

Tercera Parte: *Tribunal Constitucional y división de poderes*

V.	<i>Excursus:</i> Tratados y jurisdicción internacional de los derechos humanos	555
1.	Posición constitucional de los tratados	558
1.1	Sistema de fuentes del derecho internacional en la Constitución	559
1.2	Tratados internacionales en la Constitución	566
1.2.1	Tratados constitucionales	566
1.2.2	Tratados de materia legislativa	574
1.2.3	Tratados simplificados	577
2.	Sistema Interamericano de Derechos Humanos	581
2.1	Organismos	584
2.1.1	Comisión Interamericana de Derechos Humanos	585
2.1.2	Corte Interamericana de Derechos Humanos	586
2.2	Casos judiciales	591
2.2.1	Caso Velásquez-Rodríguez	592
2.2.2	Caso Castillo Páez	595
2.2.3	Caso María Loayza	598
2.3	Perspectivas del sistema interamericano de derechos humanos	600
2.4	<i>Addenda</i>	603

EXCURSUS: TRATADOS Y JURISDICCION INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

A partir de las década de los ochenta en América Latina, después de casi dos décadas de dictaduras militares, se produjo el masivo retorno de las democracias representativas, lo que supuso el restablecimiento renovado del constitucionalismo latinoamericano. Este proceso se llevó a delante mediante reformas totales o parciales a las constituciones, caracterizándose, básicamente, por la incorporación de la protección de los derechos humanos y el establecimiento de economías sociales de mercado⁴⁶². En los años noventa, el proceso de cambios constitucionales se relanza, esta vez como respuesta al fracaso de las transiciones democráticas populistas, para dar solución a los problemas de la violencia política y a la crisis económica gestadas desde los años ochenta, como también alentadas por el nuevo escenario internacional emergente, que luego de la caída del Muro de Berlín en 1989, postuló fuertemente la globalización de una economía libre de mercado, como requisito de la democracia liberal⁴⁶³.

Estos cambios han llevado a transformaciones constitucionales en diferentes países de América Latina, que matizadamente tienen como común denominador: la racionalización del poder, la incorporación de las normas internacionales como derecho nacional, y la ampliación del catálogo de los derechos humanos de carácter individual, incluyendo semánticamente derechos sociales y económicos⁴⁶⁴. Sin embargo, las características de las demo-

462. César Landa, *Effectiveness of the Constitución in Latin America* y, Domingo García Belaunde, *Constitutional Processes in Latin America*, ambos en César Landa y Julio Faúndez (editores), *Contemporary Constitutional Challenges*, Lima, PUCP-MDC, Fondo Editorial, 1996, pp. 13 ss. Y 25 ss.

463. World Bank, *World development report 1997. The state in a changing world*, Washington, 1997; asimismo, Peter Self, *Government by the market? The politics of public choice*, Great Britain, Macmillan, 1993, pp. 48 ss. Y 198 ss.; Patrick McAuslan, *Law governance and the development of the market: practical problems and possible solution*, en Julio Faúndez (editor), *Legal and institutional reform in developing countries*, Great Britain, British Council, 1997, pp. 25 ss.

464. Jorge M. García Laguardia, *500 años de esfuerzo por la realización del derecho de los derechos humanos*, en Hosrt Schöbbohm (editor), *Derechos humanos. Estado de Derecho. Desarrollo Social*, Fundación Konrad Adenauer, Caracas, 1994, pp. 104 ss.; Ariel Dulizky, *Los tratados de derechos humanos I*, San José, 1996, pp. 160 ss.; asimismo, Council of

cracias latinoamericanas mínimas, con un fuerte caudillismo presidencial, mayorías parlamentarias obsecuentes y un militarismo arrogante, que avasallan los derechos de la oposición y de las minorías, además de la extrema pobreza y riqueza, constituyen serios límites al desarrollo democrático del Estado de Derecho y, en especial, de los derechos fundamentales. No obstante, los gobiernos latinoamericanos se autocalifican gruesamente de democráticos, pero “si se ve la esencia de la democracia, no está en la omnipotencia de la mayoría, sino en el compromiso constante entre los grupos representados en el Parlamento por la mayoría y la minoría, y, por tanto, en la paz social, donde la jurisdicción constitucional aparece como un medio particularmente idónea para realizar esta idea”⁴⁶⁵.

No obstante esta realidad poco promisoría en América Latina y en particular en el Perú, se han delineado dos sistemas de protección jurisdiccionales de los derechos fundamentales: una jurisdicción constitucional a nivel de cada Estado nacional, mediante los tribunales constitucionales o las cortes supremas básicamente⁴⁶⁶, y otra jurisdicción supranacional, mediante la creación del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos)⁴⁶⁷. Sobre la base de estas instituciones, lentamente se ha dado inicio a una etapa de control constitucional del poder y de protección jurisdiccional nacional e internacional de los derechos fundamentales, aunque muy marginalmente, pero este sistema permite cuando menos a las víctimas, a la oposición y a las minorías defenderse del poder ante la jurisdicción internacional, aunque sus logros sean muy relativos; sobre todo, porque no encuentran un Poder Judicial independiente, institucionalizado, pluralista y apto jurídicamente para la defensa de los derechos ciudadanos violados por el poder.

De ahí que frente al limitado rol racionalizador del poder, que lleva a cabo la justicia nacional, las víctimas en general encuentran en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, un ámbito de protección de los derechos fundamentales tanto nacionales como internacionales, aunque de ma-

Europe, *Universality of Human Rights in a Pluralistic World*, Strasbourg, Engel Publisher, 1990, pp. 32 ss.

465. Hans Kelsen, *La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)*..., *op. cit.*, pp. 253.

466. Alan Brewer-Carías, *La jurisdicción constitucional en América Latina*, en Domingo García Belaunde y Francisco Fernández Segado (coordinadores), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*..., *op. cit.*, pp. 117 ss.

467. Héctor Fix-Zamudio, *Notas sobre el sistema interamericano de derechos humanos*, en Domingo García Belaunde y Francisco Fernández Segado (coordinadores), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*..., *op. cit.*, pp. 163-224.

nera mediata y esporádica. Aunque tampoco es cierto que una celosa defensa de los derechos humanos, llevaría en América Latina y en particular en el Perú, a un enfretamiento directo del Sistema Interamericano con el poder gubernamental, sin muchas posibilidades de imponerse el Derecho Internacional de los Derechos Humanos sobre el poder de los gobiernos nacionales, si es que no está acompañada de fuertes compromisos del Estado con la protección de los derechos humanos. Por eso, luego de que la Comisión Interamericana recibiera en audiencias diversas demandas contra el Perú, el entonces ministro de Justicia Alfredo Quispe declaró que “creo que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos no tiene competencia para juzgar a un régimen político y un Estado soberano como el Perú. El gobierno peruano estudia posibilidades para evitar que la CIDH juzgue al Perú”⁴⁶⁸.

En ese entendido, el gobierno del Perú, como otros gobiernos latinoamericanos, no se verán constreñidos a adoptar decisiones políticas para modificar el estado de desprotección de los derechos fundamentales que se denuncia, siempre y cuando, por un lado, no se redefina la naturaleza y funciones del sistema de protección jurisdiccional nacional e internacional de los derechos humanos en el marco de la profundización nacional del Estado democrático y social de Derecho, y por otro, cuando el sistema judicial nacional e internacional asuma la protección plena que las constituciones y tratados le facultan en materia de derechos humanos. De lo contrario, la excesiva prudencia y pasividad del sistema interamericano, puede terminar apañando las violaciones cometidas por los agentes del Estado, mediante prácticas represivas o judiciales, que en numerosas oportunidades y en determinadas casos y épocas han surtido los efectos esperados⁴⁶⁹.

En tal entendido, a continuación se hace una breve evaluación del rol de protección de los derechos fundamentales, a través de la incipiente vinculación de la justicia constitucional con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y de sus posibilidades de fortalecimiento, lo cual ya supone un quiebre de la premisa positivista “*quod non in lege, nec in iure*” de la

468. CARETAS, reportaje de Guillermo González Arica, OEA. *Llover sobre mojado*, *Representantes del Estado peruano pasan apuros en capital norteamericana*, en <http://ekeko.rcp.net.pe/CARETAS/1988/oea/oea>. Htr; asimismo, *El Comercio*, *Comisión de DD. HH. de la OEA admite dos denuncias contra Perú*, en <http://www.Elcomercioperu.com.pe>, del 215 de octubre de 1998.

469. Héctor Faúndez, *El sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*, en IIDH, Costa Rica, 1996, pp. 109 ss. y 455 ss.: asimismo, Thomas Buergethal, *Implementation in the Inter-American Human Rights System*, en Rudolf Bernhardt y John Jolowicz (editores), *International Enforcement of Human Rights*, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Heidelberg, Spring Verlag, 1987, pp. 74-75.

prevalencia de la ley y de la sentencia a nivel nacional⁴⁷⁰. Para lo cual, es necesario poner el énfasis, primero, en la posición jurídica que ocupan los tratados internacionales en el sistema constitucional, tema aún no definido en el Perú, en la medida que se discute su carácter vinculatorio y, en segundo lugar, presentar las posibilidades de la justicia internacional de los derechos humanos, como una proyección más eficaz en la tutela de los derechos afectados, a través de su jurisprudencia más destacada.

1 POSICIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS TRATADOS

Con la entrada en vigencia de la Constitución del Perú de 1993, se planteó el debate acerca de la posición constitucional de los tratados en la nueva norma constitucional⁴⁷¹, debido a que esta norma suprema amplió, en su artículo 173°, la aplicación de la pena de muerte prevista para la traición a la patria en caso de guerra exterior, a los casos de delitos de terrorismo. Lo cual dio lugar a un conflicto normativo con la Convención Americana de Derechos Humanos, por cuanto el artículo 4º-2, de este tratado, postula la tesis de la progresividad de la defensa de la vida, o dicho en otras palabras: la tesis abolicionista de la pena de muerte, señalando que “en los países que no se ha abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente”⁴⁷².

Ante esta colisión normativa, en torno a la protección internacional del derecho a la vida y a su desprotección en la Constitución de 1993, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, emitió una Opinión Consultiva N° 14, a pedido de la Comisión Interamericana, en la cual estableció

-
470. Angel Fernández Sepúlveda, *Derecho judicial y justicia constitucional: una aproximación al tema...*, op. cit., pp. 181 ss.
471. Enrique Chirinos Soto y Francisco Chirinos Soto, *Constitución de 1993, lectura y comentario*, Lima, Ediciones Nermsa, 1994, pp. 100 ss.; Domingo García Belaunde, *The new peruvian constitution: Judicial power and constitutional guarantees*, en César Landa y Julio Faúndez (editores), *Contemporary Constitutional Challenges...*, op. cit., p. 43; asimismo, Marcial Rubio, *Ubicación jerárquica de los tratados referentes a derechos humanos dentro de la Constitución Peruana de 1993*, en *Pensamiento Constitucional*. Año V, N° 5, Lima, PUCP-MDC, 1998, pp. 99 ss.
472. Pedro Nikken, *La protección internacional de los derechos humano. Su desarrollo progresivo*, IIDH, Madrid, Civitas, 1987, pp. 75 ss.; Daniel O'Donnell, *Protección internacional de los derechos humanos*, IIDH, Lima, 1988, pp. 62-63; asimismo, Juan Carlos Hitters, *Derecho internacional de los derechos humanos*, tomo II, *Sistema Interamericano. El Pacto de San José de Costa Rica*, Buenos Aires, Ediar, 1993, pp. 113 ss.

Que la expedición de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir a la Convención, constituye una violación de ésta y, en el caso de que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera la responsabilidad internacional de tal Estado. 2. Que el cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley manifiestamente violatoria de la Convención, genera responsabilidad internacional para tal estado. En caso de que el acto de cumplimiento constituya *per se* un crimen internacional, genera también la responsabilidad internacional de los agentes o funcionarios que ejecutaron el acto⁴⁷³.

De modo que en materia de Derecho Internacional Público, quedó establecida una respuesta prejurisdiccional, que condena al Estado peruano y a sus autoridades, los mismos que se harán responsables en cuanto dicten una ley que amplíe la pena de muerte a los casos de terrorismo, como si la aplican, por ser evidentemente violatorias a la Convención Americana de Derechos Humanos⁴⁷⁴.

Sin embargo, la jurisprudencia y la doctrina constitucional peruanas, no han asumido claramente una tesis de la supremacía de los tratados internacionales sobre la ley, y menos aún sobre la Constitución, en la medida que la Constitución de 1993 no ha resuelto la posición jurídica de los tratados internacionales en el sistema de fuentes de nuestro derecho, como sí lo había hecho la Constitución de 1979. Motivo por el cual a continuación se plantea y se analiza la posición jurídica de los tratados internacionales, en sus tres dimensiones o naturaleza: constitucional, legislativa y ejecutiva.

1.1 Sistema de fuentes del derecho internacional en la Constitución

La Constitución de 1993 no aborda sistemáticamente el problema de las fuentes del derecho, a lo más establece algunos artículos dispersos relativos a los tratados, su control constitucional y carácter de fuente interpretativa del ordenamiento jurídico. Este déficit del constituyente, se convierte ahora

473. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2 Convención Americana de los Derechos Humanos)*, San José, 1994, p. 16.

474. Juan Carlos Hitters, *Derecho internacional de los derechos humanos*, tomo II, *Sistema Interamericano. El Pacto de San José de Costa Rica...*, *op. cit.*, pp. 446 ss.; asimismo, Marcial Rubio, *Ubicación jerárquica de los tratados referentes a derechos humanos dentro de la Constitución Peruana de 1993*, en *Pensamiento Constitucional*, Año V, N° 5, *art. cit.*, pp. 99-113.

en un desafío para la doctrina y la jurisprudencia, como ha ocurrido en el derecho comparado⁴⁷⁵, en la medida que la integración del derecho nacional y el derecho internacional tienen importancia jurisprudencial y dogmática, es decir, práctica y teórica.

En tal sentido, en primer lugar, es importante ubicar la posición jurídica de los tratados internacionales, tanto en el sistema constitucional como en el derecho internacional, por cuanto constituyen fuentes supremas del derecho peruano, desde que son normas con mandatos aplicables directamente y exigibles judicialmente. Sin embargo, no hay opinión unívoca de la jerarquía de los tratados en relación a la Constitución y sobre todo en cuanto a su relación con las leyes; para unos prevalece la ley sobre el tratado⁴⁷⁶, para otros los tratados sobre la ley⁴⁷⁷, y para terceros en cada caso de conflicto, se resolverá específicamente⁴⁷⁸. La Constitución de 1979 tenía aclarado este problema, al disponer que en caso de conflicto entre un tratado y una ley nacional, prevalecía el primero; asimismo, que los tratados de derechos humanos tenían rango constitucional y que los tratados de integración prevalecían frente a otros tratados entre las partes.

Pero esta situación es conflictiva, porque la Constitución de 1993 elimina esas disposiciones constitucionales, entre otras, volviendo a replantear el viejo tema de la primacía o no del tratado sobre la ley, en caso de conflicto entre ambas, así como si la Convención Americana de Derechos Humanos tiene naturaleza constitucional o no. Cuando a nivel internacional se producen grandes transformaciones políticas y jurídicas, que hacen de la primacía de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, principios universales exigibles en todas las latitudes del mundo, al respecto, la creación del Tribunal Penal Internacional para la persecución internacional de

475. Javier Pérez Royo, *Las fuentes del derecho...*, op. cit., pp. 13 ss.; asimismo, Luciano Parejo, *Sistema de fuentes en la jurisprudencia constitucional*, (separata del Curso de Doctorado), Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 1993.

476. Domingo García Belaunde, *La nueva Constitución del Perú: Poder Judicial y Garantías Constitucionales en Desafíos Constitucionales Contemporáneos* (C. Landa y J. Faúndez, editores), Lima, University of Warwick y Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1996, p. 43.

477. César Landa, *Jerarquía de los tratados internacionales en la Constitución peruana de 1993...*, en *RPJ*, Año XLVII, N° 16, Julio-Setiembre, Trujillo, 1998, pp. 3-14; Marcial Rubio, *La ubicación jerárquica de los tratados referentes a derechos humanos dentro de la Constitución de 1993*, en *LTC* N° 10, CAJ, Lima, 1994, p. 174.

478. Enrique Chirinos Soto y Francisco Chirinos Soto, *Constitución de 1993, lectura y comentario...*, op. cit., p. 101.

los crímenes contra los derechos humanos, es una muestra más de esta institucionalización del derecho internacional de los derechos humanos⁴⁷⁹.

Este proceso se expresa jurídicamente en las **tesis monistas**, que no sólo tienden a uniformizar el derecho, sino también la jurisdicción a nivel internacional⁴⁸⁰, como es el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos con su órgano jurisdiccional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y con su órgano cuasi-jurisdiccional como es la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Sin embargo, la expresión más clara de esta tendencia monista se da con los tratados de la Unión Europea, que crea organismos representativos, ejecutivos y jurisdiccionales supranacionales, así como con la Convención Europea de Derechos Humanos y la prolífica actividad de la Comisión y de la Corte Europea de Derechos Humanos, aunque también haya tenido una etapa de *sleeping beauty*⁴⁸¹.

