



# CONSTITUCION, DERECHOS HUMANOS Y LA APLICACION DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL AMBITO JURISDICCIONAL

---

*Jorge Santistevan de Noriega\**

## INTRODUCCION

El presente trabajo tiene por finalidad, partiendo de la Constitución, estudiar la aplicación de los tratados sobre derechos humanos y la ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el ámbito jurisdiccional. Para ello, se revisa la relación entre la Constitución y los derechos humanos, así como la definición del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Apunta también a brindar luces para la interpretación de los tratados sobre derechos humanos y su incorporación al derecho interno. Todo ello, para luego arribar al estudio sobre la aplicación judicial de dichos tratados, como un paso necesario para el cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado, y para aportar al respeto de los derechos humanos en el país, facilitando el uso del instrumental internacional.

## I. CONSTITUCION Y DERECHOS HUMANOS

Si bien es cierto que la segunda mitad del siglo XX se ha caracterizado por la humanización del derecho internacional<sup>1</sup>, la internacionalización de los

---

\* Ex Defensor del Pueblo. Coordinador del grupo de trabajo de la Academia de la Magistratura para la elaboración del Módulo de Ética Judicial y Fiscal. El autor agradece la coordinación de la doctora Carla Chipoco Cáceda para la elaboración del presente trabajo y el valioso aporte brindado a tal efecto por Mónica Martínez.

<sup>1</sup> CARRILLO SALCEDO, Juan. *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en el Derecho Internacional Contemporáneo*. Ed. Tecnos, Madrid, 1995 p.15

derechos humanos y su incorporación en tratados e instrumentos internacionales de carácter universal o regional, también es verdad que el constitucionalismo moderno ha avanzado de la concepción del "estatuto del Estado y su organización" a la de una "carta de deberes y derechos" que, además de imponer límites al poder, consagra libertades y garantías a favor de las personas. "Los llamados 'derechos constitucionales' provienen de la necesidad de ratificar jurídicamente los principios y luchas de las grandes revoluciones y movilizaciones populares por la conquista de la libertad humana, la igualdad ante la ley, contra todo tipo de opresión y a favor de la dignidad del hombre"<sup>2</sup>. Así concebidas las cosas, las Constituciones del siglo XX han ido progresiva pero consistentemente adoptando en su texto el conjunto de derechos mínimos que deben quedar reconocidos en la cúspide de la pirámide del derecho (la Constitución) bajo la forma de un catálogo específico que los consagra uno por uno. La enumeración no se ha considerado exhaustiva o limitativa sino que, por el contrario, a menudo va acompañada de una cláusula abierta o cláusula de derechos implícitos que permite añadir otros derechos no enumerados pero compatibles con la dignidad de la persona humana o la forma democrática de gobierno.

Más aún, el constitucionalismo del siglo XX, particularmente en América Latina, ha sido fructífero en el desarrollo de los mecanismos jurídicos conducentes a hacer realidad los derechos consagrados constitucionalmente, a hacerlos oponibles al Estado o a los particulares a través de procesos o remedios judiciales (originalmente conocidos como "de garantía constitucional") o de recursos de carácter internacional ante las instancias de protección de los derechos humanos<sup>3</sup>.

Así las cosas, se puede afirmar sin lugar a equivocarnos que los derechos humanos internacionalmente reconocidos son derechos constitucionales, plenamente garantizados, de manera explícita o implícita. En ese contexto, todo razonamiento judicial en materia de derechos humanos debe partir de la Constitución como "Ley de Leyes" y encontrar allí su primer y original sustento. Pero muchas veces eso no basta. La interpretación de cada uno de los derechos humanos o derechos constitucionales remite para su pleno reconocimiento, para la absolución de dudas, para el llenado de posibles lagunas o para su concreción en el régimen interno a los instrumentos internacionales que conforman el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, cuya aplicación jurisprudencial es, en verdad, el objeto primordial de este trabajo.

---

<sup>2</sup> BERNALES BALLESTEROS, Enrique. Con la colaboración de OTAROLA PEÑARANDA, Alberto. *La Constitución de 1993. Análisis Comparado*. Editora RAO S.R.L. Lima 1989 p.105.

<sup>3</sup> AYALA CORAO, Carlos. La recepción de la Jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia constitucional, en [www.cajpe.org.pe/ijj](http://www.cajpe.org.pe/ijj)

Se definen los derechos humanos como aquellos que el hombre y la mujer poseen "por el hecho de ser seres humanos, por su propia naturaleza y dignidad; derechos que les son inherentes y que, lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, han de ser por ésta consagrados y garantizados"<sup>4</sup>.

Se ha afirmado, además, que "en realidad son valores, entendiendo por valores a modos de preferencia conscientes y generalizables, así como criterios básicos para enjuiciar las acciones, ordenar la convivencia y establecer los fines de ellas"<sup>5</sup>.

Así, la doctrina nacional admite que lo que las Constituciones denominan derechos fundamentales son precisamente los derechos humanos reconocidos internacionalmente que se incorporan a la Carta Fundamental<sup>6</sup>. De aquí que se haya desarrollado la teoría de la interacción del derecho internacional con el derecho nacional como resultado de la obligación asumida por los Estados que ratifican los tratados de derechos humanos de adaptar su legislación y práctica interna para que haga posible el pleno ejercicio de los derechos humanos<sup>7</sup>.

## II. LOS TRATADOS SOBRE DERECHOS HUMANOS Y SU CARACTER ESPECIFICO EN EL DERECHO DE LOS TRATADOS

El derecho internacional tiene como principal fuente normativa, el tratado, definido en doctrina como "un acuerdo de voluntades entre dos o más sujetos de derecho internacional, destinados a producir efectos jurídicos los cuales consisten en crear, modificar o extinguir una relación jurídica"<sup>8</sup>. La Convención de Viena reguladora del derecho de tratados lo define en su artículo 2º, literal a) como "Un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular"; sin embargo, más allá de las diferencias conceptuales y ciñendonos a los tratados celebrados por Estados, ambas fuentes consideran al tratado como norma vinculante entre las partes contratantes, por los efectos jurídicos que éstos generan.

<sup>4</sup> TRUYOL Y SERRA, Antonio. *Estudio Preliminar a los Derechos Humanos. Declaraciones y Convenios Internacionales*. Ed. Alianza Editorial, Madrid, 1989, P.II. Esta misma concepción se encuentra consagrada en el preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas aprobada por el Perú mediante Resolución Legislativa No. 13282 del 15 de diciembre de 1959.

<sup>5</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Ed. Tecnos, Madrid, 1990. p.48

<sup>6</sup> CHIPOCO, Carlos. *En defensa de la vida*. CEP, Lima 1992. pp.179-186, y BERNALES BALLESTEROS, Enrique. Ob.cit.p.860.

<sup>7</sup> FAUNDEZ, Héctor. *Administración de Justicia y Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas, 1992, pp.33-34.

<sup>8</sup> MONROY CABRA, Marco. *Derecho de los Tratados*. Ed. Temis, Bogotá, 1978. p. 9

Asimismo, para el cumplimiento de los tratados, el derecho de tratados se basa en tres principios fundamentales: el principio de buena fe –el Estado asume de forma voluntaria y sin malicia las obligaciones que nacen del tratado–, el principio del *pacta sunt servanda* –el tratado es obligatorio entre las partes–, y finalmente el principio por el cual los tratados se interpretan de acuerdo a su objeto y fin, siendo este último fundamental para la interpretación de tratados sobre derechos humanos.

Los Estados establecen relaciones multilaterales con la finalidad de satisfacer necesidades de diferente tipo, tanto económicas, políticas y/o sociales, asimismo celebran tratados de distinta naturaleza, como de carácter comercial, marítimo, civil, y entre ellos se encuentran los tratados sobre derechos humanos, los cuales tienen como fuente próxima, el derecho internacional de los derechos humanos y, como veremos más adelante, tienen una naturaleza especial al regular relaciones entre los Estados y las personas sujetas a su jurisdicción, así como la protección de los derechos y libertades correspondientes a favor de tales personas.

## 2.1 El Derecho Internacional de los Derechos Humanos

La protección internacional de los derechos del individuo se inicia con la Carta de las Naciones Unidas que consagra la dignidad intrínseca del ser humano. Sin embargo, este fue un largo proceso de concreción, que tiene sus antecedentes en la Carta Magna de 1215, el *Bill of Rights* de 1688, la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia y la Declaración de Independencia de los Estados Unidos, ambas de 1776, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, adoptada por la Asamblea Constituyente de Francia de 1789<sup>9</sup>.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos, particularmente a través de la adopción de tratados, se ocupa de consagrar catálogos de derechos humanos; que deben ser respetados y garantizados por el Estado frente a todo individuo sujeto a su jurisdicción, y establece mecanismos de supervisión para el cumplimiento de estas obligaciones por parte de los Estados<sup>10</sup>. Estos mecanismos pueden ser de carácter regional como el sistema interamericano de derechos humanos, el sistema europeo de derechos humanos, y de carácter universal como el sistema de protección establecido por la Organización de las Naciones Unidas.

