a la Constitución, en conformidad con lo preceptuado en el Artículo 87º de nuestra Carta Política vigente. A esta conclusión puede llegarse tomando como referencia la fuente del Diario de los Debates de la Comisión Principal.²⁰

17. Sin entrar al análisis exegético pormenorizado del artículo 105 de la Constitución peruana, creo que es útil adelantar mi criterio respecto de su ámbito temporal de aplicación. Pienso que la Constitución de 1978 atribuye a todos los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Perú, y por tanto vigentes a su respecto, “jerarquía constitucional”. No tendría sentido atribuir esta jerarquía sólo a los tratados sobre derechos humanos ratificados después de la entrada en vigor de la Constitución de 1978. Todos los tratados relativos a esta materia, cualquiera que sea la fecha de su ratificación, tienen, a partir de la Constitución de 1978, jerarquía constitucional. Obviamente, esto no significa darle efecto retroactivo a la carta de 1978. Pero, además, es ésta la única interpretación que respeta la letra del artículo 105, que no hace ninguna distinción en cuanto a la fecha en que el tratado fue ratificado, asegura su relación armónica con la Disposición General y Transitoria XVI y que considera y da todo su sentido al objeto y al fin que tuvo la incorporación de este artículo 105 al derecho constitucional pasado.

18. La solución peruana es interesante y progresista. El artículo 103 tiene múltiples antecedentes en el más moderno derecho constitucional comparado,²¹ y si bien constituye en América Latina una fórmula novedosa, no significó un aporte innovatorio a la forma como hoy se puede encarar la cuestión de los tratados que afecten una disposición constitucional y de las consecuencias de esta cuestión para la determinación de su jerarquía normativa. En cambio, el artículo 105, al atribuir directa e inmediatamente, a los tratados sobre derechos humanos jerarquía

²⁰ Delgado, César, *op. cit.*

²¹ Véase nota.

constitucional, dándoles así, en razón de materia, un tratamiento especial, constituyó una fórmula novedosa, de importantísimas proyecciones y un texto innovador en el derecho constitucional. Muchos son los problemas interpretativos que pueden plantearse. Además de los ya indicados —en especial sobre el ámbito temporal de su validez—, hay que señalar los que pueden surgir en cuanto a la relación de los artículos 103 y 105. Pero la Constitución del Perú ha abierto con esta norma un camino nuevo a una cuestión de la más grande trascendencia política y jurídica.

19. El artículo 105 puede llegar a tener importantes aplicaciones y proyecciones internas, que es hoy difícil de prever en todas sus eventuales consecuencias.

Ya en 1983 la Comisión Andina de Juristas, ante una iniciativa para modificar el artículo 235 de la Constitución del Perú para autorizar la posibilidad de establecimiento de la pena de muerte, invocó el artículo 105 para plantear una interesante cuestión, que es la consecuencia del rango constitucional de la Convención Americana de Derechos Humanos.²²

20. Otro ejemplo latinoamericano actual digno de estudio particular es el de Guatemala. Su muy reciente Constitución (1985) dispone en su artículo 46:

Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala tienen preeminencia sobre el derecho interno.

²² Dijo la Comisión Andina de Juristas: "El Poder Público Nacional está limitado no sólo por la Constitución sino por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o Pacto de San José de Costa Rica en su propuesta de restituir la pena de muerte. En dicha Convención se estipula, entre otras cosas, que no se extenderá la aplicación de la pena de muerte a delitos a los cuales no se aplica. Se estipula, asimismo, que no se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la hayan abolido y que en ningún caso se le puede aplicar a delitos políticos o comunes conexos con los políticos. El Perú ha ratificado legalmente (1978) y luego en la Constitución (Disposición Décimo Sexta) esta Convención depositando dos veces (1978 y 1980) el instrumento de ratificación en la OEA. Por ello se encuentra obligado a cumplir y respetar dicho Tratado Internacional en su letra y espíritu. Para dictar una norma que instaure la pena de muerte para el homicidio calificado, el gobierno peruano se vería obligado a denunciar la Convención enviando, para tal efecto, un preaviso de un año. plazo durante el cual la Convención mantiene su plena vigencia. En la medida en que esta Convención tiene rango constitucional por referirse a temas de derechos humanos (Art. 105 de la Constitución) y ha sido aprobado constitucionalmente, es indispensable la modificación constitucional como paso previo al envío de dicho preaviso." (*Boletín*, Lima, Comisión Andina de Juristas, núm. 3, diciembre de 1983, p. 25.)