En tal sentido, “el monismo toma la forma de una declaración de la supremacía del derecho internacional aún en el ámbito nacional, unida a la observación del buen desarrollo de la persona como sujeto del derecho internacional. Esta doctrina es la antípoda de los postulados jurídicos de la existencia de la soberanía de los Estados y reduce la ley nacional a un status de prisionera de la ley internacional”⁴⁸². Aunque antiguamente el monismo también podía otorgar la primacía al derecho estatal sobre el derecho internacional⁴⁸³.

Pero, por otro lado, la justificación jurídica de la involución constitucional peruana en materia de tratados internacionales, se explica en base a la **tesis dualista**, según la cual existen dos ámbitos o espacios propios del de-

-
479. Richard Wilson, *Heading for a permanent International Criminal Court*, texto presentado en la conferencia sobre *Containing State Power: Steps Toward International Enforcement of Human Rights*, Nuremberg, 24-25 de setiembre de 1997, p. 12.
480. Hans Kelsen, *Les Rapports de système entre le droit interne et le droit international public*, Académie de Droit International. Paris, Librairie Hachette, 1927, pp. 33 ss.; asimismo, Walter Schiffe, *Die Lehre vom Primat des Völkerrechts in der neueren Literatur* Leipzig-Wien, F. Deutcke, 1937, pp. 23 ss, donde presenta las tesis de Krabbe, Duguit Scelle, Kelsen y Verdross.
481. Jochen Abr. Frowein y Gerhard Ulsamer, *Europäische Menschenrechtskonvention und nationaler Rechtsschutz*, Heidelberg, C.F. Müller, 1985, pp. 9 ss.; asimismo revisar VVDStRL 49, *Deutschlands aktuelle Verfassungslage*, con los informes de Frowein, Isensee, Tomasucht y Randelzhofer, Berlin, 1990.
482. Ian Brownlie, *Principles of public international law*, Oxford, Clarendon Press, 1990, p. 33.
483. Alfred Verdross, *Zur Konstruktion des Völkerrecht*, VIII, 1914, p. 329 ss.; asimismo, Edward Corwin, *National supremacy, treaty Power vs. State Power*, 1913, reeditado por P. Smith, Mass., 1965, pp. 296 ss.

derecho y la jurisdicción: uno internacional y otro nacional⁴⁸⁴. En efecto, “la doctrina del dualismo, establece una diferencia esencial entre el derecho internacional y el derecho nacional, consistente principalmente en el hecho de que los dos sistemas regulan materias diferentes. El derecho internacional es la norma entre los Estados soberanos; la ley nacional se aplica al interior del estado y regula la relaciones de sus ciudadanos con los otros y con el gobierno”⁴⁸⁵.

De modo que de acuerdo a esta última tesis, los tratados no primarían sobre las leyes, tan sólo serían una fuente de interpretación para los jueces, sin capacidad vinculante. Esta tesis dualista responde a la antigua concepción liberal del Estado nacional y soberano, que asumió el viejo principio de que no podía darse relaciones sobre similar materia entre el Derecho Internacional y el derecho interno, por que los hechos que normaban ambos derechos eran distintos⁴⁸⁶, lo que no fue óbice para que la doctrina anglosajona postulase la integración de los tratados al derecho nacional como norma suprema —*treaties supreme law of land*—, que según los fallos de las cortes unas veces prima sobre la ley y otras no, como en el caso de la sentencia del caso Pinochet⁴⁸⁷.

Pero al término de las dos guerras mundiales, la incorporación de la protección jurídica internacional de la persona humana —además de los Estados—, el desarrollo de las nociones de la incorporación de los tratados internacionales al derecho nacional, la legitimidad de las organismos supranacionales, con sus normas y jurisdicciones con fuerza autoaplicativa, han transformado la concepción jurídica del Derecho Público Internacional del viejo Estado nacional, basada en una moderna noción del Estado supranacional, que supedita el imperio de la ley al imperio del tratado inter-

484. Heinrich Triepel, *Les Rapports de système entre le droit interne et le droit international*, Académie de Droit International. Paris, Librairie Hachette, 1925, pp. 3 ss.

485. Ian Brownlie, *Principles of public international law...*, *op. cit.*, pp. 32-33; asimismo, Hans Kelsen, *Les Rapports de système entre le droit interne et le droit international public...*, *op. cit.*, pp. 45 ss.

486. Heinrich Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig, Verlag von Hirschfeld, 1899, pp. 23 ss.; asimismo, Dionisio Anzilotti, *Introducción al problema de las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno*, en *Revista Jurídica*, tomo I, Buenos Aires, UBA, 1962, pp. 41 ss.

487. House of Lords. *Opinions of the Lords of Appeal for judgement in the cause: Regina vs. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and others (apellant). Exparte Pinochet (respondent) (on appeal from a divisional court of the Queens's Branch División)*, en www.parliament.uk; asimismo, Robert Devlin, *The Treaty of Power under the Constitution of the United States*, San Francisco, Bancroft-Whitney Co., 1908, pp. 162 ss.

nacional, en virtud a su participación voluntaria de los Estados en la formulación y aprobación de los tratados internacionales⁴⁸⁸.

Ahora bien, la posición constitucional de los tratados no está exenta de asumir una opción mixta, con elementos monistas o dualistas, a través de la **tesis de la coordinación**, que caracteriza al derecho internacional como un derecho de integración, en base a la responsabilidad internacional, en función de la cual ya no se postula la derogación automática de las normas internas, en caso de conflicto con sus obligaciones en el plano internacional, sino su armonización en base a un neoiusnaturalismo integrador⁴⁸⁹. Ello es relevante en tanto permite una solución razonada y adecuada a las circunstancias. Lo cual no exige de abordar el tema de la prevalencia o no de los tratados en caso de conflicto con el derecho interno, a partir de las escuelas jurídicas que han expresado o recogen el tema del sistema de fuentes del derecho⁴⁹⁰:

- a. *Teoría positivista de la Escuela de Viena*. Para esta corriente el sistema normativo es el producto de la voluntad de los sujetos y de la autorización de sus actos para crear normas –fuentes de la producción–, las normas que califican a los hechos como normas –fuentes sobre la producción–, y las formas en las que se expresa la norma jurídica. En función de lo cual, la validez de una norma internacional deriva siempre de un acuerdo de voluntades estatales, proveniente de la regla del *pacta sunt servanda*⁴⁹¹.

Esta teoría concibe al Derecho en su totalidad como un sistema de normas, en este sentido, “es aconsejable establecer instituciones de Derecho internacional o nacional que hagan posible la anulación de la norma de Derecho nacional que se encuentra en conflicto con el Derecho internacional. Sin embargo, cuando no existe esta posibilidad, la norma del Derecho nacional permanece válida al lado de la norma del Derecho

488. Antonio Cassese, *Human Rights in a changing world*, Polity Press, 1990, pp. 11 ss., 24 ss. y 153 ss.; asimismo, Juan Antonio Travieso, *Derechos Humanos y Derecho Internacional*, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1990, pp. 1-40.

489. Charles Rousseau, *Droit International Public*, tomo I, Paris, editions Pedone, 1970, p. 48; Riccardo Monaco, *L'Ordinamento Internazionale in Rapporto all'Ordinamento Statale*, Torino, L'Istituto Giuridico della R. Università, 1932, pp. 23-27; asimismo, Ian Brownlie, *Principles of public international law...*, *op. cit.*, p. 35.

490. Charles Rousseau, *Principes Généraux du Droit International Public*, Tomo I, *Introduction et Sources*, Paris, Editions Pedone, 1944, pp. 106 ss.

491. Dionisio Anzilotti, *Corso di Diritto Internazionale*, Roma, Athenaeum, 1923, pp. 65 ss.; asimismo, Charles Rousseau, *Principes Généraux du Droit International Public*, Tomo I, *Introduction et Sources...*, *op. cit.*, pp. 106-107.

internacional⁴⁹². Pero, para esta escuela positivista atada a la validez y la eficacia del sistema normativo, como fundamento absoluto de la vida en sociedad, no termina por plantear la posibilidad de la nulidad o inaplicación de la norma que entre en conflicto con el Derecho internacional, dejando de lado las relaciones pre-jurídicas o balance de poderes internacionales entre los Estados.

- b. *Teoría institucional*. Esta corriente objetivista concibe al sistema de fuentes del derecho como el producto de una pluralidad de fuentes creadoras; compuesta no sólo de normas internacionales positivas y formales, sino también de normas generales y particulares, públicas y privadas, nacionales e internacionales, pero en funcionamiento que crean a las primeras. Es decir, hay una concepción dinámica y originaria del ordenamiento jurídico que busca hacer funcional el tratado internacional y la norma legal nacional, a través de la integración de las mismas que realicen los organismos supranacionales, en base a la costumbre o a la norma internacional⁴⁹³.

En tal sentido, “el Derecho internacional solamente aparece como auténtico derecho, en cuanto vincula y domina a la voluntad estatal, esto es, en cuanto la trasciende y se afirma como entidad *in se*, entidad que, en nuestra opinión, es el ordenamiento de la comunidad internacional al que están subordinados los distintos Estados, aunque sólo sea de manera limitada⁴⁹⁴. Con esta tesis monista, se afirma la primacía del tratado sobre la ley, sobre consideraciones que van más allá de la propia norma internacional positiva.

- c. *Teoría de la razonabilidad*. Esta teoría concibe al ordenamiento jurídico no como pura normatividad, sino como un proceso social que busca encontrar soluciones justas a los conflictos de la sociedad, que no son otros por excelencia que la demanda de derechos de las personas; en este sentido, el material normativo no es lo sustancial, sino meramente instrumental. “Pues bien, creo que el ordenamiento así entendido debe aspirar a ser racional, aunque en ocasiones no llegue a serlo. La racio-

492. Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre...*, op. cit., p. 146; Alfred Verdross, *Die Einheit des rechtlichen Wetbildes auf Grundlage der Völkerrechtsverfassung*, Tübingen, J.C.B. Mohr (paul Siebeck), 1923, pp. 76 ss.; asimismo, José Puente Egido, *La teoría pura del derecho y la ciencia del derecho internacional*, Madrid, CSIC, 1962, pp. 100 ss.

493. Charles Rousseau, *Principes Généraux du Droit International Public*, Tomo I, *Introduction et Sources...*, op. cit., pp. 107-109.

494. Santi Romano, *El ordenamiento jurídico...*, op. cit., p. 215; asimismo, Maurice Hauriou, *La Teoría de la Institución y de la fundación...*, op. cit., pp. 37-58.

nalidad, más que un dato, es una aspiración y un propósito⁴⁹⁵. De donde se podría desprender que en caso de conflicto entre los tratados internacionales y las leyes nacionales, debería prevalecer la norma que con mayor legitimidad resuelva el hecho a normar, es decir, la protección y el desarrollo de la persona humana⁴⁹⁶. En tanto que la persona humana ha pasado a constituir el sujeto de derecho, que progresivamente otorga unidad al derecho internacional, dejando de lado tanto el dualismo entre el derecho interno e internacional, como el dualismo entre el derecho público y el derecho privado no obstante, que los Estados sean los destinatarios por excelencia de las normas de Derecho Internacional⁴⁹⁷.

En nuestro parecer, la Constitución de 1993 no está afiliada a ninguna de las escuelas o corrientes descritas anteriormente. Más aún, los constituyentes no han dado a los tratados un procedimiento orgánico, en función de las fuentes del derecho peruano, sino que la Constitución tan sólo ha consagrado algunas disposiciones dispersas y eliminado algunos artículos constitucionales de la Constitución de 1979, sin lograr reordenar el sistema de fuentes del derecho internacional en la Constitución, que al parecer era su propósito. Motivo por el cual se encuentran una diáspora de artículos constitucionales, donde no sólo hay elementos de la concepción dualista, de la corriente institucional monista, sino también, disposiciones propias de la concepción razonable, que apela a la ponderación de los valores constitucionales.

En tal sentido, a continuación se va a sistematizar la posición de los tratados en el sistema de fuentes del derecho constitucional, en base a los conceptos antes mencionados. Pero, además, distinguiendo con claridad, en qué niveles normativos se encuentran los tratados –constitucional, legal, administrativo–, las normas que los contienen –resolución legislativa, decreto supremo, resolución suprema, circulares, etc–, los principios de supradordinación que permitan definir la prevalencia de los mismos en caso de conflicto –principio de jerarquía, principio de competencia– y las acciones de garantía

495. Luis Diez-Picazo, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, Barcelona, Ariel, 1987, p. 181; asimismo, desde una postura funcionalista, ver E.B.F. Midgley, *The natural law tradition and the theory of international relations*, London, Paul Elek, 1975, pp. 350 ss.

496. Antonio Trindade Cançado, *La interacción entre el derecho internacional y el derecho interno en la protección de los derechos humanos*, en *El juez y la defensa de la democracia, Un enfoque a partir de los derechos humanos*, IIDH, San José, 1993, pp. 266 ss.; asimismo, Robert Devlin, *The Treaty of Power under the Constitution of the United States...*, *op. cit.*, p. 167.

497. Carl Schmitt, *Über die Zwei Grossen "Dualismen" des heutigen Rechtssystems. Wie verhält sich die unterscheidung von Völkerrecht und Staatlichen Recht zu der Innerstaatlichen unterscheidung von öffentlichem und Privatem Recht?*, separata de *Mélanges Streit*, II, Athen, Pirsos A. G., 1940, pp. 315-328.

que protegen dichos principios –acción de inconstitucionalidad, acción popular y conflicto de competencia–.

12 Tratados internacionales en la Constitución

Si bien en la Constitución de 1993 hay una insuficiente y asistemática regulación en torno a la posición constitucional de los tratados dentro del sistema de fuentes del derecho, según se desprende de los debates constituyentes⁴⁹⁸, se puede señalar que la Constitución sigue distinguiendo por lo menos tres tipos de tratados: constitucional, legal y simplificados, que a continuación se analizan.

12.1 Tratados constitucionales⁴⁹⁹

a. Rango constitucional de los tratados sobre derechos humanos

De acuerdo al segundo párrafo del art. 57º de la Constitución, el tratado que afecta disposiciones constitucionales, es decir que contenga materia constitucional, es aprobado mediante el procedimiento reservado para las reformas constitucionales, establecido en el artículo 206º de la Constitución. De modo que la resolución legislativa, que aprueba dicho tratado, deberá ser sancionada por el Congreso con la mayoría absoluta del número legal de sus miembros y ratificada mediante un referéndum, o, en todo caso, se podrá omitir este último procedimiento, cuando el acuerdo del Congreso se obtenga en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de congresistas. A este tipo

498. Congreso Constituyente Democrático, *Actas de las Sesiones del Plenario, Constitución Política del Perú de 1993*, publicación oficial, Lima, s/f, pp. 88-90; asimismo, Congreso Constituyente Democrático, *Actas de las Sesiones de la Comisión de Constitución y de Reglamento, Constitución Política del Perú de 1993*, publicación oficial, Lima, s/f, pp. 249-251 y 255-256.

499. César Landa, *Jerarquía de los tratados internacionales en la Constitución del Perú de 1993*, en *RPJ* N° 16,, 1998, art. cit., pp. 7 ss.; Marcial Rubio, *Ubicación jerárquica de los tratados referentes a derechos humanos dentro de la Constitución Peruana de 1993*, en *Pensamiento Constitucional*, Año V, N° 5, Lima, 1998, ..., op. cit., pp. 106 ss.; Javier Ciurlizza, *La inserción y la jerarquía de los tratados en la Constitución de 1993: retrocesos y conflictos*, en *LTC*, N° 11, Lima, CAJ, 1995, p. 68 ss.; asimismo, Carolina Loayza, *Recepción de los tratados de derechos humanos en la Constitución de 1993 y su aplicación por el Poder Judicial*, en *Diálogo con la Jurisprudencia* Año II, N° 3, Lima, Gaceta Jurídica editores, 1996, p. 47; de otro lado, Fabián Novak, *Los tratados y la Constitución peruana de 1993*, en *Agenda Internacional* Año 1, N° 2, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1994, p. 91.

de tratado también se le ha otorgado en el derecho comparado un rango constitucional o supraconstitucional⁵⁰⁰.

En tal sentido, los tratados que versan sobre derechos humanos, como la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, al regular materia de nivel constitucional –equivalente a lo dispuesto fundamentalmente en el Capítulo I De la persona y de la sociedad, del Título I De la persona y la sociedad, de la Constitución de 1993– tienen por su contenido material una jerarquía supralegal, es decir de carácter constitucional. Motivo por el cual gozan del rango constitucional por la materia constitucional que abordan. Entonces, en caso de conflicto entre un tratado constitucional de materia constitucional y una ley, prima la primera en función del principio de jerarquía normativa, que no es otro que el de la supremacía constitucional, reconocido en el art. 51^o de la Constitución⁵⁰¹. En tal entendido, la Convención Americana de Derechos Humanos protege los derechos fundamentales por sobre una ley, en todo lo que la favorezca o promueva, pero también la protege negativamente, limitando y prohibiendo en todo lo que la afecte una ley del Congreso⁵⁰².