---

<sup>9</sup> NIKKEN, Pedro. "El concepto de derechos humanos". En: *Estudios básicos de derechos humanos*. Vol.1. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.1994. p. 15- 27

<sup>10</sup> MEDINA, Cecilia y MERA, Jorge (editores). *Sistema jurídico y derechos humanos. El derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de derechos humanos*. Santiago: Sociedad de Ediciones Universidad Diego Portales, 1996. p.32

Dicho conjunto de derechos que componen el catálogo constituye el mínimo exigible al Estado. Nada autoriza a que el Estado lo restrinja y nada obsta, o más bien todo alienta al Estado para que incluya otros derechos en su ordenamiento jurídico nacional, para que amplíe el alcance y contenido de un derecho del catálogo o para que mejore las posibilidades de ejercicio y goce de los derechos existentes<sup>11</sup>.

En este contexto, se ha llegado a afirmar que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se ha establecido en "una fuente de orden público entre los Estados en beneficio de la persona humana"<sup>12</sup>.

### 2.1.1 Fuentes

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos está contenido principalmente en tratados. Sin perjuicio de ello, la costumbre y los principios generales del derecho cumplen también un papel significativo en este campo. También se encuentran entre las fuentes, las resoluciones de los organismos internacionales cuyas resoluciones cumplen un rol importante en ese sentido. Asimismo, están presentes los informes u opiniones de los diversos comités como los de derechos humanos, contra la tortura, y otros creados para supervisar el cumplimiento de los diversos tratados.

En el ámbito regional, encontramos a las recomendaciones de la Comisión Interamericana y a las sentencias de la Corte Interamericana, las mismas que constituyen una interpretación de las normas de derechos humanos. Una interpretación de un órgano internacional que tiene como función controlar y supervisar la conducta de los Estados respecto al cumplimiento de las normas emanadas de los tratados de derechos humanos.

En cuanto a las sentencias de la Corte Interamericana, cabe recordar que son jurídicamente vinculantes y que la parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado. Ello significa que los Estados están obligados a cumplir en su totalidad con las sentencias dictadas por la Corte en su contra, so pena de incurrir en responsabilidad internacional.

---

<sup>11</sup> Ibid. p.32

<sup>12</sup> O'DONELL, Daniel. *Protección Internacional de los Derechos Humanos*. Comisión Andina de Juristas. Primera Edición 1988. p.16

Todas estas fuentes constituyen la base para la interpretación de los derechos humanos, contenidos ya sea en los tratados o en las normas de derecho interno<sup>13</sup>.

### 2.1.2 Características

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos presenta características especiales que buscan la eficiencia del sistema internacional de los derechos humanos:

#### a) Autoaplicabilidad

El carácter de autoejecutividad o autoaplicabilidad de los tratados, consiste en la posibilidad de aplicar sus disposiciones directamente en el derecho interno, sin necesidad de un desarrollo legislativo previo, por lo que los jueces pueden (y deben) aplicar las disposiciones de los tratados de forma directa e inmediata<sup>14</sup>.

#### b) Progresividad

Por esta característica, el sistema internacional de protección de los derechos humanos exige a los Estados que cumplan con tomar diferentes medidas para procurar las condiciones necesarias en su jurisdicción que permitan el ejercicio pleno de los derechos humanos contenidos en los tratados de los cuales son partes, cuyo cumplimiento se hace inmediato, desde la entrada en vigor de los mismos.

Asimismo, esta característica busca el desarrollo constante del sistema internacional de derechos humanos, cuyos mecanismos y normas básicas permiten su progreso permanente y su adaptación a las circunstancias históricas de tiempo y espacio en que se aplican.

#### c) Subsidiaridad

El sistema internacional de los derechos humanos es un mecanismo de supervisión internacional, constituyéndose en un sistema subsidiario, es decir que antes de ponerse en funcionamiento, se presume la actuación de un sistema de protección interna. Debe

---

<sup>13</sup> GROSSMAN, Claudio. "El Sistema Interamericano de Derechos Humanos". En: *Foreign Affairs en Español*. No. 1, p.115

<sup>14</sup> AYALA CORAO, Carlos. "El Derecho de los Derechos Humanos: La convergencia entre el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos". En: *Lecturas Constitucionales Andinas* N° 3. CAJ. 1994. p. 56

funcionar en un primer momento el sistema jurídico en materia de derechos humanos y de prevención de violaciones de cada Estado. Ello implica que, al interior del Estado, debe existir un ordenamiento jurídico que, a la vez, consagre derechos y tenga previsto un mecanismo rápido y eficaz para reparar las violaciones de los mismos.

## 2.2 Naturaleza de los tratados sobre derechos humanos

Los tratados sobre derechos humanos, que constituyen la fuente principal del Derecho Internacional de los Derechos Humanos -una de cuyas consecuencias ha sido haberle dado al individuo la calidad de sujeto activo de derecho internacional y titular de derechos propios en la esfera internacional-, son oponibles jurídicamente a todos los Estados. No obstante, cabe señalar que la subjetividad no es plena, sino limitada a la esfera de los derechos humanos y se presenta siempre que exista el marco convencional pertinente que prevea derechos de los individuos y los mecanismos procesales necesarios para llevarlos a cabo<sup>15</sup>.

### 2.2.1 Características

Debido a la naturaleza de estos tratados, los Estados se obligan de forma distinta, no con otros Estados partes sino con el individuo que habita en su jurisdicción, que en los términos de los tratados son efectivamente los auténticos destinatarios. En ese sentido, estos tratados tienen el carácter de no sinalagmáticos y establecen un estándar mínimo de derechos.

#### 2.2.1.1 Carácter no sinalagmático

Un principio fundamental del derecho de los tratados es su carácter recíproco o sinalagmático. Esto significa que el compromiso internacional contiene un equilibrio perfecto de derechos y obligaciones entre aquellos que lo celebran<sup>16</sup>.

En este sentido, debido a la especial naturaleza de los tratados de derechos humanos, no es aplicable el principio de reciprocidad o carácter sinalagmático, por el cual se permite la terminación o suspensión de un tratado por una de las partes a

---

<sup>15</sup> NOVAK, Fabián y SALMON, Elizabeth. *Las obligaciones internacionales del Perú en materia de derechos humanos*. Instituto de Estudios Internacionales. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2000.p.55

<sup>16</sup> Ibid. p. 60

causa del incumplimiento grave de sus obligaciones por la otra. Ello se encuentra prescrito en el artículo 60.5 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados al excluir "a las disposiciones relativas a la protección de las personas humanas contenidas en tratados de carácter humanitario, en particular las disposiciones que prohíben toda forma de represalia con respecto a las personas protegidas por tales tratados"<sup>17</sup>.

Al respecto, la Corte Internacional de Justicia, en la Opinión Consultiva del 28 de mayo de 1951 sobre la validez de ciertas reservas a la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio afirmó lo siguiente:

*"En este tipo de tratados los Estados contratantes no tienen intereses propios; solamente tienen, por encima de todo, un interés común: la consecución de los propósitos que constituyen la razón de ser de la Convención. Consecuentemente, en una convención de este tipo no puede hablarse del mantenimiento de un perfecto equilibrio contractual entre derechos y obligaciones."*

En el plano regional, la Corte Interamericana aporta un análisis más preciso sobre el tema, cuando pronunciándose sobre la naturaleza de los tratados sobre derechos humanos señala lo siguiente:

*"No son los tratados multilaterales del tipo tradicional concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos independiente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción"<sup>18</sup>.*

---

<sup>17</sup> DULITZKY, Ariel. "La Aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado". En: *La aplicación de los tratados sobre los derechos humanos por los tribunales locales*. ABREGU, Martín Y COURTIS, Christian (compiladores), CELS. Centro de Estudios Legales y Sociales, Buenos aires, 1997.p. 37-38

<sup>18</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-2/82. "El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la convención americana sobre derechos humanos" (art.74 y 75), 24 diciembre de 1982.