21. Esta fórmula de la Constitución de Guatemala se inspiró sin duda en los comentarios y sugerencias hechas por Jorge Mario García Laguardia y Edmundo Vázquez Martínez en su valioso libro *Constitución y orden democrático*, en el que estudian los precedentes de las constituciones del Perú y Honduras.²³

El artículo 46 de la Constitución guatemalteca se origina en una iniciativa de la Comisión de Proyecto de Constitución, discutida en la Asamblea Constituyente el 29 de enero de 1985. Esta cuestión no estaba encarada en el Proyecto de Constitución elaborado por la Democracia Cristiana en 1984, que, sin embargo, incluía una disposición sobre interpretación de las normas relativas a derechos humanos, que debería hacerse de conformidad con la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados internacionales ratificados por Guatemala (artículo 3.3), y otro que establecía que los tratados internacionales debidamente ratificados, una vez publicados en el *Diario Oficial*, formarían parte del ordenamiento jurídico y tendrían autoridad superior a las leyes (artículo 140).²⁴

La discusión del artículo 47 del Proyecto de la Comisión (fuente directa del futuro artículo 46 que decía: "Se establece el principio general de preeminencia de los Derechos Humanos, reconocida en el derecho internacional sobre el derecho interno"), fue confusa y de poco valor científico. Pero, finalmente, se presentó un enmienda —que aparejó el retiro de las otras que se encontraban también en discusión—, que se aprobó por mayoría y que constituyó el texto del actual artículo 47 constitucional.²⁵

Evidentemente, la enmienda final mejoró la redacción inicial. Quedó perfectamente claro que los tratados sobre derechos humanos aceptados y ratificados por Guatemala —sólo estos tratados y no todos los tratados— tienen preeminencia sobre el derecho interno.

22. El artículo 46 de la Constitución de Guatemala, aunque puede afirmarse que tiene su fuente mediata en el artículo 105 de la Constitución del Perú, presenta diferencias importantes con éste. En efecto, mientras la Constitución peruana atribuye a los tratados sobre derechos humanos "jerarquía constitucional", la de Guatemala les da "preemi-

²³ García Laguardia, Jorge Mario y Edmundo Vázquez Martínez, *Constitución y orden democrático*, Guatemala, Universidad de San Carlos, 1984, pp. 144-150.

²⁴ *Proyecto Constitución 1984, Democracia Cristiana*, octubre de 1984, Guatemala, Asamblea Nacional Constituyente, pp. 1 y 29.

²⁵ *Diario de las Sesiones de la Asamblea Constituyente*, Guatemala, tomo 1, núm. 33, 29 de enero de 1985, pp. 31-41.

nencia sobre el derecho interno". La conclusión interpretativa a que se llegue puede ser la misma, pero no es imposible que surjan dudas sobre si la expresión "derecho interno" incluye a la propia Constitución. Una primera interpretación posible llevaría a la conclusión afirmativa. Aunque ello no resulta claro de la discusión, basándose en el texto de la norma y en el hecho de que el artículo 46 no distingue y se refiere genéricamente a todo el derecho interno, puede interpretarse en el sentido de que comprende a éste en su totalidad, incluso la Constitución. Sin embargo, un análisis del tema que tenga en cuenta lo dispuesto en el artículo 272 e) de la Constitución, hace llegar a otra interpretación. En efecto, esta norma atribuye a la Corte de Constitucionalidad la competencia de "emitir opinión sobre la constitucionalidad de los tratados", se refiere a todos los tratados y respecto de todos ellos se plantea la cuestión de su posible constitucionalidad. Por lo demás no puede dejarse de tener en cuenta que los tratados han de ser aprobados, antes de su ratificación, por ley (artículo 171 j, 1, y 173 j) y que en el artículo 175, relativo a la "jerarquía constitucional" se dispone que "ninguna ley podrá contrariar las disposiciones de la Constitución". Basándose en estas normas y en la consiguiente interpretación contextual, me inclino a creer que los tratados sobre derechos humanos, en Guatemala, continúan situándose bajo la Constitución, pero tienen preeminencia sobre la ley ordinaria y el resto del derecho interno.

De tal modo, el orden jerárquico sería: 1) Constitución, 2) Tratados ratificados sobre derechos humanos, 3) Tratados ratificados sobre las restantes materias y leyes ordinarias, 4) El resto del orden normativo interno, en la posición que resulta del sistema constitucional y administrativo guatemalteco.