No obstante, se puede afirmar que el artículo 200^o-4 de la Constitución, al disponer genéricamente que contra las normas con rango de ley –incluidas la ley del Congreso y los tratados internacionales, entre otras–, cabe plantear una acción de inconstitucionalidad, estaría otorgándoles a todos los tratados por lo menos igual jerarquía normativa que a la ley. Ahora bien, como los tratados internacionales aprobados y ratificados forman parte del derecho

500. Carlos Ayala, *El derecho de los derechos humanos. La convergencia entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, en *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. XXXV, 1994, pp. 9-11; Edmundo Vargas Carreño, *Introducción al derecho Internacional*, Editorial Juricentro, Costa Rica, 1992, pp. 159 ss.; asimismo, Rodolfo Piza, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, San José, 1989, p. 359.

501. De otra opinión es Domingo García Belaunde en *La nueva Constitución del Perú: Poder Judicial y Garantías Constitucionales...*, *op. cit.*, p. 43, para quien “se establece la primacía de la ley sobre el tratado, con lo cual el Perú vuelve a adoptar la posición dualista”, aunque, al parecer no se refiere a los tratados sobre materia constitucional, sino legal. Por su parte, Enrique Chirinos Soto y Francisco Chirinos Soto, *Constitución de 1993, lectura y comentario...*, *op. cit.*, p. 101, señalan que en el artículo 55^o de la Constitución, “se dice simplemente que los tratados en vigor forman parte del derecho nacional, sin decir que prevalecen ni decir que no prevalecen sobre la ley. Será llegado el caso, la jurisprudencia de los tribunales la que determine si el tratado en la circunstancia concreta, prevalece o no sobre la ley”.

502. Daniel O'Donnell, *Protección internacional de los derechos humanos...*, *op. cit.*, pp. 18-27; asimismo, Karel Vasak (editor), *Ensayos sobre derechos humanos, las dimensiones internacionales de los Derechos Humanos*, Volumen I, Lima, CAJ, 1990, pp. 25-36.

nacional –vgr. art. 55º de la Constitución– el control constitucional sobre un tratado o una ley, se realizaría para saber si es conforme por el fondo o por la forma, no sólo con la Constitución sino también con los tratados de rango constitucional, como la Convención Americana de Derechos Humanos, que forma parte del llamado bloque de constitucionalidad, en tanto goza de fuerza normativa constitucional y es de aplicación automática, completa y continua. En ese sentido, será el Tribunal Constitucional el encargado de dirimir, en un proceso constitucional, si una ley que viola la Convención debe ser inaplicada al caso concreto o ser declarada nula por ser contraria al orden constitucional de los derechos fundamentales, como acontece en el derecho comparado⁵⁰³.

La aparente paradoja de que el Tribunal Constitucional pueda declarar una ley, o incluso un tratado –de rango infraconstitucional– como inconstitucional, sobre la base de la norma constitucional y los tratados –como la Convención Americana–, queda resuelta a partir de que la Constitución señala en la cuarta disposición final y transitoria –tomada del artículo 10º-2 de la Constitución de España de 1978– que “las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”. De modo que hay un mandato constitucional vinculante, tanto para el legislador como para los jueces y cortes, y en particular el Tribunal Constitucional, a fin de que interpreten la Constitución en concordancia con los tratados internacionales de derechos humanos y las sentencias y opiniones, por ejemplo de la Corte Interamericana, en tanto intérprete supremo de la Convención Americana, en caso que la norma constitucional no sea suficiente para proteger el derecho invocado⁵⁰⁴.

Pero cuando la norma incoada por inconstitucional sea un tratado internacional de materia constitucional, como uno referido a la integridad, dominio y soberanía territorial del Estado; iniciado que sea un proceso constitu-

503. Konrad Hesse, *Etapas del desarrollo de la jurisdicción constitucional alemana.*, en *Pensamiento Constitucional*, N° 5, 1998..., *op. cit.*, pp. 36 ss.; asimismo, Tomaso Perasi, *La Costituzione e l'ordinamento internazionale* Milano, Giuffrè editore, 1952, pp. 20 ss.

504. Este modelo se corresponde con el actual sistema europeo, ver: Araceli Mangas Martín, *Cuestiones de Derecho Internacional Público en la Constitución española de 1978*, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* 61, Madrid, 1980, pp. 147 ss.; Enrique Linde, *Eficacia del Convenio en el Derecho español*, en AA.VV., *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*, Civitas, Madrid, 1979, pp. 152-154; Javier González Vega, *Jurisprudencia española en materia de derecho internacional público*, en *REDI*, Vol. XL, N° 2, Madrid, CSIC, 1988, pp. 207-208; asimismo, Luis Ignacio Sánchez, *Jurisprudencia española en materia de derecho internacional público*, en *REDI*, Vol. XXV, N° 1, Madrid, 1983, pp. 115 ss.

cional, el Tribunal Constitucional deberá cautelar si el tratado ha afectado disposiciones constitucionales pétreas o intangibles, y si, en todo caso, ha sido aprobado por el Congreso de acuerdo con el procedimiento de la reforma de la Constitución, antes de ser ratificado por el Presidente de la República, según dispone el artículo 57º, segundo párrafo de la Constitución. Lo cual abre a debate la posición vinculante que adopta un tratado en materia constitucional, en relación a las propias normas de la Constitución⁵⁰⁵. En el Derecho Comparado, un proceso ejemplificador de la fuerza vinculante de los tratados, se produjo con la aprobación del Tratado de Maastricht, que dio lugar en España, Alemania y Francia a reformas constitucionales, planteadas en las sentencias por sus tribunales constitucionales, debido a que la transferencia de ciertas competencias soberanas, resultaban incompatibles con sus constituciones⁵⁰⁶.

En tal sentido, los tratados constitucionales y en particular la Convención sobre derechos humanos, deben ser interpretados con fuerza activa, dado el carácter innovativo del ordenamiento jurídico constitucional nacional en el ámbito, y con fuerza pasiva por cuanto el tratado resiste a cualquier modificación que pretenda realizar una norma infraconstitucional, como es el caso de una ley⁵⁰⁷; salvo que con esta norma se de inicio a un procedimiento de denuncia del tratado⁵⁰⁸. Que el tratado sea aprobado mediante una resolución legislativa del Congreso, no enerva su naturaleza constitucional. En este sentido, por ejemplo, una ley posterior no puede modificar a una resolución legislativa, que sancione un tratado aprobado siguiendo el procedimiento para reformar la Constitución, dada la materia constitucional que incorpora.

La razón del principio constitucional interpretativo de la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución es contundente: “si se les permi-

505. Francis Jacobs y Shelley Roberts, *The effect of treaties in domestic law*, Vol. 7, London, Sweet & Maxwell, 1987, pp. 63 ss.; Roger MacBride, *Treaties versus the Constitution*, Idaho, Caxton Printers, 1955, pp. 76 ss.; Adolkader El Kadiri, *La position des états du tiers monde a la conférence de Vienne sur le droit des traités*, édition de la Faculté des Sciences Juridiques Économiques et Sociales de Rabat, 1980, pp. 217-231; asimismo, Pedro Pablo Camargo, *Tratado de Derecho Internacional*, tomo I, Bogotá, Temis, 1983, p. 75.

506. Albrecht Weber, *El control del Tratado de Maastricht por la jurisdicción constitucional desde una perspectiva comparada*, en *REDC*, Año 15, N° 45, Madrid, CEC, 1995, pp. 31 ss.; Konrad Hesse, *Etapas del desarrollo de la jurisdicción constitucional alemana*, en *Pensamiento Constitucional*, N° 5, 1998, art. cit., pp. 39-42.

507. L. Erades y Wesley Gould, *International law and municipal law*, Oceana Publications, New York, 1961, pp. 223 ss.; Louis de Naurois, *Les traités internationaux devant les juridictions nationales*, Paris, Recueil Sirey, 1934, pp. 144 ss.

508. Charles Rousseau, *Principes Généraux du Droit International Public*, Tomo I, *Introduction et Sources...*, op. cit., pp. 506 ss.; asimismo, Miguel D'Estéfano Pisani, *Derecho de los tratados*, La Habana, Editorial Pueblo y Educación, 1986, p. 104 ss.

tiera a los Estados invocar sus normas internas para excusarse de dar satisfacción a obligaciones internacionales, el Derecho Internacional resultaría desmenbrado y sus normas se tornarían completamente ineficaces⁵⁰⁹. En tal sentido, los arts. 27º y 26º de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), señalan que una parte no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación de su incumplimiento de un tratado, y que todo acuerdo internacional en vigor obliga a las partes *—pacta sunt servanda—*, y que debe ser cumplido por ellas de buena fe *—bona fide—*⁵¹⁰. En este sentido, es que “se requiere que los Estados investiguen las graves violaciones a los derechos humanos, cometidas en su territorio”⁵¹¹.

b. *Fuerza normativa y eficacia de los tratados sobre derechos humanos*

Cabe precisar ahora si la posición que la Constitución asigna, a los tratados internacionales sobre derechos humanos *—siguiendo al art. 10º-2 de la Constitución española mencionado—*, categoría de fuente de interpretación de los derechos fundamentales, según la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución peruana, significa reconocer a dichos tratados un nivel de norma de cumplimiento obligatorio. O, tan sólo son principios generales del derecho o del derecho consuetudinario, que se aplican supletoriamente ante el vacío o duda en la aplicación de una norma constitucional o legal positiva.

Al respecto, se puede señalar que los tratados internacionales a los cuales alude la cuarta disposición final y transitoria, exigen la interpretación de los derechos fundamentales en función no sólo del texto normativo constitucional, sino de las sentencias, opiniones y recomendaciones, que tanto la Corte como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos hayan establecido para la tutela de los derechos humanos⁵¹². Este criterio hermenéutico

509. Felipe González Morales, *Leyes de amnistía y violaciones graves a los derechos humanos...*, op. cit., p. 3; APRODEH, *I Foro ético jurídico sobre la impunidad...*, op. cit., pp. 39-46; Juan Antonio Travieso, *Derechos Humanos y Derecho Internacional...*, op. cit., pp. 72 ss.; asimismo, Ernesto de la Guardia, *Derecho de los tratados internacionales*, Buenos Aires, Depalma, 1997, pp. 193-202.

510. Francesco Capotorti, *Convenzione di Vienna sul Diritto die Trattati*, Padova, CEDAM, 1969, pp. 31-32; Ernesto de la Guardia y Marcelo Delpech, *Derecho de los tratados y la Convención de Viena de 1969...*, op. cit., pp. 224 ss.

511. Naomi Roth-Arriaza, *State responsibility to investigate and prosecute grave human rights violations in international law*, en *California Law Review* Vol, 78, Berkeley, University of California, 1990, p. 513.

512. Daniel O'Donnell, *Protección internacional de los derechos humanos...*, op. cit., pp. 485 ss.; asimismo, Juan Carlos Hitters, *Derecho internacional de los derechos humanos*, tomo

es el que sigue el Tribunal Constitucional Español, en relación al sistema europeo de derechos humanos, que no ha dudado en sostener que “la Constitución se inserta en un contexto internacional en materia de derechos fundamentales y libertades públicas, por lo que hay que interpretar sus normas de esta materia de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre la mencionada materia ratificados por España”⁵¹³.

Ahora bien, los derechos humanos consagrados en dichos tratados son normas jurídicas de aplicación directa e inmediatas –*self executing*–, es decir, no son meros derechos morales de naturaleza ética, a la cual se encuentran sometidos residualmente quienes interpreten y apliquen los derechos fundamentales de la Constitución, sino que son normas jurídicas vinculantes y de aplicación obligatorias por los poderes públicos y de respeto por los poderes privados, en la medida que contenga normas más favorables a los derechos fundamentales de la persona demandante, que las contenidas en la Constitución⁵¹⁴.

Es cierto que en la doctrina jurídica existe un antiguo debate sobre la naturaleza de los derechos humanos: como derechos positivos o morales, o como derechos objetivos, subjetivos o intersubjetivos⁵¹⁵. Pero, si se partiese de reconocer de acuerdo a la teoría institucional el doble carácter de los derechos humanos, se podría señalar que “de un lado, los derechos humanos son exigencias éticas; de otro, sólo derechos en la medida en que forman parte de un ordenamiento jurídico-positivo”, se tendría que señalar que, los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por el Perú forman parte del derecho nacional (Art. 55º de la Constitución) y, en consecuencia, son normas jurídicas de cumplimiento obligatorio para los órganos constitucionales y los ciudadanos⁵¹⁶.

II, *Sistema Interamericano. El Pacto de San José de Costa Rica...*, op. cit., pp. 401 ss. y 499 ss.

513. Antonio E. Pérez Luño, *Derechos humanos, estado y constitución...*, op. cit., pp. 309-310; asimismo, Constantin Economides, *Les rapports entre le droit international et le droit interne*, Conseil de l'Europe, Collection Science et technique de la démocratie, N° 6, Alemania, 1994, pp.12-15.
514. Louis Shon y Thomas Burgenthal, *International protection of human rights*, New York, Bobbs-Merrill Co., 1973, pp. 1238 ss.
515. Teresa Freixes, *Constitución y derechos fundamentales...* op. cit., pp. 53-76; donde se recogen las construcciones jurídicas de los derechos fundamentales que han influenciado a los demás sistemas jurídicos, tanto en su vertiente norteamericana más caracterizada, en las tesis de Rawls, Dworkin, Ely y Tribe; como en su vertiente alemana caracterizada por las tesis de Häberle, Smend, Schneider y Luhmann.
516. Theodoor van Boven, *Les critères de distinction des droits de l'homme* y, Karl Josef Partch, *Les principes de base des droits de l'homme: l'autodétermination l'égalité et*

Más aún, se podría apuntar que en la Constitución peruana, siguiendo las tesis de Dworkin⁵¹⁷, existe una fusión de derechos humanos positivos y derechos humanos morales –iusnaturalistas–, por cuanto la enumeración de los derechos fundamentales del Capítulo I del Título I de la Constitución, no excluye los demás que la Constitución garantiza –vgr. incorporados en los tratados internacionales de derechos humanos y demás artículos constitucionales–, ni otros derechos de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno, según dispone el artículo 3º de la Constitución de 1993, de clara raigambre neoiusnaturalista⁵¹⁸.

De modo que, la Constitución peruana, a través de esa *cláusula de los derechos implícitos –numerus apertus–* y de la incorporación de los tratados internacionales en el derecho nacional, reconoce que los derechos humanos abarcan bienes jurídicos más allá de lo que positivamente ella misma pueda haber consagrado en el texto político; por ello, la protección y desarrollo de los derechos fundamentales, también hay que encontrarlos en los tratados de derechos humanos y demás normas que incorporen los valores propios de la dignidad del hombre, que no deben estar al libre arbitrio de la interpretación del juez, sino en concordancia con una interpretación judicial correcta, que se derive de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, en el marco de los tratados internacionales de los derechos humanos, que el Perú se ha comprometido internacional y nacionalmente a cumplir⁵¹⁹.

c. *Integración de los tratados, la Constitución y las leyes*

La Constitución, en el artículo 200º-5, reconoce que contra un tratado internacional cabe plantear una acción de inconstitucionalidad por violar la Constitución, por el fondo o por la forma. Si bien teóricamente caben las

la non-discrimination, en Karel Vasak (editor), *Les diomensions internationales des droits de l'homme*, Gand, UNESCO, 1978, pp. 45 ss. y 64 ss., respectivamente.

517. Ronald Dworkin, *Los derechos en serio...*, op. cit., pp. 276-303.

518. Antonio E. Pérez Luño, *Derechos humanos, estado y constitución...*, op. cit., pp. 52 ss.; Antonio Trindade Cançado, *La interacción entre el derecho internacional y el derecho interno en la protección de los derechos humanos...*, op. cit., pp. 235-241.

519. Carlos Ayala, *El derecho de los derechos humanos. La convergencia entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, en *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. XXXV, 1994, pp. 19-22; asimismo, Tom Campbell, David Goldgerb, Sheila McLean, Tom Mullen, *Human rights. From rhetoric to reality*, London, Blackwell, 1986, pp. 15 ss.; asimismo, Paul Reuter, *Introduction au droit des traites*, 1995, Paris, PUF, pp. 87 ss.

acciones de inconstitucionalidad contra los tratados, aparece como una pregunta estrictamente académica si es posible de interponer una acción de inconstitucionalidad contra un tratado de materia constitucional, asumiendo que si bien ha sido incorporado al ordenamiento constitucional, mediante el mecanismo de reforma constitucional, dicho tratado podría estar contravieniendo otras disposiciones constitucionales supremas. En ese sentido, antes de que se conceda una declaración de consentimiento, sería necesario que el Tribunal Constitucional, pudiese controlar preventivamente la compatibilidad del tratado con las normas constitucionales⁵²⁰.