### 2.2.1.2 Carácter mínimo del catálogo de derechos

Los tratados sobre derechos humanos tienen una vocación progresiva o de desarrollo. Ello significa que los derechos reconocidos en el catálogo constituyen un estándar mínimo que se exige al Estado. Como afirma Cecilia Medina:

*"(...) nada autoriza a que el Estado lo restrinja y nada obsta, o más bien todo alienta al Estado para que agregue otros derechos en su ordenamiento jurídico nacional, para que amplíe el alcance y contenido de un derecho del catálogo o para que mejore las posibilidades de ejercicio y goce de los derechos existentes"<sup>19</sup>.*

De lo precisado por Medina, se entiende que la obligación de los Estados de procurar el ejercicio de sus derechos no es un obligación estática, sino dinámica y progresiva, que debe permitir el mejoramiento de las condiciones necesarias para el pleno goce de estos derechos.

### 2.2.1.3 Identificación con normas de *ius cogens*

Las normas de *ius cogens* son aquellas a las que el derecho consuetudinario les otorga un carácter imperativo, es decir son obligatorias para todos los Estados, son inderogables, y por lo tanto, ningún Estado puede excusarse de su cumplimiento<sup>20</sup>.

Si aplicamos este concepto a los tratados sobre derechos humanos observamos que los principales instrumentos internacionales en esta materia distinguen en su interior un grupo de normas mínimas no suspendibles en ninguna circunstancia ni lugar, el llamado "núcleo inderogable". Estas normas constituirían un verdadero núcleo duro de derechos humanos, absolutos e inderogables, que adquieren, desde un punto de vista jurídico, el valor de *ius cogens* o normas imperativas de la comunidad internacional y también, desde una perspectiva más amplia, el carácter de aspiración ética de nuestros días<sup>21</sup>. Estas normas mínimas son el derecho a la vida, a no ser sometido a tortura o a tratos inhumanos o degradantes,

<sup>19</sup> MEDINA, Cecilia y MERA, Jorge (editores). Op. Cit. p. 32

<sup>20</sup> NOVACK, Fabián y GARCIA CORROCHANO, Luis. *Derecho Internacional Público*. Lima, 2000. T.I. pp.419-434

<sup>21</sup> CARRILLO SALCEDO. Juan. Loc.cit. pp.106-107

a no ser sometido a esclavitud o servidumbre, a la no discriminación racial, entre otros. Dichos derechos constituyen la representación de atributos inalienables de la persona humana fundados en valores que se encuentran en prácticamente todas las culturas<sup>22</sup>.

## 2.2.2 Interpretación de los tratados sobre derechos humanos

Las normas para interpretación de los tratados están contenidas en la Convención de Viena<sup>23</sup>, y como señalamos al iniciar este trabajo, son los principios de buena fe, *pacta sunt servanda*, y el que los tratados se interpretan de acuerdo a su objeto y fin. Este último principio resulta fundamental para la interpretación de tratados sobre derechos humanos, pues todos ellos deben ser interpretados de acuerdo a su objeto y fin, que es en definitiva, la protección de los derechos de las personas.

De esta forma el juez nacional, al aplicar una norma de un tratado internacional, debe entenderla de acuerdo a las normas de interpretación de los tratados, ya que son ellas su fuente directa.<sup>24</sup>, conforme a los principios de interpretación específicos para los tratados de derechos humanos y a los dispositivos previstos en cada tratado de derechos humanos<sup>25</sup>.

### 2.2.2.1 Interpretación *pro homine* o norma más favorable

Uno de los elementos para interpretar la norma internacional es la consideración del objeto y fin del tratado, que para el caso de los tratados de derechos humanos el fin es siempre preservar la dignidad humana; por tanto, en la aplicación de éstos, debe preferirse una interpretación a favor del individuo. Esta afirmación ha sido recogida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al señalar que:

*"(...) el equilibrio de la interpretación se obtiene orientando en el sentido más favorable al destinatario de la protección"*

---

<sup>22</sup> DUPUY, Pierre- Marie. *Droit International Public*. 4e.ed. Paris: Dallosz, 1998, p. 206

<sup>23</sup> Artículo 31.1 : Un tratado deberá interpretarse de buena fe, conforme el sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

<sup>24</sup> MEDINA, Cecilia y MERA, Jorge (editores). *Sistema jurídico y derechos humanos. El derecho Nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de derechos humanos*. Santiago: Sociedad de Ediciones Universidad Diego Portales, 1996, p.75

<sup>25</sup> Artículo 29 relativo a las normas interpretativas de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

*internacional, siempre que ello no implique una alteración del sistema*"<sup>26</sup>.

Este principio de interpretación *pro homine* es también conocido como el criterio de la primacía de la norma más favorable a las personas protegidas, de las consagradas expresamente en los tratados de derechos humanos. Según la jurisprudencia y la doctrina, este criterio permite, en primer lugar, reducir o minimizar considerablemente las supuestas posibilidades de "conflictos" entre instrumentos legales en sus aspectos normativos; contribuye, en segundo lugar, a obtener mayor coordinación entre tales instrumentos en dimensión tanto vertical (tratados e instrumentos de derecho interno) como horizontal (dos o más tratados); y finalmente contribuye, en tercer lugar, a demostrar que la tendencia y el propósito de la coexistencia de distintos instrumentos jurídicos sólo buscan ampliar y fortalecer la protección<sup>27</sup>.

### 2.2.2.2 Interpretación dinámica de los preceptos

De acuerdo al objeto y fin de los tratados que garantizan la protección de la dignidad humana, los derechos deben entenderse e interpretarse de una manera amplia y dinámica, ello implica que, en sentido contrario, las restricciones a los derechos requieren de una interpretación restringida.

En este sentido, la interpretación más adecuada de una norma de derechos humanos será aquella realizada al momento en que la interpretación se lleve a cabo, característica común a la generalidad de tratados internacionales, teniendo en cuenta el objeto y fin del tratado. El fundamento de este principio se encuentra en que los valores protegidos que constituyen, a su vez, eventuales justificaciones a la restricción de estos derechos (moral, seguridad, etc.) son conceptos abiertos y dinámicos que pueden variar de contenido de acuerdo a los avances de la sociedad. De allí que los valores deben interpretarse de acuerdo a los valores vigentes al momento de interpretarse<sup>28</sup>.

<sup>26</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Viviana Gallardo y otros, N° G, 101/81, Serie A, párrafo 16.

<sup>27</sup> CASCADO TRINDADE, Antonio. "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*. Ed. Lorena Gonzales. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José, 1993, p.19

<sup>28</sup> NOVAK, Fabián y SALMON, Elizabeth. Op.cit. p. 81

### 2.2.3 Las obligaciones de los Estados en los tratados de derechos humanos

No es posible hablar sobre tratados de derechos humanos sin revisar las obligaciones de los Estados, las mismas que constituyen un elemento primordial para la efectividad de los derechos humanos.

#### 2.2.3.1 La obligación de respetar y garantizar el pleno ejercicio y goce a toda persona sujeta a su jurisdicción

En este punto abordaremos dos obligaciones, la primera, la de respetar los derechos humanos, y la segunda, la de garantizar el ejercicio de los mismos, contenidas ambas en el artículo 1° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Con relación a la primera obligación, la de respetar, como es señalado unánimemente por la doctrina implica que el Estado y sus agentes no violen los derechos reconocidos en las normas sobre derechos humanos. Por esta obligación, podemos decir que el Estado debe abstenerse de realizar cualquier acto, sea de naturaleza administrativa, legislativa, o judicial que amenace o viole los derechos humanos consagrados en los tratados de derechos humanos de los que dicho Estado es parte.

Mientras que la segunda obligación de los Estados, la de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos a toda persona sujeta a su jurisdicción, "implica el deber de los Estados partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación, los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos"<sup>29</sup>.

Como señala Buergenthal, "la especificación de la obligación de garantizar es de amplio alcance y va desde la promoción de los

---

<sup>29</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez, sentencia del 29 de julio de 1988. Serie C, N° 4.párrafo 166

derechos, pasa por la remoción de obstáculos gubernamentales y privados que impidan su reconocimiento y alcanza a las medidas especiales para igualar, en cuanto a su oportunidad, a ese grupo que está en situación desmedrada con respecto al resto de la comunidad”<sup>30</sup>.

### 2.2.3.2 La obligación de cooperar en la supervisión internacional

La obligación de cooperar en la supervisión internacional implica el proporcionar información oportuna, pertinente y veraz respecto de la situación general de los derechos humanos en el Estado respecto de un hecho particular del que el órgano internacional esté conociendo. En este sentido, se considera que los Estados son los que están en mejores condiciones de proveer a los órganos internacionales los datos necesarios para que las instancias de supervisión puedan evaluar si dichos Estados cumplen o infringen las normas internacionales<sup>31</sup>.