23. Una diferencia más entre los casos de Guatemala y del Perú, radica en que, mientras la Constitución del Perú vincula la cuestión con los procedimientos de reforma de la Constitución, la de Guatemala no sigue tal fórmula.

24. Otro caso interesante es el de la nueva Constitución de Nicaragua. Su artículo 46 dispone:

En el territorio nacional toda persona goza de la protección estatal y del reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana, del irrestricto respeto, promoción y protección de los derechos humanos, y de la plena vigencia de los derechos consignados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos; en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y

Culturales y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas y en la Convención Americana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos.²⁶

¿Significa esto que los tratados y otros instrumentos internacionales sobre derechos humanos tienen jerarquía constitucional en el derecho interno nicaragüense? Creemos que no. Lo que el artículo 46 hace es integrar los “derechos consignados” en los instrumentos que enuncia, en la enumeración constitucional de derechos, para asegurar su “protección estatal”, su “reconocimiento” y su “irrestricto respeto”. No les da a los instrumentos internacionales correspondientes una jerarquía constitucional, sino que los atribuye a los derechos consignados en ellos una ubicación en la enunciación constitucional de derechos humanos. Por lo demás, el artículo 182 dispone:

La Constitución Política es la carta fundamental de la República; las demás leyes están subordinadas a ella. No tendrán valor alguno las leyes, tratados, órdenes o disposiciones que se le opongan o alteren sus disposiciones.

Resulta claro que para la Constitución nicaragüense los tratados son inferiores jerárquicamente a la Constitución —tienen el mismo nivel de las leyes— y se dice que no tienen “valor alguno” si se oponen o alteran las disposiciones constitucionales.

Esta conclusión se ve confirmada por la historia del artículo 46. En el Primer Proyecto de Constitución, del 21 de febrero de 1986, el artículo 29 decía:

El Estado garantiza el irrestricto respeto, promoción y protección de los Derechos Humanos, así como la plena vigencia de los Derechos Humanos consignados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas; en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y en la Convención Americana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos, todos los cuales quedan incorporados como parte integrante de esta Constitución.²⁷

²⁶ Constitución del 9 de enero de 1978, *La Gaceta, Diario Oficial*, 9 de enero de 1987.

²⁷ *La Constitución: Nuestro compromiso con el futuro: Primer proyecto de la Constitución Política de la República de Nicaragua*, 21 de febrero de 1986.

En el informe del presidente de la Asamblea Nacional y de la Comisión Especial Constitucional se expresaba al respecto:

La vigencia de los Derechos Humanos y el nivel constitucional de estos Tratados se aprobó por mayoría, con ocho votos a favor: tres del Partido Conservador Demócrata, dos del Partido Popular Social Cristiano, y tres del Frente Sandinista de Liberación Nacional; siete votos en contra, del Frente Sandinista de Liberación Nacional y uno del Movimiento de Acción Popular Marxista-Leninista; y dos abstenciones del Partido Comunista de Nicaragua y del Frente Sandinista de Liberación Nacional; esta última del Presidente de la Comisión Especial Constitucional.²⁸

Luego de las consultas con los cabildos abiertos, el proyecto se modificó y, entre otros cambios, se suprimió la frase “todos los cuales (los instrumentos internacionales enumerados) quedan incorporados como parte integrante de esta Constitución”. Queda así bien claro que lo que se quiso —y eso se tradujo en el texto final y en el artículo 46 aprobado— fue referirse a los derechos y no dar jerarquía constitucional a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

25. Pero no es mi intención entrar ahora al comentario y al análisis exhaustivo de estas disposiciones, incluidas en las constituciones del Perú, Guatemala y Nicaragua. No deseo tampoco —sin perjuicio de hacer el elogio de la tendencia a encarar esta cuestión y a darles a estos tratados una jerarquía especial o a referirse a los derechos enumerados en los instrumentos internacionales pertinentes—, señalar los reparos técnicos que creo que merecen algunos aspectos, en especial terminológicos, de los textos constitucionales antes citados. Mi objetivo, mucho más modesto, ha sido sólo el de mostrar esta nueva tendencia del derecho constitucional latinoamericano, que sin duda ha de influir beneficiosamente en las futuras constituciones que se elaboren en la América nuestra, al paso del proceso del desarrollo y afianzamiento de la democracia en el continente.

²⁸ *La Constitución: Nuestro compromiso con el futuro*: Informe presentado por el presidente de la Asamblea Nacional y de la Comisión Especial Constitucional sobre el Primer Proyecto de Constitución Política de Nicaragua, p. 4.