Es claro que procedería a examinar la inconstitucionalidad de un tratado, si se hubiese violado por la forma la Constitución, es decir, el procedimiento constitucional de aprobación para los tratados con rango y materia constitucional antes señalado. En tanto que examinar la inconstitucionalidad por violación del fondo de la Constitución, supondría que existan en la Carta Magna cláusulas pétreas, es decir, normas constitucionales que expresamente prohíben su reforma constitucional, o que existan cláusulas constitucionales intangibles que constituyan los cimientos del edificio de valores y principios históricos y sociales compartidos por la sociedad, que sostiene la legitimidad constitucional, lo cual plantea el problema de los límites materiales al ejercicio de la función constituyente⁵²¹.

En efecto, se estaría ante un debate iusfilosófico y político sobre la existencia de posibles normas constitucionales inconstitucionales – *Verfassungswidrige Verfassungsnormen*⁵²², hasta el punto de estimar una norma constitucional como inconstitucional, por contradecir su sentido valorativo fundamental, como sería desproteger la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, por cuanto constituyen “principios jerárquicamente superiores para presidir la interpretación de todo el ordenamiento comenzando por la Constitución misma”⁵²³.

520. Antonio Remiro Brotons, *Derecho Internacional Público*, tomo II, *Derecho de los Tratados*, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 335 ss.; asimismo, Riccardo Monaco, *Giustizia costituzionale e giurisdizioni sopranazionali*, en Giorgio Lombardi (editor), *Costituzione e giustizia costituzionale nel diritto comparato...*, op. cit., pp. 343-359.

521. Marie-Françoise Rigaux, *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante...*, op. cit., pp. 45-51; asimismo, Pedro de Vega, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente...*, op. cit., pp. 244-291.

522. Otto Bachof, *Verfassungswidrige Verfassungsnormen?*, en *Wege zum Rechtsstaat, Ausgewählte Studien zum öffentlichen Recht...* op. cit., pp. 19 ss.; asimismo, Marie-Françoise Rigaux, *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante...*, op. cit., p. 202.

523. Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma jurídica y el Tribunal Constitucional...*, op. cit., p. 115.

De lo expuesto, queda establecido, entonces, que los tratados en materia de derechos humanos tienen una jerarquía no sólo constitucional, sino también que gozan de una fuerza material supraconstitucional, lo cual se extiende formalmente cuando al incorporar al derecho interno, un tratado modificador de disposiciones constitucionales, debe ser aprobado previamente por el Congreso siguiendo las normas para la reforma constitucional, antes de su ratificación por el Presidente de la República. Lo cual, ciertamente, se condice con la tendencia histórica de la supremacía del derecho internacional sobre el derecho interno —en particular sobre la ley—, planteada desde inicios del siglo XX⁵²⁴ y que se viene aplicando progresivamente en el sistema jurídico internacional⁵²⁵.

1.2.2 *Tratados de materia legislativa*

Son los tratados aprobados por el Congreso que regulan infraconstitucionalmente temas específicos de rango legislativo en materia de derechos humanos, soberanía, dominio o integridad del Estado, defensa nacional, obligaciones financieras del Estado, tributos y demás temas que requieran de medidas legislativas, pero siempre de rango infraconstitucional, según dispone el artículo 56º de la Constitución. Estos *traités-lois* al tener como objeto “fijar reglas generales como lo hace una ley general dentro del Estado”⁵²⁶, da lugar a que una misma materia, por ejemplo derechos humanos, pueda ser compartida entre dos niveles jerárquicos normativos: el nivel constitucional y el nivel legislativo.

Entonces, de acuerdo a la *teoría de la competencia*, se define el rango de los tratados y de la ley, de donde se desprende que para efectos del control constitucional, por ejemplo, los tratados de rango constitucional regulan la materia de los derechos humanos en sus fundamentos constitutivos, mientras que los tratados de rango legislativo los desarrollan sin transgredirlos ni

524. Hans Kelsen, *Les Rapports de système entre le droit interne et le droit international public...*, op. cit., pp. 87 ss.; asimismo, Alfred Verdross, *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, Wien-Berlin, Verlag J. Springer, 1926, pp. 20 ss.

525. Pedro Nikken, *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo...*, op. cit., pp. 105 ss.; Louis Cavaré, *Le droit international public positif*, tomo I, *La notion de droit international public. Structure de la société internationale*, Paris, Editions Pedone, 1967, pp. 185 ss. y 210 ss.; asimismo, Carlos Ayala, *El derecho de los derechos humanos. La convergencia entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, en *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. XXXV, 1994, pp. 9-11.

526. Max Sorensen, *Manual de Derecho Internacional Público*, México, FCE, 1985, p. 157; asimismo, Juan Carrillo Salcedo, *Curso de Derecho Internacional Público. Introducción a su estructura dinámica y funciones*, Madrid, Tecnos, 1992, pp. 108-109.

desnaturalizarlos. De esta manera se desdramatiza el conflicto entre el tratado y la ley, diferenciando en función de la competencia no sólo entre la ley y el tratado⁵²⁷, sino también entre los tratados entre sí. En cualquier caso, los tratados legislativos son aprobados mediante resoluciones legislativas del Congreso.

El principio que sustentan a estos tratados de nivel legislativo, en caso de conflicto con otros tratados, sean de nivel constitucional o administrativo, será el *principio de competencia* y no el de jerarquía⁵²⁸. No obstante que los dos primeros sean aprobados por resolución legislativa del Congreso, y el tercero sea sancionado por decreto supremo del Poder Ejecutivo. Este principio de competencia opera a través de delimitar la lista de materias que le corresponde a cada tipo o nivel de tratado, según la Constitución, y mediante sus formas de aprobación y aceptación incorporadas en los artículos 12° y 13° de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), actuando como *norma normarum*⁵²⁹.

Los principios y técnicas para la delimitación de las competencias deberían condensarse en una suerte de test de la competencia (ver Primera Parte, Cap. III, 4.3.). Estos, de manera sintética serían: El principio de unidad constitucional dentro de la diversidad, que supone subordinar los intereses particulares de los poderes y organismos constitucionales a la preeminencia de los intereses generales del Estado, que son “defender la soberanía nacional, garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación”, según el art. 44° de la Constitución.

Esta subordinación debería realizarse en el marco de las competencias y atribuciones establecidas dentro del bloque de constitucionalidad, vale decir que existiendo dudas sobre el titular de la competencia o atribución, se deberá apelar al contenido esencial de las atribuciones y a la cláusula resi-

527. Cesáreo Gutiérrez Espada, *Derecho Internacional Público*, Madrid, Editorial Trotta, 1995, pp. 635 ss.; asimismo, Antonio Remiro Brotons *Derecho Internacional Público*, tomo II, *Derecho de los Tratados...*, op. cit., pp. 337 ss.

528. Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I..., op. cit., p. 143.

529. Una opinión en contra de la clasificación de los tratados, por ejemplo en tratados-ley y tratados-contrato, no obstante la abundante referencias bibliográficas, es la de: Ernesto de la Guardia, *Derecho de los tratados internacionales...*, op. cit., pp. 50-74; sin embargo, en Ernesto de la Guardia y Marcelo Delpech, *Derecho de los tratados y la Convención de Viena de 1969...*, op. cit., pp. 222 ss., se plantea la cuestión de los acuerdos o tratados simplificados, en relación a los tratados tradicionales.

dual, de modo que la presunción siempre opere a favor de los intereses estatales, y no de los poderes públicos, que sólo ejercen una cuota de los deberes del Estado⁵³⁰.

Pero si eso fuese insuficiente para delimitar la competencia, de acuerdo al test de la competencia, debería verificarse mediante criterios interpretativos del principio de la competencia, mediante la lista de materias asignadas a los sujetos constitucionales, en las cláusulas generales, en las competencias exclusivas positivas, en las competencias exclusivas negativas, en las competencias compartidas y en las concurrentes, relativas a materias y a funciones, respectivamente⁵³¹.

En ese sentido, si una materia constitucional fuere motivo de disputa en cuanto a su aprobación entre el Congreso y el Poder Ejecutivo, se presentaría un conflicto de competencia entre ambos poderes, pudiendo cualquiera de ellos interponer ante el Tribunal Constitucional un conflicto de competencia, en virtud del artículo 202º-3 de la Constitución y de acuerdo con la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, tanto si la disputa es positiva, es decir que los dos poderes pretenden aprobar el tratado por entender cada uno que es su materia, como en el caso de conflicto negativo, cuando ambos se niegan a aprobar el tratado por entender que no es materia de su competencia⁵³².

Si el supuesto de conflicto se hubiese ya expresado en una norma legal –resolución legislativa– contra ella cabría plantear una acción de inconstitucionalidad, por violación del fondo o la forma de la Constitución, según dispone el artículo 200º-4 de la Constitución; es cierto que este proceso constitucional tiene efectos concretos en el derecho interno, desde el día siguiente de la publicación de la sentencia del Tribunal Constitucional en el diario oficial. Pero, a nivel del derecho internacional, la eficacia de dicha resolución sólo se hará efectiva a nivel internacional, cuando el Estado denuncie parcial o totalmente la norma que ha sido declarada como inconstitucional, siguiendo el paralelismo de las formas del derecho de los tratados⁵³³.

530. Al respecto, es significativo el encuadramiento constitucional del proceso de integración europea, ver: José Gomes Canotilho, *Direito constitucional...*, op. cit., pp. 897-906; Francisco Rubio Llorente, *El bloque de constitucionalidad y, La Constitución española y el Tratado de Maastricht*, en la obra compiladora del autor, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Madrid, CEC, 1997, pp. 63-90 y 139-151, respectivamente.

531. Francisco Tomás y Valiente, *El reparto competencial en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional...*, op. cit., pp. 100 ss.; asimismo, Carlos Viver Y Pi-Sunyer, *Materias competenciales y Tribunal Constitucional...*, op. cit., pp. 72 ss.

532. Angel Gómez Montoro, *El conflicto entre órganos constitucionales...*, op. cit., pp. 247 ss.

533. José Pastor Ridruejo, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Madrid, Tecnos, 1996, pp. 147 ss.; asimismo, Manuel Díez de Velasco, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, tomo I, Madrid, Tecnos, 1988, pp. 146 ss.

Finalmente, frente al conflicto entre un tratado de rango legislativo y una ley interna, hay dos posiciones: una, nacional, que al asimilar ambas con igual rango y valor jerárquico, aplica los principios generales que la teoría de la interpretación jurídica ha desarrollado, para resolver los conflictos entre normas iguales⁵³⁴; es decir, prima la norma legal especial sobre la general y la posterior sobre la anteriores⁵³⁵. Otra, internacional, que apelando al principio del *pacta sunt servanda*, y además que una ley nacional no es justificación del incumplimiento de un tratado, a menos que haya un vicio de consentimiento manifiesto al obligarse el Estado, y que afecte una norma de importancia fundamental para el derecho interno, establece la prevalencia del tratado sobre la ley, según lo dispone la Convención de Viena sobre los Tratados⁵³⁶.

1.2.3 *Tratados simplificados*

Son los tratados cuyas materias no están contempladas en el nivel legislativo ni constitucional, sino que operando como una cláusula residual, el primer párrafo del artículo 57º de la Constitución las define como competencia del Poder Ejecutivo; así pues, dispone que “el Presidente de la República puede celebrar o ratificar tratados o adherir a éstos sin el requisito de la aprobación previa del Congreso en materias no contempladas en el artículo precedente...”. El artículo precedente 56º dispone que

los tratados deben ser aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el Presidente de la República, siempre que versen sobre las siguientes materias: 1. Derechos Humanos. 2. Soberanía, dominio o integridad del Estado. 3. Defensa Nacional. 4. Obligaciones financieras del Estado. También deben ser aprobados por el Congreso los tratados que crean, modifican o suprimen tributos; los que exigen modificación o derogación de alguna ley y los que requieren medidas legislativas para su ejecución.

534. Luis Prieto Sanchís, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, CEC, Madrid, 1992, pp. 40ss.; Jaime Mans Puigarnau, *Los Principios Generales del Derecho*, Barcelona, Bosch, 1979, pp. IX-XXX; asimismo, Alessandro Pizzorusso, *I principi generali del diritto: l'esperienza pubblicistica*, en Academia Nazionale die Lincei, *I Principi Generali del Diritto*, Roma, 1992, pp. 239-254.

535. Giorgio del Vecchio, *Les principes généraux du droit*, en *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, tomo II, *op. cit.*, pp. 69 ss.; asimismo, Benoît Jeanneau, *Le principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Paris Sirey, 1954, pp. 179 ss.

536. Paul Reuter, *Introduction au droit des traites...*, *op. cit.*, pp. 153 ss.; Miguel D'Estéfano Pisani, *Derecho de los tratados...*, *op. cit.*, pp. 46-47 y 90-95; asimismo, Ernesto de la Guardia, *Derecho de los tratados internacionales...*, *op. cit.*, pp. 194-195 y 201.

En efecto, de la Constitución peruana se desprende que los tratados simplificados son los acuerdos internacionales sobre materias de dominio propio del Poder Ejecutivo, como acuerdos arancelarios o de libre circulación de personas y mercaderías entre países, asuntos del Poder Ejecutivo. En efecto, su competencia por razón de la materia y la función de gobierno y administración, delimitan el ámbito de responsabilidad, en temas tales como los acuerdos de cooperación técnica internacional, bilaterales o multilaterales, que incorporan preferencias arancelarias, de libre circulación de personas o mercaderías, entre países o de organismos internacionales⁵³⁷. Estos tratados simplificados son aprobados indistintamente en el Perú, mediante decreto supremo, resolución suprema, e inclusive a través de circulares y notas de intercambio entre países, aunque mediante Ley N° 26647 se ha uniformizado para que sean aprobados sólo por decretos supremos del Poder Ejecutivo.

En el derecho comparado se diferencia entre tratado *—treaty o Vertrag—* y acuerdo simplificado *—executive agreements o Vereinbarungen—*, mientras el primero es “es el acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regidos por el Derecho Internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos y cualquiera que sea su denominación particular”⁵³⁸; el segundo es concebido como una forma más de los acuerdos internacionales, es decir, “como una forma elegida para las relaciones del Derecho Internacional, como el tratado, convenio, convención, protocolo, pacto, etc.”⁵³⁹, pero su uso no siempre es muy claro, por eso se ha dicho que a veces el tratado simplificado surge “por razones de mera conveniencia, como cuando se trata de un acuerdo de carácter puramente administrativo y técnico”⁵⁴⁰.

A la luz del Derecho Internacional, en caso de conflicto entre los tratados, el artículo 30° de la propia Convención de Viena ha previsto seis criterios

537. Wallace McClure, *International Executiv Agreements*, New York, Columbia University Press, 1941, pp. 5-15 Guillermo Fernández-Maldonado, *Los tratados internacionales y el sistema de fuentes de derecho en el Perú*, en *Derecho*, Nos. 43-44, Lima, PUCP, Fondo Editorial, 1990, pp. 346-352, aún cuando el análisis se refiere a la Constitución de 1979, en relación a los tratados simplificados no ha habido variación sustancial en la Constitución de 1993.

538. José Pastor Ridruejo, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales...*, *op. cit.*, p. 112; Paul Reuter, *Introduction au droit des traites...*, *op. cit.*, pp. 26 ss.; asimismo, Jan Kropholler, *Völkerrecht Vertrag und Drittstaaten*, en Tomuschat/Neuhold/Kropholler, *Völkerrechtliche Vertrag und Drittstaaten*, Heidelberg, C.F. Müller, 1988, pp. 105 ss.

539. Franziska Helm-Bush, *Executive Agreements im US-amerikanischen Verfassungsrecht*, Heymanns Verlag, München, 1995, p. 10; Wallace McClure, *International Executiv Agreements...*, *op. cit.*, pp. 30 ss.

540. Max Sorensen, *Manual de Derecho Internacional Público...*, *op. cit.*, p. 157.

de prevalencia de uno sobre otro⁵⁴¹; pero, en materia de derecho público interno, el principio que operaría, en caso de conflicto entre diversos tratados sería el principio de jerarquía y el de competencia en razón de la materia y/o de la función. Es decir que para efectos del Derecho Constitucional, primaría el tratado de materia constitucional, que tiene supremacía sobre los tratados de materia legislativa y administrativa; pero, entre estos dos últimos, la prevalencia se resolvería por el test de la competencia, más no por el de la jerarquía; no obstante que los tratados simplificados sean aprobados por decreto supremo del Poder Ejecutivo, y los tratados en materia legislativa por resolución legislativa del Congreso⁵⁴².

Ahora bien, desde un punto de vista, los decretos supremos que ratifican los tratados simplificados del Poder Ejecutivo, por su naturaleza administrativa, no serían pasibles de control constitucional ante el Tribunal Constitucional, debido a que el art. 200^o-4 señala que la acción de inconstitucionalidad procede contra normas de rango legal. En tanto que contra las normas de rango administrativo –decretos y resoluciones supremas, etc.– corresponde examinarlas, mediante la garantía constitucional de la acción popular que resuelve el Poder Judicial, siempre que dichas normas infringan la Constitución o la ley, según señala el artículo 200^o-5 de la Constitución⁵⁴³.