### 2.2.3.3 Responsabilidad internacional del Estado por incumplimiento de sus obligaciones

*“Toda violación de la norma internacional genera la responsabilidad internacional del Estado que estará obligado a reparar. Es un principio de derecho internacional que el Estado responde por actos de sus agentes realizados al amparo de su carácter oficial y por las omisiones de los mismos, aun si actúan fuera de los límites de su competencia o en violación de su derecho interno”<sup>32</sup>.*

En el mismo sentido, la Corte continúa señalando que si el Estado a través de sus distintos órganos actúa de modo tal que las violaciones a los derechos humanos queden impunes y no se reestablezca a las víctimas en el ejercicio de sus derechos, puede afirmarse que dicho Estado ha incumplido el deber de garantizar el libre y pleno ejercicio de sus derechos a las personas sujetas a su jurisdicción.

<sup>30</sup> BUERGENTHAL Thomas.

<sup>31</sup> MEDINA, Cecilia y MERA, Jorge (editores). Op. cit. p. 52

<sup>32</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez, sentencia 29 de julio de 1988. párrafo 170. Serie C, N° 4; Caso Godínez Cruz, sentencia del 20 de enero de 1989, Serie C, N° 5, párrafo 179; Opinión Consultiva OC- 14/94. párrafo 56.

De lo anterior concluimos que las obligaciones que asumen los Estados en materia de derechos humanos se concretan en los deberes de respetarlos, abteniéndose de todo acto que los amenace o los viole; garantizar su ejercicio previniendo las violaciones, investigándolas cuando se produzcan y sancionando a los culpables; restableciendo, si es posible, los derechos conculcados; reparando los daños ocasionados, promoviendo la remoción de obstáculos para su cumplimiento o fomentando las medidas especiales para igualar a los grupos en situación de desmedro; así como cooperando diligentemente con los órganos de supervisión en la materia.

#### 2.2.4 Criterios especiales de interpretación en materia de derechos humanos

El ámbito de los derechos humanos ha venido adquiriendo entidad propia. Se desarrolla tanto en el marco del Derecho Constitucional cuanto en el del Derecho Internacional Público, pero su propia especificidad y el formidable reconocimiento que viene logrando hace que hoy se hable del Derecho de los Derechos Humanos o del Derecho Internacional de los Derechos Humanos<sup>33</sup>. Sobre la base de los avances doctrinarios y de los instrumentos internacionales que han sido adoptados o que vienen proponiéndose en esta materia, resulta de especial importancia analizar cuáles son los principios que deben regir nuestro ordenamiento constitucional en la materia, cuál el contenido consagrado en la Carta Fundamental y cuáles las garantías para hacerlos realidad, a la luz de los cambios constitucionales que el Perú de hoy enfrenta necesariamente. De aquí que en el presente ensayo seamos partidarios de una revisión de las carencias que a juicio del autor es necesario llenar en el texto constitucional que a futuro nos rija, partiendo de la incorporación de los derechos humanos en la Constitución de 1979 y en el texto vigente de 1993, con miras a su necesario perfeccionamiento en la modificación que en el Perú tenemos ad portas<sup>34</sup>.

El constitucionalismo en general y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos han centrado su atención principalmente en el contenido de los derechos a proteger constitucional e internacionalmente. Así el catálogo de derechos incorporados a los textos constitucionales ha tendido a la especificidad y a su crecimiento para hacer frente al desarrollo de los derechos civiles y políticos, los

---

<sup>33</sup> AYALA CORAO, Carlos. Loc.cit. nota 15 pp. 51-85

<sup>34</sup> MINISTERIO DE JUSTICIA. Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional en el Perú, Lima, 2001.

derechos económicos, sociales y culturales, así como de los derechos de la llamada tercera generación que corresponden al derecho al desarrollo. Estos últimos son los que conciben actualmente como los "intereses difusos" o los protegidos por la "acción de interés público", herederos de la *class action*, a través de la cual la reclamación de una persona o grupo de personas beneficia al conjunto de individualidades afectadas que se encuentren en la misma situación.

Si bien doctrinariamente se han desarrollado los principios que deben aplicarse en la materia, ha sido generalmente la doctrina y la jurisprudencia de las instancias de protección internacional de los derechos humanos las que han elaborado en torno a los principios de aplicación y criterios de interpretación que se encuentran generalmente aceptados.

En este contexto, resulta indispensable considerar la conveniencia de que un nuevo texto constitucional en el Perú incluya como primer punto en materia de derechos humanos, aquellos principios que deben regir su aplicación y aquellos criterios que deben inspirar su interpretación, teniendo como único norte la dignidad de la persona humana sobre la que reposa el orden constitucional y el contenido de los instrumentos de derechos humanos. Ellos constituirían el sustento de la aplicación e interpretación que debe generalizarse por parte de la ciudadanía, de los legisladores, de la administración del Estado en general y de los órganos jurisdiccionales en particular, entre los que destaca el Tribunal Constitucional como intérprete supremo del orden constitucional<sup>35</sup>.

Ante tal situación, recogiendo las contribuciones de la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos y en especial la sistematización que ha sido formulada<sup>36</sup>, se propone que la Constitución consagre como principios esenciales en materia de derechos humanos los siguientes:

1. La dignidad de la persona humana como fuente de toda protección constitucional y como valor interpretativo supremo a partir del cual se desarrolla el reconocimiento y ejercicio de los derechos humanos;

<sup>35</sup> EGUIGUREN PRAELI, Francisco José. "Los efectos de las sentencias sobre inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional". En: *Constitucionalismo y Derechos Humanos* (Ponencias Peruanas al VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, D.f., 12-15 de febrero del 2002). Universidad Nacional Mayor de San Marcos - Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana), Lima, Editora Jurídica Grijley, 2002. pp.45-71

<sup>36</sup> AYALA CORAO, Carlos. Ob.cit.Nota 6

2. El principio de no discriminación contra individuos o colectividades por motivo de raza, género, nacionalidad, religión, opinión política (como lo consagra la Declaración Universal de Derechos Humanos) a los que se añade actualmente las propuestas de inclusión de la opción sexual y el estatuto migratorio como motivos injustificados de exclusión;
3. El carácter indivisible e interdependiente de los derechos y libertades fundamentales, lo que obliga a brindar la misma atención tanto a los derechos civiles y políticos, cuanto a los económicos, sociales y culturales y a los de tercera generación o derechos del desarrollo; y a propiciar una interpretación integradora de tales derechos<sup>37</sup>;
4. El principio de la interpretación más favorable a la persona humana propiciando, además de la integración de las normas con tal fin, la retroalimentación entre el reconocimiento de los derechos en el orden interno y las contribuciones que provienen de los instrumentos internacionales y de los organismos de protección internacional de derechos humanos; así como el principio de interpretación de la posición preferente para hacer valer toda norma que garantice el derecho de las personas por encima del poder;
5. La autoaplicabilidad de los derechos fundamentales que permite el reconocimiento de derechos directamente de los instrumentos internacionales en los casos en que no estén expresamente reconocidos en el orden interno o que, estándolo en la Constitución, no estén desarrollados a través de normas de menor rango;
6. La progresividad e irreversibilidad inherente al reconocimiento de derechos que emanan de la dignidad de la persona humana que obliga a buscar la interpretación más avanzada en cada materia y a rechazar cualquier medida que los haga reversibles o que sea interpretada como un "paso atrás";
7. El principio de que en caso de duda debe preferirse toda norma que favorezca el derecho a la libertad de la persona sobre aquella que pretenda restringirla (*in dubio pro libertatis*); y

---

<sup>37</sup> La propuesta de Carta Andina de Derechos Humanos que se encuentra en discusión contiene en su artículo 2° una disposición similar.

8. La protección judicial nacional o internacional en materia de derechos humanos que se deriva como necesaria para imponer al Estado los derechos fundamentales recurriendo a la justiciabilidad de los derechos humanos primero en el orden interno y, en caso de no lograrse, en las instancias de carácter internacional.

A nuestro juicio, sería deseable que estos principios y criterios se incluyan en el texto constitucional para garantizar mejor el cumplimiento de los derechos humanos y no dejar librado a interpretaciones limitativas el reconocimiento de los mismos. Existen, por cierto, algunas otras maneras de formular este marco principista de aplicación y reconocimiento, como el que nos propone doctrinariamente Bidart Campos<sup>38</sup> en el sentido de que: se considere el mejor derecho de la persona en el caso de pluralidad de fuentes; la preferencia de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos sobre las disposiciones del orden interno; los valores inherentes a la naturaleza humana como fuente primigenia de la que se deriven estos derechos; y, finalmente, los principios que emanan de la forma democrática de gobierno como marco incorporador de la mejor interpretación para el reconocimiento del contenido de los derechos fundamentales.