Sin embargo, como quiera que el Art. 200^o inc. 4) de la Constitución, identifica las normas y las materias que tienen rango de ley, estableciendo dentro de estas últimas a los tratados, es posible sostener que los tratados simplificados materialmente son pasibles de control constitucional directo ante el Tribunal Constitucional, pero no así formalmente, debido a la norma con que se aprueba –decreto supremo– y a la materia administrativa que regula. Sin embargo, habría que plantear como principio de resolución que la norma accesoria sigue la suerte de la principal, es decir que la forma debe supeditarse a la regulación sustantiva, más aún si los tratados simplificados pueden afectar derechos fundamentales⁵⁴⁴.

541. Manuel Díez de Velasco, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, tomo I, *op. cit.*, pp. 129 ss.; Paul Reuter, *Introduction au droit des traites...*, *op. cit.*, pp. 116 ss.; asimismo, Ernesto de la Guardia, *Derecho de los tratados internacionales...*, *op. cit.*, pp. 406 ss.

542. César Landa, *Jerarquía de los tratados internacionales en la Constitución del Perú de 1993*, en *RJP*, N° 16, 1998, *op. cit.*, pp. 11-12; asimismo, Javier Ciurlizza, *La inserción y la jerarquía de los tratados en la Constitución de 1993: retrocesos y conflictos*, en *LTC*, N° 11, pp. 72 ss.

543. Jorge Danós y Martha Sousa, *Constitucionalidad de las normas...*, *op. cit.*, pp. 322-323.

544. Edward Corwin, *National supremacy. Treaty Power vs. State Power...*, *op. cit.*, pp. 14 ss.; Paolo Barile, *I «Principi Generali» nel Diritto Costituzionale*, en *Accademia Nazionale dei Lincei, I Principi Generali del Diritto...*, *op. cit.*, pp. 311-314; asimismo, Willard Bunce, *Treaties and constitutional law, property interferences and due process of law*, Washington, 1941, p. 178.

Como es evidente, hay una gran diferencia entre la norma administrativa aprobatoria –decreto supremo– y el contenido material de los tratados simplificados, que tienen sin distinción rango de ley. Pero consideramos que la Constitución ha valorado el contenido material de los tratados, antes que la norma jurídica dé su aprobación, al otorgarle rango de ley a los tratados simplificados, pero, sólo para efectos de su control constitucional. Lo que no obsta señalar que asumiendo indiscutiblemente que los tratados simplificados tengan rango de ley, las normas formales que los contengan –decretos supremos–, no gocen de ese mismo rango de ley, sino de fuerza de ley⁵⁴⁵.

En términos generales, tendría un sentido constitucional otorgar fuerza de ley a los decretos supremos que aprueban tratados simplificados. En primer lugar, para que dichos decretos supremos tenga *fuerza pasiva*, es decir, resistan a las modificaciones que pretendan realizar otras normas con rango de ley, debido a que dichos decretos supremos tienen competencia para regular materias propias de los tratados simplificados, que son normas del bloque constitucional; y en segundo lugar, de manera excepcional, para que tengan *fuerza activa*, es decir, puedan innovar el sistema jurídico, modificando normas de igual rango legal, en caso que éstas vulneren su núcleo duro de competencias administrativas y gubernamentales⁵⁴⁶.

En consecuencia, a pesar que la intención de la mayoría constituyente de 1993 fue revertir la posición jurídica de los tratados adoptada en la anterior Constitución de 1979, no logró alterar el sentido fundamental de la primacía de los tratados en relación a la ley, ni de los tratados de derechos humanos en relación a la Constitución. Así, el rango constitucional de los tratados está consagrado, es decir que estos tratados prevalecen sobre la Constitución y desde ya sobre la ley en caso de conflicto. Mientras que los tratados de rango legislativo, en caso de colisión con una ley, tienen prevalencia; en tanto que la prevalencia entre un tratado simplificado y una ley se resolverá en función del ámbito de competencia de la materia regulada. Es decir que los tratados supraconstitucionales, constitucionales, legislativos y administrativos, no pueden ser derogados por el Derecho Interno, mediante una ley común o incluso una ley de reforma constitucional, salvo que medie la denuncia previa del tratado o convenio internacional. Sobre la base de la posición constitucional en torno a los tratados delineada, es que a continuación vamos a proceder a plantear el esquema teórico y práctico de funcionamiento del sistema interamericano de derechos humanos, como una instancia

545. Francisco Rubio Llorente, *Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley*, en la obra compiladora del autor, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución...*, op. cit., pp. 283-296.

546. César Landa, *Jerarquía de los tratados internacionales en la Constitución del Perú de 1993*, en *RPJ*, N° 16, 1998, art. cit., p. 12.

supletoria a la jurisdicción constitucional, en su tarea medular de la protección de los derechos fundamentales.

2 SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

La Constitución de 1993 ha establecido en el artículo 205° que “agotada la jurisdicción interna, quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados o convenios de los que el Perú es parte”. Asimismo, recordemos, que en el artículo 55° de la Constitución, se ha dispuesto que los tratados internacionales aprobados y ratificados por el Perú, forman parte del derecho nacional, siguiendo la vieja fórmula de Blackstone –*international law is part of the law of the land*–⁵⁴⁷. Mérito normativo que se ve reforzado cuando la Constitución de 1993, como se ha visto, continúa con la tradición de otorgar prevalencia a los tratados de derechos humanos sobre las normas nacionales⁵⁴⁸.

En tal entendido, se puede señalar que en el Perú se cuenta con un doble sistema de protección de los derechos fundamentales: un primer nivel, a cargo de la justicia constitucional responsable de la tutela de los derechos fundamentales conforme a la Constitución básicamente⁵⁴⁹, y un segundo nivel, que es el sistema interamericano para la protección internacional de los derechos humanos, conforme a la Convención Americana de Derechos Humanos⁵⁵⁰. A lo cual se podría añadir la creación del Tribunal Penal Internacional de las Naciones Unidas, aunque con las dificultades provenientes de las objeciones de las potencias –como Estados Unidos– hacia un tribunal y fiscal

547. Robert Devlin, *The Treaty of Power under the Constitution of the United States...*, op. cit., pp. 3-4.

548. Thomas Buergenthal, Robert Norris, Dinah Shelton, *Protecting Human Rights in the Americas. Selected Problems*, Strasbourg, IIHR, 1990, pp. 383 ss.; asimismo, César Landa, *Jerarquía de los tratados internacionales en la Constitución del Perú de 1993*, en *RPJ*, N° 16, 1998, art. cit., 7-10.

549. César Landa, *Son los derechos fundamentales límites al poder en el Perú?*, en *Escribas*, Arequipa, 1998, (en prensa); Luis Huerta, *Jurisprudencia constitucional e interpretación de los derechos fundamentales*, en *LTC*, N° 13, 1997, pp. 21-59; Alberto Borea, *El amparo y el hábeas corpus en el Perú de hoy...*, op. cit., pp. 15-21.

550. Louis Shon y Thomas Burguenthal, *International protection of human rights...*, op. cit., pp. 1276 ss.; Daniel O'Donnell, *Protección internacional de los derechos humanos...*, op. cit., pp. 28 ss.; Juan Carlos Hitters, *Derecho internacional de los derechos humanos*, tomo II, *Sistema Interamericano. El Pacto de San José de Costa Rica...*, op. cit., pp. 104 ss.

independientes de su poder político internacional⁵⁵¹, como también el Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia y el Tribunal Internacional para Ruanda⁵⁵².

De cualquier manera, junto al sistema constitucional nacional de protección de los derechos fundamentales, se ha formado un sistema internacional, con progresiva fuerza normativa y jurisdiccional, para la defensa y desarrollo de los derechos de las personas⁵⁵³. Ambos sistemas normativos y jurisdiccionales actúan complementariamente, de modo que deben compatibilizarse y prevenir los conflictos, pero, en caso de que se produzca el conflicto entre el sistema internacional y el sistema nacional, debería prevalecer la norma o la sentencia que con mayor legitimidad resuelva el hecho a juzgar, es decir la protección y el desarrollo de la persona humana⁵⁵⁴.

En tal sentido, la justicia internacional no sólo actúa supletoriamente frente a la justicia nacional, sino que ésta se encuentra sometida, tanto al derecho interno como al derecho internacional de los derechos humanos, al cual alude la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución de 1993. En este sentido, se puede colegir que todos –pero diríamos en especial el Tribunal Constitucional– deben interpretar los derechos fundamentales, en función no sólo del texto normativo constitucional, sino también de las resoluciones, recomendaciones y opiniones que tanto la Comisión como la Corte Interamericana de Derechos Humanos hayan establecido, para la tutela de los derechos humanos.

Este marco institucional de referencia, el proceso y el sistema americano de protección de los derechos humanos, se asienta directamente sobre la base del reestablecimiento del Estado de derecho y la democracia, a partir de la segunda postguerra mundial. En ese sentido, sólo desde entonces se

551. John Dugard, *Obstacles in the way of an International Criminal Court*, en *Cambridge Law Journal* 56 (2), July, 1997, pp. 329-342; asimismo, *Süddeutsche Zeitung, USA sträuben sich gegen starkes Weltgericht. 160 Staaten entscheiden in Rom über ein Völkertribunal*, München, edición del 18/19 de julio, 1998, p. 1.

552. Christopher Gane y Mark Mackarel, *Human Rights and the administration of justice*, Kluwer Law, London, 1997, pp. 711 ss.; asimismo, Richard Wilson, *Heading for a Permanent International Criminal Court...*, *op. cit.*, p. 12.

553. Mauro Cappelletti, *Giustizia costituzionale sopranazionale*, en *Rivista di diritto processuale*, N° 33, 1978, pp. 1-32; asimismo, Héctor Fix-Zamudio, *La Protección Judicial de los Derechos Humanos en Latinoamérica y en el Sistema Interamericano*, en *Revista IIDH*, N° 8, Julio-Diciembre, 1988, pp. 34-40.

554. Antonio Cançado Trindade, *La interacción entre el derecho internacional y el derecho interno en la protección de los derechos humanos...*, *op. cit.*, pp. 248 ss. y 266 ss.; Pedro Nikken, *La protección internacional de los derechos humano. Su desarrollo progresivo...*, *op. cit.*, pp. 156 ss.

inicia la codificación de los derechos fundamentales, mediante la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 y la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de 1969⁵⁵⁵. Esto, sin perjuicio de la vigencia entre otros, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.

En el Pacto de San José, en particular, se incluye las competencias y facultades de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), como organismos pertenecientes a la Organización de Estados Americanos⁵⁵⁶. Sin embargo, la jurisdicción vinculante de la CIDH no ha sido aún ratificada por Estados Unidos, México, Brasil ni Cuba⁵⁵⁷, ni ha alcanzado una legitimidad social que asegure el acceso a la justicia internacional de los lesionados. Sobre todo, debido a que si bien la Comisión Interamericana ha recibido más de 11,500 peticiones o demandas individuales de las víctimas, sólo ha planteado a la Corte Interamericana poco más de veinte demandas, habiéndose sentenciado sólo en diecisiete casos, hasta febrero de 1998⁵⁵⁸.

En América, todavía se está en un largo proceso de maduración de la internacionalización de la tutela de los derechos fundamentales, que además encuentra permanente oposición de los gobiernos demandados. En tanto el sistema interamericano limita la soberanía nacional de los gobiernos y de sus cortes nacionales, en aras de la defensa internacional de los derechos y libertades de la persona humana, lo cual al parecer no se concibe en muchos países como una realidad imprescindible aún, dada la complacencia de los

555. Antonio Cassese, *Human Rights in a changing world...*, op. cit., p. 153 ss.; asimismo, Cecilia Medina, *The battle of human rights. Gross systematic violations and the Inter-American System*, Dordrecht, Nijhoff Publishers, 1988, pp. 67 ss.

556. Antonio Cançado Trindade, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos (1948-1995): evolución, estado actual y perspectivas*, en Daniel Bardonnnet y Antonio Cançado (editores), *Derecho Internacional y derechos Humanos*, San José, IIDH-Academia Internacional de la Haya, 1996, pp. 47-78.

557. Héctor Fix-Zamudio, *Notas sobre el sistema interamericano de derechos humanos...*, en *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica* (D. García Belaunde y F. Fernández Segado, coordinadores) ..., op. cit., p. 191; asimismo, Eduardo Jiménez de Aréchaga, *La Convención Americana de Derechos Humanos como Derecho Interno*, en *Revista IIDH*, N° 7, Enero-Junio, 1988, p. 33.

558. Héctor Faúndez, *El Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales...*, op. cit., p. 458; asimismo, Daniel Herrendorf, *El tímido diálogo entre el sistema interamericano de protección de los derechos humanos y sus estados miembros*, en *Revista IIDH*, 12, Julio-Setiembre, 1990, pp. 11-18.

Estados con sus sistemas judiciales, no obstante, existe la tendencia hacia un progresivo uso de la jurisdicción internacional⁵⁵⁹.

Por ello es necesario dar a conocer las posibilidades, pero también los límites que presenta la protección de los derechos humanos a través del sistema interamericano, en tanto constituye la instancia suprema encargada de revisar las decisiones de la jurisdicción constitucional y ordinaria, sobre las violaciones a los derechos fundamentales de la persona humana. Esto sólo es posible realizarlo a partir de que los gobiernos de la región asuman "las implicaciones que se derivan del hecho esencial que consiste en constatar que el fundamento necesario de la jurisdicción internacional se encuentra, como consecuencia del ejercicio de su soberanía en el "consentimiento" expresado por los Estados"⁵⁶⁰.

21 Organismos

La persona que no encuentra tutela judicial a sus derechos humanos violados, con la sentencia de última instancia por un Tribunal de su país, goza del derecho de acudir ante el sistema americano para obtener justicia. Para tal efecto, el sistema tiene dos organismos: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁵⁶¹. Así, la persona afectada o sus representantes, deben ir primero ante la Comisión para que examine la demanda y medie en el caso; pero, si encontrase responsabilidad en el Estado infractor y éste se negase a asumirla, podría apelar ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para que asuma competencia y resuelva jurisdiccionalmente la demanda, que la hace suya o un Estado directamente⁵⁶².

-
559. Tom Farer, *The rise of the Inter-American Human Rights Regime: no longer a unicorn, not yet an ox*, en *Human Rights Quarterly*, Vol. 19, 1997, pp. 510-546; asimismo, Héctor Gross Spiell, *Derechos humanos, Derecho internacional y política internacional*, en IIDH, *1er. Seminario Interamericano. Educación y Derechos Humanos*, San José, IIDH, 1986, pp. 33 ss.
560. Alonso Gómez-Robledo, *Temas selectos de Derecho Internacional*, UNAM, México, 1986, p. 83; asimismo, Héctor Fix-Zamudio, *La Protección Judicial de los Derechos Humanos en Latinoamérica y en el Sistema Interamericano*, en *Revista IIDH* N° 8, 1988, 34 ss.
561. Juliane Kokott, *Das interamerikanische System zum Schutz der Menschenrechte*, Heidelberg, MPI, Springer-Verlag, 1986, pp. 31 ss., y 117 ss.; asimismo, Cecilia Medina, *The battle of human rights. Gross systematic violations and the Inter-American System...*, *op. cit.*, pp. 113 ss. y 161 ss.
562. Cecilia Medina, *The Inter-American Commission on Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights: Reflections on a joint venture*, en *Human Rights Quarterly*, Vol. 12, 1990, pp. 439-464; Juan Carlos Hitters, *Derecho internacional de los derechos humanos*, tomo II, *Sistema Interamericano. El Pacto de San José de Costa Rica...*, *op. cit.*, p. 395.

2.1.1 Comisión Interamericana de Derechos Humanos

La Comisión es un órgano cuasi-jurisdiccional integrado por siete miembros, que realiza diversas funciones: a) *conciliatoria*, entre el Estado y la víctima demandante; b) *asesora*, aconsejando a los Estados que lo solicitan, para la promoción de los derechos humanos; c) *crítica*, al emitir informes anuales sobre la situación de los Estados miembros de la Convención; d) *legitimadora*, en los casos en que un Estado se aviene a reparar las violaciones advertidas por el informe de la Comisión; e) *promotora*, al realizar estudios de fomento de los derechos humanos; y, *protectora*, cuando interviene urgentemente para pedir a un Estado que suspenda una acción violatoria de los derechos humanos⁵⁶³.

En cuanto a las reclamaciones individuales de las personas, la Comisión tiene competencia para escuchar a las partes, la víctima y sus representantes—usualmente las organizaciones no gubernamentales de derechos humanos—, así como al Estado demandado. Sobre la base de los cargos y descargos, la Comisión dicta recomendaciones, que no son decisiones judiciales, pero que crean responsabilidad internacional para el Estado demandado. En esta tarea cuasi-jurisdiccional, la Comisión juega un rol de mediación y de arbitraje entre los demandantes y los representantes del Estado, buscando una *solución amistosa*, a fin de evitar acudir a la Corte⁵⁶⁴.

Se puede decir, entonces, que la Comisión debería actuar con competencias entre un fiscal y un defensor de oficio. En efecto, cuando el Estado rechaza el acuerdo que repare el daño causado, la Comisión puede derivar el proceso ante la Corte asumiendo, junto a las víctimas y sus representantes, la parte acusadora en el proceso; sin embargo, ésta no ha sido la práctica de la Comisión, debido al manejo político de las demandas, es decir, que se ha evidenciado la falta de garantías de independencia de la Comisión, debido a la presión de los gobiernos denunciados y a la hegemonía de los Estados

563. César Sepúlveda, *México, la Comisión Interamericana y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, en *La protección internacional de los derechos del hombre. Balance y perspectivas*, México, UNAM, 1983, pp. 201-202; asimismo, Bertha Santoscoy, *la Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme et le développement de sa compétence par le système des pétitions individuelles*, Paris, Presses, Universitaires de France 1995, pp. 34-44.

564. Juan Carlos Hitters, *Derecho internacional de los derechos humanos*, tomo II, *Sistema Interamericano. El Pacto de San José de Costa Rica...*, op. cit., pp. 332-333 y 382-385; asimismo, César Sepúlveda, *El procedimiento de solución amistosa ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, en *Las Américas*, OEA, 1984, p. 243.

Unidos, en especial durante la década de los setenta y hasta mediados de los ochenta⁵⁶⁵.

En efecto, teóricamente, la Comisión a través de su práctica otorga amplia protección a los derechos humanos demandados, usando la Convención y la doctrina del derecho público. En tal sentido, el entonces Presidente de la Comisión Interamericana, señaló en 1994, que con sólo nueve abogados ellos habían dado trámite a más de diez mil demandas desde la fundación en 1965 de la Comisión⁵⁶⁶, sin embargo, en un ambiente regional no exento de violencia y represión estatal, la Comisión Interamericana hasta febrero de 1998 sólo había enviado veintidós casos a la Corte Interamericana, para que sean procesados y sentenciados.

Esto también es explicable en la medida que ha habido resistencia de la Comisión para aceptar el rol principal que le toca jugar a la Corte Interamericana, como la única y suprema instancia jurisdiccional del sistema interamericano, encargada de tutelar los derechos humanos. Lo cual ha sido evidente, con el envío que la Comisión ha hecho a la Corte de sólo un caso por año, en promedio, sin considerar que la mitad de los casos ingresados a la Corte fueron presentados después de 1993⁵⁶⁷.

2.12 Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte es el órgano judicial del sistema interamericano y está integrada por siete magistrados, que tiene dos competencias fundamentales: jurisdiccional y administrativa⁵⁶⁸.

565. Tom Farer, *The rise of the Inter-American Human Rights Regime: no longer a unicorn, not yet an ox...*, op. cit., pp. 522 ss. y 540 ss.; Donald Kommers, Gilbert Loeschner, *Human rights and american foreign policy*, USA, University of Notre Dame Press, 1979, pp. 80 ss. y 216 ss.; asimismo, David Forsythe, *Human Rights, the United States and the Organization of American States*, en *Human Rights Quarterly*, Vol. 13, 1991, pp. 70 ss.

566. Claudio Grosman, *Reflexiones sobre el sistema interamericano de protección y promoción de los derechos humanos*, en Rafael Nieto (editor), *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, San José, CIDH, 1994p. 255.

567. Héctor Faúndez, *El Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales...*, op. cit., p. 459; asimismo, Daniel Herrendorf, *El tímido diálogo entre el sistema interamericano de protección de los derechos humanos y sus estados miembros*, en *Revista IIDH*, 12, Julio-Setiembre, 1990, p. 18.

568. IIDH, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudios y Documentos*, IIDH, San José, s/f.; Thomas Buergenthal, *Implementation in the Inter-American Human Rights System*, en Rudolf Bernhardt y John Jolowicz (editores), *International Enforcement of Human Rights...*, op. cit., pp. 69 ss.

- i. *Jurisdiccional*. La Corte examina los casos de violaciones de los Estados, que son llevadas por la Comisión o por los propios Estados, pero nunca por los particulares directamente. Admitida que sea la demanda, la Corte abre el proceso a dos etapas: escrita y oral; así, la etapa escrita se inicia cuando la Corte recibe la demanda, solicita a la parte demandante que elabore una memoria y al Estado acusado una contra-memoria, en la cual éste pueda hacer su descargo o incluso plantear objeciones preliminares, que resuelve la Corte⁵⁶⁹. Luego, se da inicio a la etapa oral, en la cual dada sus facultades tutelares, la Corte puede decretar medidas de instrucción y medidas cautelares, llamar a testigos y pedir que se actúen pruebas, que conduzcan a descubrir la verdad sustantiva y no la verdad formal⁵⁷⁰.

Cuando el Estado demandado está de acuerdo con la responsabilidad establecida por la Corte, puede terminar el proceso antes del juzgamiento; en este supuesto, la Corte puede o no archivar el caso –sobreser– y pasar a supervisar el cumplimiento del acuerdo entre las partes. Cuando la Corte encuentra responsabilidad del Estado, dicta sentencia con eficacia vinculatoria para las cortes nacionales del Estado demandado. Si existiera alguna duda, acerca del alcance de la sentencia final, la Corte podría aclarar su decisión, a petición de parte. Es del caso mencionar que, por el *stare decisis*, las decisiones de la Corte son vinculantes para sentencias futuras.

En la práctica la Corte Interamericana ha resuelto sólo diecisiete (17) casos desde 1980 (en que se instaló reglamentariamente en San José de Costa Rica) hasta febrero de 1998, sin perjuicio de la resoluciones que ha dictado como medidas provisionales o cautelares, resolviendo objeciones preliminares, estableciendo el valor de las indemnizaciones o interpretando el sentido de sus fallos⁵⁷¹ (ver Cuadro N° 10). Sin embargo, hasta esa fecha estaban pendientes de resolución los casos Paniagua Morales contra Guatemala, Benavides Cevallo contra Ecuador, Cantoral

569. Daniel O'Donnell, *Protección internacional de los derechos humanos...*, op. cit., pp. 481-483; asimismo, Juan Carlos Hitters, *Derecho internacional de los derechos humanos*, tomo II, *Sistema Interamericano. El Pacto de San José de Costa Rica...*, op. cit., pp. 486-491.

570. Héctor Fix-Zamudio, *Notas sobre el sistema interamericano de derechos humanos...*, en *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica* (D. García Belaunde y F. Fernández Segado, coordinadores) ..., op. cit., pp. 199 ss.

571. Antonio Cançado Trindade, *The Inter-American System of Protection of Human Rights. (1948-1998): The First Fifty Years*, en *International Institute of Human Rights XXIX Study Session*, Strasbourg, 13-17 July, 1998, pp. 14-18; asimismo, Thomas Buergenthal, Dinah Shelton, *Protecting Human Rights in the Americas. Cases and Materials...*, op. cit., pp. 494 ss.

CUADRO N° 10
SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE
DERECHOS HUMANOS
(1980–1998)*

CASOS	PAIS	AÑO	DERECHOS	FALLO
1. VIVIANA GALLARDO	COSTARICA	1981	vida, integridad	INADMISIBLE (no agotó vía previa)
2. VELASQUEZ RODRIGUEZ	HONDURAS	1989	vida, integridad, libertad	CONDENA INDEMNIZACION
3. GODINEZ CRUZ	HONDURAS	1989	vida, integridad, libertad	CONDENA INDEMNIZACION
4. FAIREN Y CORRALES	HONDURAS	1989	vida, integridad, libertad	ABSOLUCION
5. ALOEBOETOE y otros	SURINAM	1993	vida, integr., libert., garantía judicial	INDEMNIZACION
6. CAYARA	PERU	1993	vida, integr., libert., garantía judicial	DESESTIMACION (fuera plazo)
7. GANGARAM PANDAY	SURINAM	1994	vida, libertad	CONDENA INDEMNIZACION
8. NEIRA ALEGRIA	PERU	1995	vida, integr., libert., garantía judicial	CONDENA INDEMNIZACION
9. CABALLERO y SANTANA	COLOMBIA	1995	vida, libertad	CONDENA INDEMNIZACION
10. MAQUEDA	ARGENTINA	1995	libertad, garantía judicial	SOBRESEIMIENTO (conciliación)
11. EL AMPARO	VENEZUELA	1995	vida, integr., libert., garantía judicial	INDEMNIZACION
12. GARRIDO y BAIGORRIA	ARGENTINA	1996	vida, integr., libert., garantía judicial	INDEMNIZACION
13. GENIE LACAYO	NICARAGUA	1997	garantía judicial	ABSOLUCION (allanamiento)
14. LOAYZA TAMAYO	PERU	1997	libertad y garantía judicial	CONDENA INDEMNIZACION
15. CASTILLO PAEZ	PERU	1997	vida, integr., libert., garantía judicial	CONDENA INDEMNIZACION
16. SUAREZ ROSERO	ECUADOR	1997	libertad, garantía judicial	CONDENA INDEMNIZACION
17. BLAKE	GUATEMALA	1998	integridad, garantía judicial	CONDENA INDEMNIZACION

* Periodo: agosto de 1980 a febrero de 1998.

Fuente: A. Cançado Trindade, *The Inter-American System of Protection of Human Rights (1948-1998): The First Fifty Years*, en *International Institute of Human Rights XXIX Study Session*, Strasbourg, 1998; Th. Buergenthal, D. Shelton, *Protecting Human Rights in the Americas. Cases and Materials*, IHR, Strasbourg, 1995, y; http://umn.edu/humanrts/iachr/espanol/b11_110a.htm.

Elaboración: César Landa.

Benavides contra Perú, Durand y Ugarte contra Perú y Bámaca Velásquez contra Guatemala. Las sentencias son mayoritariamente condenatorias de los Estados latinoamericanos (doce), pero también, destacan algunos fallos puramente indemnizatorios, en tanto se logró un acuerdo entre las partes (tres), y es del caso mencionar también las sentencias que desestimaron peticiones de las víctimas y de un Estado (cuatro).

- ii. *Consultiva*. La Corte también tiene competencia para emitir opiniones consultivas sobre la interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos. Esta opinión puede ser una respuesta en abstracto sobre el sentido o naturaleza de un artículo de la Convención, o puede estar referida a un caso concreto que se solicite⁵⁷²; sin embargo, como bien ha opinado la Corte, no es factible de ser requerida para emitir una opinión consultiva, sobre un futuro caso que va a ventilar como corte jurisdiccional, porque, entonces, estaría adelantado su opinión sobre el posible fallo.

Hasta 1997, la Corte ha expedido quince (15) opiniones consultivas⁵⁷³ (ver Cuadro N° 11), algunas de gran importancia, como la relativa a la pena de muerte, agotamiento de la jurisdicción interna, o sobre la no suspensión del núcleo duro de los derechos humanos, incluido entre ellos las garantías constitucionales, durante los estados de excepción⁵⁷⁴.

En la interpretación de la Convención Americana, la Corte ha venido realizando una lectura *indubio pro libertatis*. Basa sus opiniones no sólo en la Convención, sino también en el derecho y la doctrina penal, constitucional e internacional, que tiende a proteger los derechos fundamentales; en ese sentido la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos de Strasbourg, también ha tenido influencia gravitante en la Corte de San José⁵⁷⁵.

572. Manuel Ventura y Daniel Zovatto, *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Naturaleza y principios, 1982-1987*, Madrid, Civitas, 1989, pp. 49 ss.

573. Antonio Cançado Trindade, *The Inter-American System of Protection of Human Rights (1948-1998): The First Fifty Years...*, op. cit., p. 11.

574. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinion Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987, El habeas corpus bajo suspensión de garantías (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, CIDH Sr. A, N° 8, 1987, en http://www.unm.edu/humanrts/iachr/b_11_4hs.html; asimismo, Thomas Buergenthal, Robert Norris, Dinah Shelton, *Protecting Human Rights in the Americas. Selected Problems...*, op. cit., pp. 348 ss.

575. Thomas Buergenthal, *The advisory practice of the Inter-American Human Rights Court*, Rafael Nieto Navia, *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, y Rodolfo Piza Escalante, *La jurisdicción contenciosa del Tribunal Interamericano de Derechos Humanos*, respectivamente en IIDH, *La Corte Interamericana de Dere-*

CUADRO N° 11
OPINIONES CONSULTIVAS DE LA CORTE INTERAMERICANA
DE DERECHOS HUMANOS
(1982-1998)*

OPINIONES CONSULTIVAS	TEMAS
1. OC 1/82 del 24.9.82	Distinción entre los sistemas de protección regional y global.
2. OC 2/82 del 24.9.82	Efecto de la reserva de entrada en vigor de la Convención.
3. OC 3/83 del 8.9.83	Restricciones a la pena de muerte.
4. OC 4/84 del 19.1.84	Derecho a la nacionalidad y no discriminación.
5. OC 5/85 del 13.11.85	Colegiación obligatoria de periodistas es violatoria.
6. OC 6/86 del 9.5.86	La ley debe estar en función de la legalidad y legitimidad.
7. OC 7/86 del 29.8.86	Exigibilidad del derecho a la rectificación
8. OC 8/87 del 30.1.87	No se suspende garantías judiciales en estados de excepción.
9. OC 9/87 del 6.10.87	Son garantías judiciales: <i>habeas corpus</i> , amparo y otros.
10. OC 10/89 del 14.7.89	La Corte es competente para interpretar la Declaración Americana
11. OC 11/90 del 10.8.90	Excepciones al agotamiento de la jurisdicción interna
12. OC 12/91 del 6.12.91	Corte decide no responder un tema litigioso, no consultivo.
13. OC 13/93 del 16.7.93	Comisión califica sólo si una norma interna viola la Convención.
14. OC 14/94 del 9.12.94	Responsabilidad internacional por ley que viola la Convención.
15. OC 15/97 del 14.11.97	Comisión por excepción puede cambiar informe enviado a Estado

* Periodo setiembre de 1982 a febrero de 1998.

Fuente: A. Cançado Trindade, *The Inter-American System of Protection of Human Rights (1948-1998): The First Fifty Years*, en *International Institute of Human Rights XXIX Study Session*, Strasbourg, 1998, y; Juan Travieso, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996.

Elaboración: César Landa.

De acuerdo con la información presentada, no puede menos que llamar la atención el estado limitado de acceso a la justicia internacional, en el funcionamiento del sistema interamericano de derechos humanos; en la medida que de las más de once mil quinientas demandas individuales que se han presentado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, sólo diecisiete se convirtieron en sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Evidentemente, existe un cuello de botella que ha hecho de la Corte una especie de oráculo al que sólo unos pocos casos privilegiados han podido llegar a ser resueltos.

Ello se debe en buena medida a que, en una primera etapa, el sistema americano de derechos humanos, al no contar con el respaldo de los gobiernos, que se encontraban en manos de dictaduras militares⁵⁷⁶, fueron los suficientemente complacientes para soslayar las demandas de las víctimas. En ese sentido, no obstante la implementación de la Corte en la práctica a fines de los setenta, “de 1979 a 1981, la Comisión nunca solicitó una opinión consultiva ni planteó un caso contencioso ante la Corte [...]. De 1982 a 1985 la Comisión demandó una opinión consultiva... A partir de 1986 empieza con la remisión de tres casos a la Corte...”⁵⁷⁷. Mientras que en una segunda etapa, caracterizada por los pronunciamientos jurisdiccionales de la Corte, se abre la justicia de los derechos humanos con una marcada función tutelar de las víctimas, lo cual, ha dado lugar a decisiones judiciales que es también importante juzgarlas.

22 Casos Judiciales

Es indiscutible que la protección de los derechos humanos constituye un nodo muy sensible, que integra y unifica a la región, en tanto que el impacto de las decisiones del sistema interamericano sobre un Estado de la comunidad americana, constituye uno de los instrumentos valorativos, pero también instrumentales de las relaciones internacionales entre los Estados Unidos y los demás países americanos, una vez iniciado el retorno a la democracia en

chos Humanos. Estudios y Documentos..., op. cit., pp. 23-51, 115-153 y 155-176; asimismo, Héctor Gros Espiell, *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1991, pp. 171-174.

576. Thomas Buergenthal, *Implementation in the Inter-American Human Rights System*, en Rudolf Bernhardt y John Jolowicz (editores), *International Enforcement of Human Rights...*, op. cit., pp. 74-75.
577. Henry Steiner y Philip Alston, *International Human Rights in Context. Law, Politics, Morals*, Press, Oxford, Clarendon 1996, p. 650.

América Latina, a partir de la década de los ochenta⁵⁷⁸. En ese escenario internacional, es que la Corte Interamericana ha dado muestras de haber iniciado un desarrollo jurisprudencial –teórico y práctico–, que a continuación se comenta en el somero análisis de algunos *leading-cases*.

2.2.1 Caso Velásquez Rodríguez⁵⁷⁹

En setiembre de 1981, Angel Velásquez, estudiante de la Universidad Nacional Autónoma de Honduras, fue arrestado sin orden judicial por miembros de los servicios de secretos del Ejército de Honduras. La ilegal detención fue hecha en circunstancias de una peligrosa etapa para la vida civil, caracterizada por la sistemática desaparición de *gente peligrosa*, para la seguridad del Estado, según afirmaba el gobierno. En tal entendido, Velásquez fue llevado a las dependencias de las fuerzas de seguridad del Estado, donde fue interrogado, torturado y acusado de crímenes políticos. Luego fue trasladado a una base militar donde continuó su detención ilegal.