### III. INCORPORACION DE LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO INTERNO PERUANO

#### 3.1 Teorías dualista y monista

La primera de estas tesis considera al derecho internacional y al derecho interno como dos sistemas de derecho iguales, independientes y separados, que no se confunden y que por tanto no se puede decir que existe superioridad de un ordenamiento sobre el otro.

En ese sentido vale precisar que señala que en el ordenamiento interno los sujetos son individuos que se encuentran en relación de subordinación con el Estado, y en el ordenamiento internacional, los sujetos son los Estados que no se encuentran en relación de subordinación. De allí se concluye, según esta teoría dualista, que el derecho internacional no puede alcanzar a los individuos, permaneciendo ajenos a la esfera de éste. Por ello, para que los alcance requiere ser transformado por el derecho interno. En tal sentido, la obligación del Estado

---

<sup>38</sup> BIDART CAMPOS, Germán. "La Interpretación de los Derechos Humanos", En: Comisión Andina de Juristas, *Lecturas Constitucionales Andinas* 3, Lima, 1994, pp.11-49.

sería la de dictar una norma que sea conforme a la norma internacional<sup>39</sup>; o, lo que ocurre en el sistema anglosajón, la de "reescribir" el contenido del derecho internacional en normas de derecho local para generar a través de estas últimas vínculos de aplicación obligatoria con respecto a los ciudadanos.

Por el contrario, la concepción monista parte de la base de la unidad del conjunto de normas jurídicas. Se acepta el principio de subordinación, según el cual las normas jurídicas se encuentran subordinadas las unas a las otras, en un orden jerárquico. Kelsen postula la unidad del derecho internacional y del derecho interno, dentro de un sistema jurídico que abarque todos los ordenamientos jurídicos positivos. Sostiene la primacía del derecho internacional, al señalar que su validez es independiente del reconocimiento estatal, y éste delimita los dominios de validez del derecho interno. Es la validez de los órdenes jurídicos nacionales lo que tiene su fundamento en el derecho internacional.

### 3.2 Recepción de los tratados de derechos humanos en el derecho interno

En cuanto a los efectos en el derecho interno, la doctrina ha clasificado a los tratados sobre derechos humanos de modo general, en dos grupos: uno primero en el cual se otorga efectos directos a disposiciones de dichos tratados considerándolos como "self-executing" o de aplicabilidad directa; y un segundo grupo en el cual el derecho constitucional determina que, aun ratificados, tales tratados no se tornan *ipso facto* derecho interno, sino que para ello se requiere legislación especial que los incorpore.

#### 3.2.1 Incorporación automática o "self executing"

El derecho internacional incorpora el concepto de las normas directamente aplicables, en relación con disposiciones de tratados susceptibles de ser invocadas por un particular ante un tribunal o juez, sin necesidad de un acto jurídico complementario para su exigibilidad e implementación. Sin embargo, para que una norma convencional pueda ser considerada como autoaplicable resulta necesaria la conjugación de dos condiciones: primero que la norma concede al individuo un derecho claramente definido y exigible ante un juez; y segundo que sea ella suficientemente específica para poder ser aplicada judicialmente en un caso concreto, operando *per se* sin necesidad de un acto legislativo o medidas administrativas subsecuentes<sup>40</sup>.

---

<sup>39</sup> MONROY CABRA, Marco. Op. Cit. p. 74-75

<sup>40</sup> CANCADO TRINDADE, Antonio..p.16

Siendo la Constitución la norma de mayor jerarquía, la que establece la organización política del Estado, es en ella donde se desarrolla el tratamiento que el derecho interno hace de los tratados y en especial de los tratados de derechos humanos. Es así como se realiza un señalamiento de la jerarquía de los tratados en el sistema normativo atendiendo a su especialidad, se establece la interpretación que se debe realizar de los mismos en relación con los derechos contenidos en la Constitución e, incluso, en algunos países se establecen los procedimientos especiales que se requieren para su aprobación.

### 3.2.1.1 Tipos de cláusulas constitucionales

#### a. Interpretativas

Se presentan en aquellas Constituciones que han optado por otorgarles a los operadores jurídicos pautas concretas acerca de cómo se deben interpretar los tratados de derechos humanos y en ellas han incluido referencias al derecho internacional<sup>41</sup>.

Un ejemplo en ese sentido, está dado por la Constitución colombiana que contiene ese tipo de cláusula al señalar en su artículo 93° que: [*“Los derechos y deberes consagrados en esta Carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”*].

Siguiendo la misma tendencia, la Constitución peruana de 1993 también contiene una cláusula interpretativa, en la cuarta disposición final-transitoria, en la que se señala que: [*“las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por el Perú”*].

#### b. De derechos implícitos

En este tipo de cláusulas se suele establecer que los derechos expresamente declarados no implican la negación de otros que surgen de la naturaleza humana, que son inherentes al hombre, o a la sociedad popular, etc<sup>42</sup>.

<sup>41</sup> BIDART CAMPOS, Germán. “La interpretación del sistema de Derechos Humanos”. En: *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, N° 19, enero/junio 1994, p28.

<sup>42</sup> SAGUES, Ernesto. *Los Derechos no enumerados en la Constitución Nacional*. Anuales de la Academia de Ciencias Morales y Políticas, t. XIV-1985, Buenos Aires, 1986. p103. Y DIAZ ZEVORIO, Javier F. Tribunal Constitucional y derechos constitucionales “no escritos”. En: *Revista de la Corte Superior de Justicia en Cono Norte*, Lima, No. 3, mayo del 2001. Pp.27-57.

En materia de derechos implícitos hay dos vertientes diferenciadas en el constitucionalismo latinoamericano. Por un lado, están aquellas constituciones en las que los derechos reconocidos constitucionalmente no excluyen otros incluidos en normas internacionales. La otra vertiente la integran las Constituciones que señalan que el catálogo de derechos que figura en ellas y en otros tratados no niegan otros que son inherentes a la persona<sup>43</sup>.

En la Constitución peruana, el constituyente optó por la segunda corriente al prescribir en el artículo 3° que: [*“La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”*]; ofreciendo un campo de protección amplio al individuo.

### c. Regulatoras de procedimientos especiales

Una técnica que algunas Constituciones utilizan, es prever mecanismos especiales para la aprobación o denuncia de tratados de derechos humanos. Los Constituyentes optan por dejar de lado el procedimiento regular y exigen mayorías calificadas para habilitar a un órgano la realización de un determinado acto –sea para denunciar o aprobar tratados de derechos humanos– distintos a otros de similar naturaleza<sup>44</sup>.

Generalmente esta opción se regula cuando el tratado por aprobarse entra en conflicto con disposiciones de la Constitución. Este tipo de cláusulas se observa, en la Constitución Colombiana, al señalar en su artículo 224° que: *los tratados, para su validez, deberán ser aprobados por el Congreso. Sin embargo, el Presidente de la República podrá dar aplicación provisional a los tratados de naturaleza económica y comercial acordados en el ámbito de los organismos internacionales, que así lo dispongan. En este caso, tan pronto como un Tratado entre en vigor, provisionalmente, deberá enviarse al Congreso para su aprobación. Si el Congreso no lo aprueba, se suspenderá la aplicación del tratado.*

---

<sup>43</sup> DULITZKY, Ariel. Op.cit. p. 42-43

<sup>44</sup> Ibid. p. 44

En relación a la Constitución peruana, ésta contiene dos cláusulas, en sus artículos 56° y 57°, señalando lo siguiente, el artículo 56°, que los Tratados deben ser aprobados por el Congreso, antes de su ratificación por el Presidente de la República, cuando versan sobre: 1) derechos humanos; 2) soberanía, dominio o integridad del Estado; 3) defensa nacional; y 4) obligaciones financieras del Estado. Asimismo 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.

#### d. Declarativas

La llamadas cláusulas declarativas son aquellas que recurren a normas o principios cuyos contenidos no se encuentran determinados con precisión sino que tienen un alcance amplio que debe ser interpretado.

Este tipo de cláusula se encuentra generalmente en los preámbulos de las normas, cuando señalan los fines y objetivos de los tratados, en pautas relativas a política exterior del Estado, en las que representan directrices de política y en pautas de actuación para órganos estatales, previendo deberes jurídicos que tienen por destinatarios a los órganos estatales<sup>45</sup>.