En setiembre de ese mismo año, fue presentado un *habeas corpus* sin éxito. Un segundo y tercer *habeas corpus*, planteados en 1983, tampoco encontraron respuesta en las cortes judiciales⁵⁸⁰. Sus familiares, no obstante, iniciaron un proceso penal ordinario, el mismo que también fue declarado infundado, bajo el argumento de que “*no habían pruebas*” según los jueces. No obstante, en 1984, se inicia otro procedimiento contra varios elementos del ejército que también fue archivado por que “los autores no estaban debidamente identificados”. El único militar identificado se encontraba como agregado militar en el exterior y por tanto “*no habido*” en el proceso. Decisión judicial que fue recurrida, pero finalmente rechazada en la Corte Suprema de Honduras.

En octubre de 1981, la Comisión Interamericana recibió la demanda respectiva y solicitó al gobierno de Honduras información, sin recibir respuesta hasta 1986. En ese mismo año, al no obtener respuesta alguna del gobierno hondureño, la Comisión planteó la demanda ante la Corte Interamericana, por violación del derecho a la vida, derecho a la libertad e

578. David Guillies, *Between principle and practice. Human rights in North-South Relations*, Canada, McGill-Queen's University Press 1996, pp. 48-53; asimismo, Héctor Gross Espiell, *Derecho Internacional y Política Internacional*, en IIDH, *1er Seminario Interamericano. Educación y Derechos Humanos...*, *op. cit.*, pp. 57 ss.

579. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia del 29 de julio de 1988*. Serie C N° 4; asimismo, Juan Travieso, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, pp. 349-401.

580. Carlos Hitters, *La Corte Interamericana y la condena al Estado de Honduras (aspectos procesales)*, en LTC 2, 1989, pp. 71 ss.

integridad personal, derecho a la integridad personal y derecho a la libertad personal. Ante la Corte, el gobierno de Honduras planteó objeciones preliminares por no haberse agotado todas las instancias judiciales nacionales, antes de apelar al sistema internacional. También objetó las delaciones de testigos por que tenían *razones ideológicas* o *intereses de injuriar al Estado*. Ambas objeciones fueron rechazadas por la Corte Interamericana, en base a los principios tutelares de los derechos humanos acerca de las garantías y recursos, los mismos que no eran idóneos por la tolerancia del gobierno con la lenidad judicial y las amenazas a los representantes de las víctimas⁵⁸¹.

De otro lado, el gobierno de Honduras pidió a la Corte que las declaraciones de los militares fuese realizada en una audiencia privada. La Corte aceptó este extremo, pero con la presencia de los representantes de la víctima. No obstante, dos testigos que declararon en San José de Costa Rica ante la Corte, a su regreso a Honduras, fueron asesinados. Otro, que no llegó a viajar, también fue ejecutado. La mayoría de los testimonios provino de personas que habían sido torturadas por agentes del gobierno, en una práctica institucionalizada. Lo que fue corroborado por el testimonio de un ex-miembro del ejército hondureño, que se arrepintió de sus actos y facilitó detalles de cómo se realizaban las detenciones, secuestros, torturas y desapariciones, así como las prisiones ilegales, el acoso contra los denunciantes. etc.⁵⁸²

La Corte evaluó las pruebas generales –sistemáticas desapariciones–⁵⁸³, las pruebas específicas –testimonios– y las pruebas preliminares; así como también consideró el derecho del Estado de defender su seguridad interior, sentenciando en 1988 que el gobierno de Honduras era responsable por la violación del derecho a la vida y otros de Angel Velásquez. Esta decisión fue el primer caso en que la Corte condenó a un Estado miembro por violar la Convención Americana, la misma que sentó precedente judicial *stare decisis* en dos temas jurídicos novedosos:

Uno, relativo a las pruebas. En la Corte Interamericana el valor de las pruebas es menos formal que en las cortes nacionales, en tanto que las evidencias preliminares, en el caso de una desaparición, usualmente son

581. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia del 29 de julio de 1988*. Serie C N° 4..., *op. cit.*, pp. 364 y 371 ss.

582. *Ibidem*, *op. cit.*, p. 377.

583. Carlos Hitters, *La Corte Interamericana y la condena al Estado de Honduras (aspectos procesales)*, en *LTC 2*, 1989, p 79; asimismo, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia del 29 de julio de 1988*. Serie C N° 4, *op. cit.*, pp. 379 ss.

destruidas o ocultadas por los agentes que la cometen, dada su responsabilidad. En este sentido, la Corte también valoró el contexto socio-político de Honduras, al momento de los hechos violatorios, calificando como de una sistemática desaparición forzosa de personas tolerada por el gobierno e impune en el sistema judicial. Como la Corte estableció, al resolver las excepciones preliminares planteadas por el gobierno de Honduras, “la Corte, al ejercer una jurisdicción internacional, no está llamada a atribuir a las consideraciones de forma la misma importancia que ellas podrían tener en el derecho interno (Mavrommatis Palestine Concessions, Judgement N° 22, P.C.I.J., Series A, N° 2, p. 34; véase también Aegean Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J., Reports 1978, párr. 42)”⁵⁸⁴.

En ese entendido, la Corte señaló en el párrafo 135 de la sentencia que “a diferencia del derecho penal interno, en los procesos de violaciones de derechos humanos, la defensa del Estado no puede descansar sobre la imposibilidad del demandante de alegar pruebas que, en muchos casos, no pueden obtenerse sin la cooperación del Estado”⁵⁸⁵. En otras palabras, se sentó el precedente judicial, de que en estos casos de desapariciones, se invierte la carga de la prueba, ya que cede la obligación de la víctima para demostrar la culpabilidad del Estado, pasando al Estado la responsabilidad de tener que colaborar con la justicia para demostrar su inocencia. Por eso se ha dicho que “la carga de la prueba corresponde, pues, al demandante. Pero esta no es una regla absoluta, menos en materia de derechos humanos”⁵⁸⁶.

Dos, el agotamiento de la vía judicial interna. La Convención Americana establece, en efecto, que para acudir al sistema interamericano, se deben haber agotado previamente todas las instancias judiciales que ofrece el Estado demandado. Sin embargo, a juicio de la Corte, esta disposición no es rígida, sino que con el sano juicio de la crítica, la Corte ha señalado que se reserva el derecho de analizar si los remedios internos son eficaces o no⁵⁸⁷. En este

584. Rafael Nieto Navia, *La valoración de la prueba por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos de desapariciones forzadas en Honduras*, en *El juez y la defensa de la democracia, Un enfoque a partir de los derechos humanos...*, op. cit., p. 205.

585. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia del 29 de julio de 1988*, San José, 1988, p. 32; asimismo, Germán Bidart Campos, *El Derecho Constitucional Humanitario...*, op. cit., pp. 39 ss.

586. Rafael Nieto Navia, *La valoración de la prueba por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos de desapariciones forzadas en Honduras*, en *El juez y la defensa de la democracia, Un enfoque a partir de los derechos humanos...*, op. cit., p. 221.

587. Antonio Cançado Trindade, *O Esgotamento dos recursos internos e a evolução da noção de “Vítima” no direito internacional dos Direitos Humanos*, en *Revista IIDH*, N° 3, Enero-Junio, 1986, pp. 5 ss.; y del mismo autor, *The Inter-American System of Protection of Human Rights. (1948-1998): The First Fifty Years...*, op. cit., pp. 20 ss.

sentido, habían tres *habeas corpus* y dos procedimientos penales sin haber agotado todas las instancias judiciales, pero no por defecto de los representantes de la víctima, sino por los obstáculos planteados por el gobierno. En consecuencia, la Corte entendió materialmente como agotadas las vías internas, en base a los principios generales del derecho⁵⁸⁸, según los cuales “una Parte no puede beneficiarse del hecho de que otra no haya cumplido alguna obligación [...] si aquella Parte, por algún acto ilegal, le ha impedido a la otra cumplir la obligación en cuestión”⁵⁸⁹.

Con este caso quedó sentado, que está más allá de cualquier duda, que el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad, pero, por grave que sea la alteración del orden jurídico, no cabe admitir que el gobierno pueda ejercer su poder sin límite alguno, o que las autoridades se valgan de cualquier medio para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral; porque, ninguna acción en nombre del Estado puede basarse en el desprecio de la dignidad humana⁵⁹⁰.

2.2.2 Caso Castillo Páez⁵⁹¹

En octubre de 1990, Ernesto Castillo, estudiante de sociología de la Pontificia Universidad Católica del Perú, fue detenido por la policía al sur de Lima, en circunstancias en que se encontraba caminando rumbo a su casa, luego de que detonaran dos bombas por las inmediaciones de la zona. Los testigos declaran que fue introducido por la fuerza en la maletera de un auto policial. Luego de lo cual nadie más volvió a saber de Castillo.

Los familiares presentaron un *habeas corpus* e iniciaron un proceso penal contra los policías presuntamente responsables. Planteado el *habeas corpus*, la policía negó su detención. Más aún, cuando la juez Minaya del *habeas corpus* fue a indagar a la estación policial, observó cierto nerviosis-

588. Julio A. Barberis, *Los principios generales de derecho como fuente del derecho internacional*, en *Revista IIDH* N° 14, Julio-Diciembre, 1991, pp. 24 ss.

589. Rafael Nieto Navia, *La valoración de la prueba por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos de desapariciones forzadas en Honduras...*, op. cit., p. 214; asimismo, Eduardo Jiménez de Aréchaga, *El Derecho y la Justicia, resguardos de libertad*, en *Revista IIDH* N° 1, Enero-Junio, 1985, pp. 25-38.

590. Peter Häberle, *Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft*, en Isensee/Kirchhof (editores), *Handbuch des Staats Rechts*, tomo I: *Grundlagen von Staat und Verfassung...*, op. cit., pp. 848 ss.; asimismo, Francisco Fernández Segado, *La dignidad de la persona en el ordenamiento constitucional español*, en *Revista Vasca de Administración Pública*, N° 43, Oñati, 1995, pp. 49-54.

591. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Castillo Páez. Sentencia de 3 de noviembre de 1997*, San José, 1997.

mo en los policías cuando exigió que le presentarían los libros de registro de los detenidos; pero, cuando se los presentaron habían arrancado la última página y cerrado el registro de los detenidos, con una evidente tachadura y alteración de las fechas. La juez del *habeas corpus*, a mérito de esta burda maniobra policial y de las declaraciones de los testigos, que confirmaron la demanda de los familiares, declara fundado el *habeas corpus*, ordenando se libere inmediatamente a Eduardo Castillo⁵⁹².

El Tribunal Superior confirmó la resolución de la juez. En ese sentido, la Ley de Habeas Corpus y Amparo establece que confirmada que sea la resolución con la cual se ratifica la protección del derecho reclamado, el proceso judicial queda terminado. Sin embargo, debido a las maniobras del poder político, el proceso es llevado ilegalmente ante la Corte Suprema, vía el recurso de queja, para que se pronuncie por vicios de forma. La Corte Suprema asumió jurisdicción sobre la forma y el fondo del proceso y declaró nulas las sentencias que ordenaban la libertad de Castillo, en la medida que no se había probado que la detención del estudiante hubiese sido hecha por la policía y que la juez del *habeas corpus* había tomado las declaraciones de dos testigos, sin identificar sus nombres y señas, violando el Código Procesal Penal.

Frente a esta burda sentencia, la Comisión Interamericana recibió la demanda de los familiares de las víctimas, y solicitó información del gobierno peruano. El gobierno respondió indicando que se encontraba en curso un *habeas corpus* y un proceso penal por negligencia y abuso de autoridad, aún no concluido. Dado el precedente del caso Velásquez, la Comisión planteó una demanda ante la Corte contra el gobierno peruano, por violación de los derechos a la vida, integridad física y libertad y seguridad personal. Por otra parte, trascendió que el gobierno intentó tranzar con los familiares de la víctima ofreciendo diez mil dólares de reparación; pero tal ofrecimiento no fue aceptado en la medida del irreparable daño moral causado.

En tal sentido, el gobierno peruano planteó varias excepciones preliminares, entre ellas una aduciendo que la jurisdicción nacional no se había agotado⁵⁹³, por cuanto el *habeas corpus* denegado en la justicia ordinaria, no había sido recurrido ante el Tribunal de Garantías Constitucionales; sin embargo, ello resultaba imposible debido a que desde el 5 de abril de 1992 el TGC estuvo clausurado por el gobierno, y sólo se reconstruyó el 28 de junio de

592. *Caso: Ernesto Castillo Páez vs. Ministro del Interior, Jefe de la Policía Nacional y el Jefe de la Dirección contra el Terrorismo s/. Habeas Corpus*, en LTC N° 5, Lima, 1990, pp. 151 ss.

593. Alonso Gómez-Robledo, *Temas selectos de Derecho Internacional...*, op. cit., pp. 39-59.

1996. Sin perjuicio de esta denegación de justicia, el gobierno peruano planteó otra excepción, solicitando la inadmisibilidad de la demanda. Estos pedidos fueron desechados por la Corte, considerando la jurisprudencia del caso Velásquez Rodríguez⁵⁹⁴. En ese entendido, en noviembre de 1997, la Corte sentenció responsabilizando al Estado peruano por la desaparición de Ernesto Castillo y ordenando que se indemnice a los familiares de las víctimas; mandato que aún no se ha cumplido.

En este proceso, también se presentan algunos temas de relevancia jurídica, en concreto en relación al *habeas corpus*:

Primero, es cierto que en el proceso constitucional del *habeas corpus* la jueza no cumplió con las formalidades de ley, de identificar individualmente a los testigos, pero la ley del Habeas Corpus y Amparo otorga al juez del *habeas corpus* un rol tutelar en los procesos constitucionales. Para lo cual, la interpretación constitucional de los derechos fundamentales demandados, constituían el material jurídico a reparar en el marco de la Constitución, antes que en la estrechas disposiciones de la ley. Más aún, dadas las circunstancias de violencia terrorista y del Estado, si la juez hubiera identificado a los testigos, habría puesto en peligro sus vidas, como sucedió con los testigos del caso Cayara⁵⁹⁵.

Segundo, el proceso del *habeas corpus* tiene por objetivo recuperar la libertad de una persona arbitrariamente detenida “*homine libero exhibendo*”, sin embargo, cuando se presenta una detención-desaparición, que es una forma perversa de la autoridad de violar el derecho a la libertad y el derecho a la integridad física y la vida de una persona, cabe recordar que el *habeas corpus* no sólo protege a un persona de una detención arbitraria, sino también de los derechos conexos a la libertad que sean vulnerados. En consecuencia, como señala la sentencia, “el *habeas corpus* tiene como finalidad, no solamente garantizar la libertad y la integridad personales, sino también prevenir la desaparición o indeterminación del lugar de detención y, en última instancia, asegurar el derecho a la vida”⁵⁹⁶.

594. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Castillo Páez. Excepciones Preliminares. Sentencia de 30 de enero de 1996*, San José, 1996, pp. 11-12; así como ver el interesante voto razonado del juez Cançado Trindade, adjunto a dicha sentencia, pp. 1-5.

595. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Cayara. Excepciones Preliminares. Sentencia de 3 de febrero de 1993*, San José, 1993, pp. 7-8.

596. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Castillo Páez. Sentencia de 3 de noviembre de 1997...*, *op. cit.*, p. 23; IIDH, *Guía sobre aplicación del Derecho Internacional en la Jurisdicción Interna*, San José, 1996, pp. 80 ss.; asimismo, Domingo García Belaunde, *El Habeas Corpus en América Latina*, en *REP*, N° 97, Julio-Setiembre, Madrid, CEC, 1997, pp. 118 ss.

2.23 Caso María Loayza⁵⁹⁷

María Loayza, una profesora universitaria, fue detenida en Lima el 25 de febrero de 1993 y posteriormente procesada por una corte militar acusada de actividades terroristas en primer grado –delito de traición a la patria–, a favor del grupo terrorista Sendero Luminoso, pero, la justicia militar, en última instancia, no encontró prueba alguna de dicha imputación delictiva, motivo por lo cual fue absuelta. Sin embargo, la corte militar en vez de liberarla la mantuvo prisionera y en esa condición fue puesta a disposición de la justicia penal común, para que la investiguen y procesen eventualmente por terrorismo en segundo grado –delito de terrorismo–.

A los tres meses de su detención, estando procesada ante la justicia militar, la víctima planteó una petición por violación de su libertad personal e integridad personal, ante la Comisión Interamericana, quien requirió información al gobierno peruano y envió a sus representantes al Penal de Mujeres de Lima, para que hagan una visita *in loco* a la detenida y a las autoridades encargadas de su situación. Luego de lo cual la Comisión envió comunicaciones rogatorias al gobierno del Perú, para que liberen a la víctima y el 26 de setiembre de 1994 formuló una recomendación al gobierno peruano (Informe N° 20/94), solicitando la libertad de Loayza, basado en la violación de su libertad personal, derecho a la integridad personal y de las garantías judiciales del debido proceso. El gobierno peruano rechazó la recomendación de la Comisión, en mérito a que Loayza se encontraba procesada y no se había agotado la jurisdicción interna; más aún, señaló que desde el 8 de octubre de 1993, la detenida estaba siendo procesada –esta vez– por la justicia penal ordinaria y no se había agotado la jurisdicción interna.