Entre nuestros vecinos, Ecuador y Chile contienen en sus Constituciones este tipo de cláusulas. Así, la Constitución Chilena, en su artículo 5° señala que:

*Artículo 5°: " Es deber de los órganos del Estado promover (los derechos) garantizados por esta Constitución, así como por los Tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes".*

Asimismo la Constitución peruana en su artículo 44° consagra en su primer párrafo una cláusula declaratoria al establecer que:

*"Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos*

---

<sup>45</sup> Ibid. p. 45

*humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y el desarrollo integral y equilibrado de la nación."*

En este contexto, debe entenderse que tal cláusula constitucional, aun respetando su carácter declarativo, reafirma el deber de garantía al que obliga la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 1º y, en consecuencia, debe hacerse extensivo a cada autoridad, funcionario o servidor del Estado en concreto.

### **3.2.1.2 Jerarquía de los tratados en el derecho interno**

En las Constituciones de la región, algunos Estados tienen determinada clara y expresamente la jerarquía de los tratados, como Argentina, mientras que en otras Constituciones, como la peruana, ésta no resulta unívoca con respecto a tal jerarquía. Para ello, el constituyente ha optado por establecer distintos niveles en los que se ubicarían los tratados en los que el Estado peruano es parte, dependiendo de la materia que regulen.

#### **a. Rango supraconstitucional**

Esta tesis uniformiza el derecho y la jurisprudencia nacional e internacional, bajo la primacía del derecho internacional. En tal sentido, siguiendo la tesis monista, se asume la supremacía del tratado internacional sobre la Constitución. De tal manera que en caso de conflicto entre la Constitución y el tratado, prima el tratado. En el Perú, tal tesis no ha sido adoptada como tampoco lo hacen los demás países de América Latina.

#### **b. Rango constitucional**

Esta posición sostiene que los tratados tienen el mismo rango y nivel que la Constitución y se ubican en la cúspide del ordenamiento jurídico. Es el caso primero del artículo 7º de la Constitución de Costa Rica, que ha sido seguido por la de El Salvador, Honduras, Paraguay y Argentina. Siguiendo esta tendencia, la Constitución peruana de 1979 otorgaba en su 101º artículo rango constitucional a los tratados sobre derechos humanos, como lo hace también la Constitución de Guatemala

y, según algunas interpretaciones, las reformas aprobadas en Chile en 1989 (referéndum) y en 1997<sup>46</sup>.

La actual Constitución de 1993 en su artículo 57°, segundo párrafo, establece que los tratados que afecten disposiciones constitucionales, es decir que contengan materia constitucional, deben ser aprobados mediante el procedimiento para las reformas constitucionales, lo que a nuestro juicio contribuye a interpretar el rango constitucional implícito de dichos tratados.

Estos tratados se integran al llamado bloque de constitucionalidad, porque tienen fuerza constitucional; en tal sentido este tratado tiene fuerza activa porque es innovativo del ordenamiento jurídico en su ámbito constitucional. Además, tiene fuerza positiva porque reviste a cualquier notificación que pretenda realizar una norma infraconstitucional como la ley. Que el tratado sea aprobado mediante una resolución legislativa del congreso no enerva su naturaleza constitucional; en ese sentido una ley posterior no modifica una resolución legislativa en tanto el tratado haya sido aprobado siguiendo el procedimiento para reformar la Constitución<sup>47</sup>.

### c. Rango legislativo

Otros sistemas le otorgan rango de ley a los tratados, no pudiendo, en consecuencia, contravenir disposiciones constitucionales. En estos casos surge la interrogante en caso de conflicto entre la ley y el tratado, en la medida en que, por ejemplo, al equiparlo con una norma con rango de ley, el tratado puede ser derogado por una ley dictada posteriormente. La respuesta dependerá del sistema consagrado en cada país. No obstante, en caso de responderse afirmativamente, quedaría abierta la posibilidad de plantear la responsabilidad internacional del Estado.

Este sistema es admitido por la mayoría de países latinoamericanos como el caso del Perú –a excepción de la materia de derechos humanos– así como por la jurisprudencia

---

<sup>46</sup> Véase SALMON, Elizabeth. *Loc.cit.* p.40 en la que hace referencia a tales interpretaciones.

<sup>47</sup> LANDA ARROYO, César. "El control constitucional difuso y la jerarquía de los tratados internacionales de derechos humanos. En : *Ius et Veritas*, año 6, N° 11, nov. 1995. p.178.

de países como Italia, Suiza y los Estados Unidos de América<sup>48</sup>.

### 3.2.2 Incorporación mediante dación de leyes o "non self executing"

A través de esta forma especial de incorporación de los tratados de derechos humanos al derecho interno, no basta para que sea parte del mismo, la aprobación del Congreso y la posterior ratificación del Presidente de la República, sino que es necesaria la dación de una ley posterior o un acto administrativo, dependiendo del Estado, para incorporar el tratado al derecho interno.

### 3.3 Jerarquía de los tratados de derechos humanos en el derecho constitucional comparado

Es necesario para realizar un análisis completo de la jerarquía de los tratados de derechos humanos en nuestro derecho constitucional, recurrir al derecho comparado a nivel de la región, países cuyas realidades son semejantes a la nuestra.

#### 3.3.1 Rango constitucional

De las constituciones de América del Sur, sólo las de Argentina y Venezuela otorgan rango constitucional a los tratados de derechos humanos. Lo que constituye un ejemplo a seguir en cuanto a la regulación constitucional de estos tratados.

##### 3.3.1.1 Constitución de Argentina

La Constitución de Argentina es, de todas las constituciones de la región, la que ofrece un mejor tratamiento respecto a los tratados de derechos humanos, tal como se prescribe en los artículos 31º y 75ª:

*"Artículo 31º.- Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquier disposición en*

---

<sup>48</sup> GROSSMAN, Claudio. "Algunas consideraciones sobre el valor del Derecho Internacional de Derechos Humanos en el Derecho Interno". En: *Nuevos Enfoques del Derecho Internacional*. Ed. Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1992.

*contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales (...)*"

Asimismo, este artículo se interpreta en concordancia con el artículo 75º, disposición que señala taxativamente los tratados de derechos humanos que tienen jerarquía constitucional:

*"Artículo 75º.- Corresponde al Congreso:*

*22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordados con la Santa Sede. Los tratados y concordados tienen jerarquía superior a las leyes.*

*La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos y su protocolo facultativo y la Convención sobre la prevención y sanción del delito de genocidio; la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, la Convención sobre los derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículos de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Solo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de dos terceras partes de la autoridad de los miembros de cada cámara.*

*Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requieren del voto de los miembros de cada cámara para gozar de la jerarquía constitucional."*

La regulación reseñada demuestra la intención del constituyente de otorgar el rango constitucional a los tratados de derechos humanos ratificados por el Estado argentino. No obstante, cabe señalar que al indicar taxativamente cuáles son los tratados que

tienen rango constitucional, limita la interpretación que se le puede atribuir a los posteriores tratados de derechos humanos que sean ratificados por el Estado, y no permite una interpretación progresiva de nuevos derechos que se plasmen en el contexto internacional, ya que el rango constitucional es atribuido sólo a las convenciones mencionadas.

### 3.3.1.2 Constitución de Colombia

Siguiendo la tradición que analizamos, establece en su Artículo 93° que:

*“Los tratados y convenciones internacionales ratificados por el Congreso que reconocen derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno”.*

### 3.3.1.3 Constitución de Guatemala

En la línea de análisis consagra en su artículo 46° que :

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

### 3.3.1.4 Constitución de Venezuela

La Constitución venezolana establece claramente el carácter de rango constitucional de los tratados sobre derechos humanos, y su prevalencia sobre la Constitución, *determinando esta supremacía en virtud del principio de interpretación de norma más favorable*; en este sentido, la Constitución sólo se inaplicará cuando exista un tratado de derechos humanos que sea más favorable a la dignidad del individuo. Así en su *artículo 23 señala*: “Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.”

### 3.3.2 Rango supralegal

El rango supralegal es la segunda posición que más se aplica, luego del rango legal, aunque no se señala expresamente en las constituciones que han adoptado esta posición.

#### 3.3.2.1 Constitución de Ecuador

La Constitución de Ecuador de 1998 otorga un valor supralegal a los tratados en general, no establece ninguna diferenciación con los tratados de derechos humanos. Ello se demuestra claramente en las siguientes disposiciones constitucionales:

*“Art. 163.- Las normas contenidas en los tratados y convenios internacionales, una vez promulgados en el Registro Oficial, formarán parte del ordenamiento jurídico de la República y prevalecerán sobre leyes y otras normas de menor jerarquía.”*

*“Art. 274.- Cualquier juez o tribunal, en las causas que conozca, podrá declarar inaplicable, de oficio o a petición de parte, un precepto jurídico contrario a las normas de la Constitución o de los tratados y convenios internacionales, sin perjuicio de fallar sobre el asunto controvertido”*

En lo que se refiere a la aplicación de tratados, cabe señalar que la norma constitucional autoriza expresamente al juez a aplicar el control difuso sobre los tratados, es decir que si una norma interna es incompatible a una norma del tratado, éste debe preferirse, por una obligación establecida en la Constitución, lo cual es aplicable también a los tratados de derechos humanos.

#### 3.3.2.2 Constitución del Brasil

No hace mención expresa al nivel jerárquico de los tratados de derechos humanos. Sin embargo, reconoce como principio constitucional, mediante una cláusula declarativa la supremacía de los derechos humanos, en su artículo 4º, al señalar que: “la República Federal del Brasil se rige en sus relaciones internacionales por el principio de supremacía de los derechos humanos”. Por otro lado, el artículo 5º señala que:

1. *“Las normas definidoras de los derechos y garantías son de aplicación inmediata.”*

2. *Los derechos y garantías expresadas en esta constitución no excluyen otros derivados del régimen y de los principios por ellos adoptados, o de los tratados internacionales en que la república federativa del Brasil sea parte"*

De este modo, realizando una interpretación desde el criterio de unidad de la Constitución, caben dos interpretaciones, según la intención del constituyente. La primera sería la de darle un rango legal, lo cual no parece ser la real intención del constituyente, debido a que declara la supremacía de los derechos humanos; por lo tanto si se le otorga un rango legal, tendría un valor normativo igual a cualquier ley. En ese caso podrían aplicarse las leyes ordinarias en desmedro del tratado, lo cual no demostraría la supremacía de los derechos humanos. La segunda interpretación buscaría otorgarle a dichos tratados un rango superior a la ley, debido a la declaración expresa de supremacía de los derechos humanos. Esta interpretación sería más razonable, porque sólo otorgarle superioridad respecto de las leyes internas no garantiza la supremacía que se establece para los derechos humanos; debe considerarse, además, que generalmente los tratados tienden a regular más ampliamente los derechos humanos.

### 3.4 Jerarquía de los tratados de derechos humanos en el derecho constitucional peruano

La jerarquía de los tratados de derechos humanos en nuestro orden jurídico resulta de vital importancia para nuestro análisis, en tanto que dicha jerarquía determina el valor normativo que ellos tienen. A su vez, ello deberá ser tomado en cuenta por los jueces, quienes deberán en definitiva aplicar dichos tratados en sus resoluciones y sentencias.

#### 3.4.1. Rango constitucional en la Constitución de 1979

En la Constitución de 1979, la norma constitucional reconoce a los tratados un valor normativo semejante a la ley, es decir, otorga a los tratados el rango de ley, y les otorga supremacía sobre las leyes internas.

De este modo, el artículo 101º de la Constitución establecía:

*Artículo 101º.-Los tratados internacionales celebrados por el Perú con otros Estados, forman parte del derecho nacional. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalece el primero.*

En consecuencia, las leyes internas que contengan normas que se hallen en contradicción con las disposiciones de un tratado dejarían de aplicarse a favor de éste, y por otro lado, las leyes que se aprueben con posterioridad a la entrada en vigencia de un tratado, tampoco podrían tener efectos jurídicos que puedan impedir la aplicación del instrumento internacional<sup>49</sup>.

Sin embargo, la Constitución de 1979 estableció una excepción a esta regulación general puesto que asignó expresamente un tratamiento diferenciado a los tratados de derechos humanos, tal como lo prescribía el artículo 105°:

*Artículo 105°.- Los preceptos contenidos en tratados relativos a derechos humanos, tienen jerarquía constitucional. No pueden ser modificados sino por el procedimiento que se rige para la reforma de la Constitución.*

Este tratamiento se estableció en razón de la materia, considerando el constituyente que lo relativo a derechos humanos debía tener vital importancia. Se partía del supuesto de que estos tratados tienen la finalidad de proteger la dignidad de la persona, lo que constituye el fin supremo de la sociedad y del Estado.

### 3.4.2. Tesis postuladas con respecto a la Constitución de 1993

A diferencia de la Constitución de 1979, en la Constitución actual, el constituyente no ha señalado expresamente el valor normativo que se le debe asignar a los tratados, menos aún el tratamiento de los relativos a derechos humanos. Por este motivo, para conocer el valor normativo de los tratados es necesario recurrir a una labor interpretativa.

Dicha tarea ha venido siendo realizada por juristas, y por los jueces al momento de aplicar los tratados en la resolución de conflictos. No obstante, cabe señalar que esta labor de interpretación de la Constitución en esta materia ha postulado varias tesis.

#### 3.4.2.1 Rango legal

Esta tesis señala que los tratados de derechos humanos tienen rango legal sosteniéndose en dos fundamentos, el primero de

<sup>49</sup> FERNANDEZ -MALDONADO C., Guillermo. "Los Tratados internacionales y el sistema de fuentes de derecho en el Perú". En: *Revista de Derecho PUC*. N° 43.44. Dic 1989-DIC 1990, Lima.p. 353

ellos es que son aprobados por el Congreso según lo dispuesto en el artículo 56° de la Constitución. Estos tratados son aprobados mediante Resoluciones Legislativas de Congreso<sup>50</sup>. Sin embargo, es de advertir al respecto que se considera en doctrina que el tratado y la norma aprobatoria en el derecho interno son actos distintos que no deben confundirse. La norma aprobatoria, en nuestro caso es una resolución del Congreso, resulta siendo un acto autoritativo del ingreso del tratado al derecho interno que reviste tal modalidad para fiscalizar o controlar el acto principal que es el tratado<sup>51</sup>.

El segundo fundamento lo encontramos en el valor normativo que atribuye a los tratados el artículo 200°, inciso 4, el cual señala lo siguiente:

*Artículo 200.- Son garantías constitucionales:*

*4. La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo.*

Por esta disposición, los juristas que sostienen esta tesis consideran que como la acción de inconstitucionalidad sólo procede contra la ley o normas de rango legal, al ser posible interponer dicho recurso contra los tratados, éstos tendrían rango legal.

Asimismo, en la medida en que la Constitución no hace ninguna distinción entre tratados, y no contiene norma expresa que asigne a los tratados de derechos humanos rango constitucional o señale que estos primen sobre la ley, los tratados de derechos humanos tendrían también rango legal.

---

<sup>50</sup> LANDA ARROYO, César. "El Control Constitucional Difuso y la jerarquía de los tratados internacionales de Derechos Humanos". En : *Ius et Veritas*, año 6, N° 11 (Nov. 1995).p.178.

<sup>51</sup> VARGAS CARREÑO, Edmundo. *Introducción al Derecho Internacional*. Segunda Edición. Ed. Juriscentro. San José de Costa Rica, 1992, pp.260-261

### 3.4.2.2 Rango constitucional

Esta tesis realiza una interpretación constitucional integrada, aplicando el principio de unidad de la Constitución, por el cual todos los preceptos constitucionales deben ser interpretados integrando cada parte de este cuerpo legal. En este sentido, en aplicación de este principio, los tratados de derechos humanos tendrían rango constitucional en la medida que según la cuarta disposición final y transitoria establece que los derechos y libertades reconocidos por la Constitución se interpretan de acuerdo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú. De esta manera, una interpretación integrada y teniendo en cuenta la disposición final de la Constitución determina el rango normativo de la Constitución.