Dos años después, el 6 de octubre de 1995, la Corte Suprema en última instancia falló denegando su libertad, por encontrarla responsable del delito de terrorismo. La Comisión entonces presentó una demanda ante la Corte el 12 de enero de 1995. La Corte admitió la demanda que comunicó al gobierno peruano, quien planteó una excepción preliminar por falta de agotamiento de vías previas en la jurisdicción interna. El 31 de enero de 1996, la Corte denegó las excepciones preliminares planteadas por el gobierno peruano, dada la sentencia de la Corte Suprema con lo cual quedó agotada la jurisdicción interna⁵⁹⁸. Es así que la Comisión pasó a presentar testigos y peritos, siendo objetados algunos de ellos por el gobierno peruano, la Corte desestimó este

597. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Loayza Tamayo*. Sentencia de 17 de setiembre de 1997, San José, 1997, pp. 1-40.

598. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Loayza Tamayo*. Sentencia de excepciones preliminares, marzo de 1995, San José, 1995, en <http://207.82.250.251/cg1-bin/start>.

rechazo, reservándose el derecho de valorar sus declaraciones. En acuerdo con el Estado, el 11 de octubre de 1996, la Corte designó a Eduardo Ferrero Costa como experto para dirigir el interrogatorio a la víctima y a los testigos que se encontraban en las cárceles del Perú, quien remitió su informe respectivo el 13 de diciembre de 1996.

La Corte realizó la Audiencia Pública el 5 de febrero de 1997, para dar curso al proceso, escuchar a las partes y resolver el asunto. La Corte Interamericana valoró las pruebas ofrecidas por las partes y declaró que se había demostrado que se violó el derecho a la libertad, integridad personal y protección judicial "*non bis in idem*", sin embargo, el extremo de la demanda en la cual se demanda la violación de la víctima durante su detención y tortura, la Corte considera que "*después de analizar el expediente y dada la naturaleza del hecho, no está en condiciones de darlo por probado*"⁵⁹⁹, como si se tratase de un proceso administrativo, y no de una demanda, que en cualquier proceso judicial se resuelve con un examen forense especial. Sin perjuicio de este extremo, la Corte ordenó en su fallo poner en libertad a María Loayza dentro de *un plazo razonable*. Sentencia que fue acatada por el Estado peruano, obteniendo su libertad en noviembre de 1997.

En este caso es importante subrayar, por un lado, la *rapidez* con que la víctima denunció su situación ante la Comisión Interamericana, a los tres meses de estar siendo procesada por la justicia militar, no obstante el carácter subsidiario del sistema interamericano, y, por otro, la eficaz actuación de la Comisión en comparación con otras peticiones. Lo cual hace de este proceso un caso emblemático, porque se trata del primero que resuelve el sistema interamericano a favor de una víctima con vida y que recupera su libertad⁶⁰⁰.

Este caso, siendo un avance en la afirmación del sistema americano de protección de los derechos humanos, también reabre algunas interrogantes acerca de ¿cuál es el criterio que utiliza la Comisión para pasar a la Corte unos pocos casos, de las más de once mil quinientas peticiones que le han formulado otras tantas víctimas? Al respecto, se ha señalado que

la Comisión se niega a someter a la Corte asuntos vitales, que involucran ejecuciones sumarias, uso de torturas, privaciones arbitrarias de la libertad personal, o restricciones indebidas de la libertad de expresión.

599. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Loayza Tamayo*. Sentencia de 17 de setiembre de 1997, *op. cit.*, p. 29.

600. Antonio Cançado Trindade, *The Inter-American System of Protection of Human Rights (1948-1998): The First Fifty Years...*, *op. cit.*, p. 17.

Sólo recientemente, en los casos Genie Lacayo, Maqueda, Loayza Tamayo y Suárez Rosero, se han sometido a la Corte asuntos que refieren a la violación de las garantías judiciales y que, al menos en el caso de los dos últimos, no involucran el derecho a la vida, que parecía ser una constante en los previamente remitidos a la Corte⁶⁰¹.

23 Perspectivas del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

El sistema interamericano de protección de los derechos humanos, ha tenido su origen y desarrollo en los momentos de relanzamiento del sistema democrático y constitucional de gobierno, a nivel mundial después de 1945, y a nivel regional después de 1980, motivo por el cual cabe señalar que el desarrollo del sistema interamericano de cara a futuro, está en función de la profundización del proceso de democratización de los Estados americanos⁶⁰². Pero, como Estados constitucionales reales, que hagan frente a los desafíos autoritarios de las democracias presidencialistas y corporativas, a partir de orientar el proceso de cambios sociales, económicos y políticos, en base al respeto a la dignidad humana⁶⁰³.

Procesos que en la actualidad afrontan un nuevo desafío en muchos países de América Latina, con la práctica caudillista de la reelección presidencial, la misma que genera la corrupción del sistema constitucional, debido a que se obvian y hasta corrompen los principios más elementales del Estado de Derecho. En efecto, la corrupción en su sentido más amplio, es siempre expresión de un déficit democrático, de modo que a mayor dictadura civil es fácil encontrar mayor corrupción, lo que fue un sinónimo en la época de las dictaduras militares. Por ello, el presidencialismo reeleccionista en los frágiles Estados de Derecho latinoamericanos, hacen que los sistemas judiciales de protección de los derechos de la personas, se sometan en muchos casos al poder del gobernante y a las presiones del poder militar y económico⁶⁰⁴.

601. Héctor Faúndez, *El Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales...*, op. cit., p. 461.

602. Carlos Guitérrez, *Relación entre los sistemas de protección nacional e internacional de los derechos humanos*, en IIDH, 1er. Seminario Interamericano. Educación y Derechos Humanos..., op. cit., pp. 145 ss.; asimismo, Thomas Buergenthal, Dinah Shelton, *Protecting Human Rights in the Americas. Cases and Materials...*, op. cit., pp. 494 ss.

603. Robert Kaplan, *Was democracy just a moment?*, en *The Atlantic Monthly*, December, 1997, Volume 28, Nº 6, pp. 55-80; Ruti Teitel, *Transitional Jurisprudence: the Role of Law in Political Transformations*, en *Yale Law Review*, May 1997, pp. 2071 ss.

604. Kurt Madlener, *La justicia como garante de los derechos humanos: en latinoamérica: I. La independencia de la justicia y del juez*, en revista de Derecho Penal y Criminología, Nº 6, Madrid, UNED, 1996, pp. 775-781.

Frente a la perversidad del sistema penal y policial, caracterizado por una visible falta de justicia eficiente, honesta e independiente a nivel nacional⁶⁰⁵, la protección judicial de los derechos fundamentales sólo puede buscarse en el sistema interamericano de derechos humanos, cuando no en el nuevo Tribunal Penal Internacional, como una instancia de sanción para los graves delitos contra los derechos humanos: crimen de genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y crímenes de agresión, que han quedado impunes en América Latina⁶⁰⁶.

En ese sentido, en primer lugar, hay que fortalecer el sistema interamericano, porque la Corte Interamericana está desarrollando lentamente una valiosa jurisprudencia de protección de los derechos humanos, pero, sin la capacidad de abarcar más casos de los hasta ahora resueltos, en la medida que la Comisión Interamericana o los propios Estados no le presenten más demandas⁶⁰⁷. Por eso, resulta altamente contradictorio que de más de once mil quinientas peticiones que ha recibido la Comisión, en casi tres décadas, sólo haya derivado veintidós casos a la Corte, con el resultado de diecisiete sentencias.

Sin embargo, la reforma del sistema interamericano que promueven algunos gobiernos latinoamericanos, como México y el Perú,

no permiten concluir que lo que se pretende es introducir una reforma al estilo de la del sistema europeo, sino que, más bien, lo que intenta es debilitar y desperfilar el sistema interamericano. Es pertinente observar, a este respecto, que la mayoría de los Estados que auspician una revisión global del sistema han cuestionado en los últimos años la legitimidad del trabajo de la Comisión sin que ello los haya llevado en ni en un sólo caso específico a presentar el asunto ante la Corte⁶⁰⁸.

Por el contrario, debería emprenderse una reforma que tienda a fortalecer y articular los sistemas judiciales nacionales e internacional de protección de los derechos humanos; proceso que en el derecho europeo viene logrando éxitos estimables, al haberse articulado progresivamente las rela-

605. Daniel Herrendorf, *El derecho a tener derechos*, Catálogos, 1996, pp. 175 ss.

606. LE MONDE, *La création d'une Cour criminelle internationale s'est heurtée aux réticences américaines*, Paris, edición del 18 de julio de 1998, p. 3; asimismo, *El País, España podrá juzgar a Pinochet por genocidio*, Madrid, 31 de octubre de 1998, p. 1.

607. Lynda Frost, *The evolution of the Inter-American Court of Human Rights: Reflections of present and former judges*, en *Human Rights Quarterly*, Vol. 14, 1992, pp. 171-205.

608. Felipe González, Diego Rodríguez, Katya Salazar, *Derechos Humanos y Organización de Estados Americanos (1995-1996)*, en *La Revista* N° 56, Junio 1996, Comisión Internacional de Juristas, Ginebra, 1996, p. 38.

ciones entre la Corte Europea de Derechos Humanos de Strasbourg con los tribunales constitucionales de los países miembros de la Convención Europea de Derechos Humanos⁶⁰⁹.

Frente a la pretensión de *discapacitar* al sistema interamericano de protección de derechos humanos, se plantea que la Comisión Interamericana, por el contrario, se descargue de las labores de promoción, información y asesoría gubernamental en derechos humanos en el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, entidad igualmente perteneciente a la Organización de los Estados Americanos, para transformarse tanto en una instancia mediadora y componedora, buscando el arreglo amistoso entre la víctima y el Estado demandado, como también en una instancia técnica del proceso judicial ante la Corte, dando curso a las evidencias del caso en audiencias públicas, en un procedimiento probatorio de carácter contradictorio, que le permita a la Corte disponer de información básica, para la posterior valoración y sentencia de la Corte Interamericana como instancia de fallo⁶¹⁰.

Asimismo, la Comisión debería ampliar el número de sus miembros de siete a once comisionados, contar con miembros suplentes, así como dividirse en dos subcomisiones, a fin de poder dar trámite a los cientos o miles de demandas que se plantean. De otro lado, la Comisión debería ser un organismo, permanente y no sólo reunirse en dos sesiones anuales, y, a su vez, reformar su Secretaría Técnica organizando comisiones de técnicos y peritos judiciales, antes que organizarse en secciones responsables por países, tarea que podría ser asumida por los comisionados con la asistencia del caso. También debería cambiar su sede de Washington en Estados Unidos a San José en Costa Rica, donde esta la sede de la Corte Interamericana.

En definitiva, la reforma del sistema interamericano y en particular de la Comisión Interamericana que se postula, tiene el propósito de ampliar el acceso a la justicia internacional a los ciudadanos que no vean tutelados sus

609. Asbjørn Eide, *National Sovereignty and International Efforts to realize Human Rights*, en E. Eide y B. Hagtvet (editores), *Human Rights in Perspective*, Blackwell, Oxford, 1992, pp. 3 ss.; Helga Seibert, *Europäische Menschenrechtskonvention und Bundesverfassungsgericht*, en H. Vogel, H. Simon, A. Podlech (editores), *Die Freiheit des Anderen*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1981, pp. 519 ss.; asimismo, Wilhelm Grewe, Hans Rupp, Hans Schneider (editores), *Europäische Gerichtsbarkeit und nationale Verfassungsgerichtsbarkeit*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1981, pp. 201 ss.

610. Héctor Fix-Zamudio, *Notas sobre el sistema interamericano de derechos humanos...*, op. cit., pp. 209 ss.; asimismo, César Landa, *Protección de los derechos fundamentales a través del Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana*, ponencia en el Seminario *Menschenrechte und Grundrechte*, organizado por la Freie Universität Berlin y la Pontificia Universidad Católica del Perú, Berlín, 3 al 5 de junio de 1998.

derechos humanos en las cortes nacionales, pese a la apertura constitucional que de manera nominal se han dado en sus nuevas constituciones; así como resolver el cuello de botella que supone la Comisión, para dar curso fluido a las demandas existentes y obtener más técnicamente la verdad material de la violación de los derechos humanos en América Latina.

2.4 *Addenda*

Al término de este libro en 1998 se han producido una serie de acontecimientos políticos y jurídicos que inciden en lo trabajado en estos últimos acápite; pero, que se pueden resumir en esta *adenda* en lo siguiente: El 8 de Julio de 1999 el Congreso del Perú aprobó mediante Resolución Legislativa N° 27152, el retiro con efectos inmediatos del Estado peruano de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; la misma que el representante del Gobierno peruano presentó al día siguiente a la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos, anunciando la denuncia parcial de la Convención Americana de Derechos Humanos.

La decisión parlamentaria sostenida por el Presidente Fujimori se originó en la sentencia del 30 de mayo de 1999 de la Corte Interamericana sobre el caso Castillo Petruzzi y otros, en virtud de la cual se dispuso la invalidez del proceso penal por Traición a la Patria y se ordenó que se les garantice un nuevo juicio con la plena observancia del debido proceso legal, según dispone la Convención Americana de Derechos Humanos.

Contra esa sentencia el Consejo Supremo de Justicia Militar declaró inejecutable la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; con el argumento de que por motivos de seguridad nacional, el Estado tenía derecho a defenderse del terrorismo genocida, drama que los jueces de la Corte Interamericana desconocían. Además señaló que, la sentencia de la Corte era contraria al reconocimiento de la jurisdicción militar que otorga la Constitución Política.

Sin embargo, como se ha señalado, la razón fundamental del retiro del Perú de la Corte Interamericana, en el fondo no se debe al caso Castillo Petruzzi y otros; si no, a los casos pendientes contra el Perú que se encuentra en trámite para ser resueltos ante la Corte; no obstante que, la defensa del gobierno ha señalado que cientos de presos por terrorismo, podrían invocar dicha sentencia para solicitar la revisión de sus procesos penales y eventualmente obtener la libertad.

Dentro de esos casos por resolver, se encuentran algunos con un alto contenido político, como la denuncia de los tres magistrados del Tribunal

Constitucional –Manuel Aguirre, Delia Revoredo y Guillermo Rey– destituidos por el Congreso peruano, por haber declarado inaplicable la ley de reelección presidencial, y; la denuncia de Baruch Ivcher a quien se le privó de la nacionalidad peruana y de la propiedad de su canal de televisión, por denunciar la corrupción y la represión del Servicio de Inteligencia Nacional.

La estrategia política del gobierno se confronta con claros principios y normas jurídicas del Derecho Constitucional y del Derecho Internacional que a continuación se esboza. La Constitución peruana ha consagrado el derecho fundamental a la tutela judicial nacional e internacional de los ciudadanos; en ese sentido, el artículo 205° de la Constitución del Perú de 1993 dispone que: “agotada la jurisdicción interna quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce puede recurrir a los tribunales y organismos internacionales constituidos según tratados o convenios de los que el Perú es parte”.

En consecuencia, la única instancia jurisdiccional internacional que puede tutelar los derechos humanos no protegidos en el ámbito de la jurisdicción nacional es la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Motivo por el cual, con el rechazo del gobierno de Fujimori de someterse a la jurisdicción de la Corte se deja en indefensión a todas las personas que quieran ejercer el derecho constitucional a la tutela jurisdiccional internacional, cuando no han sido reconocidos sus derechos por la justicia peruana.

De otro lado, la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado respecto al retiro del Perú de su jurisdicción; señalando que la aceptación de la competencia contenciosa constituye una cláusula pétrea, que no admite limitaciones que no estén comprendidas en el artículo 62.1 de la Convención Americana. Es decir, que un Estado parte sólo puede desvincularse de sus obligaciones internacionales observando las disposiciones que ha suscrito en el propio tratado. Norma y principio de Derecho Internacional que el gobierno peruano pretende desconocer

Mas aún, según la Corte Interamericana de Derechos Humanos “una interpretación de la Convención Americana en el sentido de permitir que un Estado parte puede retirar su reconocimiento de la competencia obligatoria del Tribunal, implicaría la supresión del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la Convención, iría en contra de su objeto y propósito como tratado de derechos humanos, y privaría de los beneficios de la Convención de la garantía adicional de protección de tales derechos por medio de la actuación de su órgano jurisdiccional”. En consecuencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró el 27 de Octubre de 1999 como inadmisibles el pretendido retiro del Perú de la competencia contenciosa de la Corte.

En esta perspectiva los peruanos gozan del derecho de acceso a la justicia internacional ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sin perjuicio de la decisión política del gobierno de negar la tutela jurisdiccional internacional de los derechos humanos cuando se haya agotado la jurisdicción nacional, por ser inválido dicho retiro.