Adherimos definitivamente a esta tesis junto con otros tratadistas nacionales<sup>52</sup> y, a mayor abundamiento, la interpretación unitaria de la Constitución parte en verdad del artículo 1° que dice que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.” A ello se añade tres elementos: de una parte (a) el artículo 2° que consagra a nivel constitucional el catálogo de derechos humanos allí contenidos bajo el rubro general del capítulo I de la Carta Fundamental que es precisamente el de “derechos fundamentales de la persona” que es una denominación equivalente, aunque formalmente mezquina, a la de “derechos humanos”, de la otra (b) el artículo 3° que contiene la cláusula abierta o cláusula de derechos implícitos que permite incorporar al catálogo del artículo 2° cualquier otro derecho que la Constitución garantiza (por ejemplo los derechos económico sociales, o el derecho al sufragio o el

<sup>52</sup> RUBIO CORREA, Marcial. “La Ubicación Jerárquica de los tratados referentes a derechos humanos dentro de la Constitución peruana de 1993”. En: *Pensamiento Constitucional*, año V, No.5, Lima, Fondo Editorial de la PUCP, Lima, noviembre de 1998, pp.99-113; LANDA, César. “Límites constitucionales de la ley de amnistía peruana”. En: *Pensamiento Constitucional*, año III, No. 3, Fondo Editorial de la PUCP, noviembre de 1996, pp. 151-208. CIURLIZZA, Javier. “La Inserción y Jerarquía de los tratados en la Constitución de 1993: retrocesos y conflictos”. En: *La Constitución de 1993. Análisis y Comentarios II*. Comisión Andina de Juristas. Lima, 1995 pp. 65-83. A este respecto, algunos autores relativizan su posición considerando que aunque no se concluya que los tratados de derechos humanos tienen rango constitucional implícito como creemos, llegan a establecer “criterios hermenéuticos de uso obligatorio para los derechos y libertades reconocidos en la Constitución”, establecen una “vinculación intensa” entre la norma interna y la norma internacional ratificada por el Perú. Véase SALMON, Elizabeth. *Encuentros y Desencuentros. El Perú y el Derecho Internacional Humanitario*. Comité Internacional de la Cruz Roja - Perú, Lima, 2001, p.50; y NEVES, Javier. *Introducción al Derecho de Trabajo*. Ara Editores, Lima, 1997, pp.66-67

derecho al debido proceso ni otros de naturaleza análoga –aunque no estén previstos en la Constitución– que se fundan en la dignidad del hombre, la soberanía, el Estado democrático de derecho y la forma republicana de Gobierno; y, finalmente (c) el deber de garantizar el pleno respeto a los derechos humanos a que obliga el artículo 44° imponiéndose como imperativo a cumplir por parte del Estado y sus agentes. Todo ello, además de la disposición transitoria-final cuarta que consagra a nuestro juicio un rango constitucional implícito de los instrumentos de derechos humanos que una modificación de la Constitución debe transformarlo en jerarquía explícita.

A manera de conclusión en este punto, consideramos útil rescatar con Salmón que:

- a) “Los tratados no prevalecen sobre la Constitución. Los tratados tienen rango infraconstitucional porque si de alguna manera contradicen el texto de la Carta han de pasar necesariamente por un control similar al de la reforma constitucional.
- b) Los tratados tienen de manera general en el ordenamiento jurídico peruano rango de ley, [pero si se trata de derechos humanos su rango constitucional es a nuestro juicio implícito]. No obstante, los tratados gozan de protección jurídica absoluta frente a disposiciones legales y reglamentarias posteriores. Su resistencia activa implica que el legislador no podrá modificar, suspender ni derogar la norma internacional por su naturaleza particular.
- c) Los tratados de derechos humanos (entre los que incluimos los tratados de DIH a partir de lo dispuesto por el artículo 3 de nuestra Constitución) sirven como criterios de interpretación obligatorios y tienen, si contienen derechos fundamentales, rango constitucional. (Añadido en cursiva por cuenta del autor del presente artículo)”<sup>53</sup>.

---

<sup>53</sup> SALMON, Elizabeth. Loc. cit. pp. 55-56.

#### IV. LA APLICACION DE LA NORMA JURIDICA POR EL PODER JUDICIAL PERUANO EN LA SOLUCION DE CONFLICTOS

Antes de iniciar el tema de aplicación, es preciso abordar el tema de la interpretación judicial. Dicha actividad consiste en una operación que busca una comprensión del objeto que va a ser materia de interpretación. De esta manera, este acto u operación trata de entender el sentido de tal objeto<sup>54</sup>.

En cuanto a la relación entre la interpretación y la aplicación, algunos autores señalan que entre ellas existe un vínculo indisoluble, ya que es imposible aplicar un precepto, sea o no lo suficientemente claro, sin antes determinar lo que la norma jurídica expresa. Por lo tanto no es exacto que sólo ha lugar a la interpretación cuando los preceptos no son claros o se prestan a confusiones<sup>55</sup>.

Para Hans Kelsen, a todo proceso de aplicación del derecho antecede necesariamente la interpretación de las normas que se desea aplicar. Mediante la actividad interpretativa se determina el marco que expresa la norma en cuestión y las distintas posibilidades que ofrece; de éstas sólo una de ellas se convertirá en derecho positivo en el acto de aplicación por parte del tribunal.

##### 4.1. Interpretación jurídica de las normas

La interpretación jurídica se encuentra intrínsecamente vinculada a la aplicación de la norma. El Juez en su actividad está constantemente obligado a interpretar la norma, buscando su sentido para el caso concreto. Asimismo, en el sistema jurídico, ante la ausencia de una norma, lo que opera es la interpretación.

##### 4.1.1. Interpretación judicial de la norma

La Interpretación judicial de la norma se manifiesta por antonomasia en el procedimiento judicial. En efecto, la función específica de los jueces es "decir el derecho", aunque con frecuencia la obligación de juzgar, impuesta al juez, le lleva a completar la ley, a reinterpretarla y a flexibilizarla<sup>56</sup>.

<sup>54</sup> GARCIA BELAUNDE, Domingo. "Supuestos filosóficos de la interpretación jurídica". En: *Revista jurídica del Perú*. Año XLV, N° 3 julio- setiembre 1995. p.189

<sup>55</sup> CARMONA TINOCO, Jorge Ulises. "La Interpretación de Derecho en la Interpretación Judicial Constitucional" Instituto de Investigaciones Jurídicas, Comisión Nacional de Derechos Humanos. México.1996. En: *Aplicación de las Normas Internacionales de Derechos Humanos por Tribunales y Cortes Nacionales*. Alto Comisionado para los Derechos Humanos e Instituto Interamericano de Derechos Humanos (recopiladores).

<sup>56</sup> PERELMEN, Chaim. *La Lógica jurídica y la nueva retórica*. Civitas, Madrid. 1988. p.201

En la interpretación jurídica, resulta evidente que alimentando la normatividad y en contacto con ella, se encuentra una realidad histórica, social y política, que en cierto sentido se filtra a través de la norma y se presenta al operador jurídico, que a su vez actúa desde determinadas coordenadas valorativas y filosóficas. Lo importante del caso es que esta realidad subyace a la norma existente y condiciona el acontecer jurídico. El intérprete -el juez por antonomasia- debe ser consciente de esta realidad, para mejor interpretar la norma en cuestión<sup>57</sup>.

#### 4.1.2. Razonamiento judicial

El razonamiento judicial se dirige a establecer y justificar la solución autorizada de una controversia, en la cual una serie de argumentaciones producidas en diversos sentidos, manejados conforme a unos procedimientos impuestos, tratan de hacer valer, en situaciones variadas, un valor o un compromiso entre valores, que puedan ser aceptados en un medio y en un momento dados<sup>58</sup>. Esto resulta de singular importancia en materia de derechos humanos a propósito de las recientes sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuyas creaciones "pretorianas" son objeto de singular comentario<sup>59</sup>.

##### 4.1.1.1 La lógica formal

En este contexto, debe a nuestro juicio tenerse presente que cuando nos adentramos en un proceso judicial, no nos hallamos en el mundo de las premisas incontestables que, a través de una demostración analítica, conducen a una conclusión necesaria, sino en el reino de lo opinable, de lo discutible, en el marco de lo dual, de las dos verdades, la duda y el dicho dialéctico que abre paso a la decisión final, es decir a la elección de una entre las varias soluciones posibles, porque la sentencia no encierra nunca la justicia absoluta sino un punto de vista sobre la justicia<sup>60</sup>. Es así

---

<sup>57</sup> GARCIA BELAUNDE, Domingo. "Supuestos filosóficos de la interpretación jurídica". En: *Revista jurídica del Perú*. Año XLV, N° 3 julio- setiembre 1995. p 189

<sup>58</sup> PERELMEN, Chaim. Op. Cit. p.177

<sup>59</sup> GARCIA BELAUNDE, Domingo. "Amnistía y Derechos Humanos" (A propósito de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Barrios Altos"). En: *Constitucionalismo y Derechos Humanos* (Ponencias peruanas al VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, D.F., 12-15 de febrero de 2002). Universidad Nacional Mayor de San Marcos - Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana), Editora Jurídica Grijley, Lima, 2002, pp.117-130.

<sup>60</sup> RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *Aplicación judicial del derecho y la lógica de la argumentación jurídica*. Civitas, Madrid, 1998. p.21-22

que, en materia de derechos humanos los criterios de interpretación antes anotados obligarán al juez a realizar una delicada tarea valorativa y a escoger de ella la interpretación que más y mejor reconozca la dignidad de la forma humana y privilegie los valores de la libertad, la igualdad y la no discriminación por encima de las normas de connotación estatal o pública.

#### 4.1.1.2 La dialéctica y la argumentación jurídica

La dialéctica o arte de la discusión se presenta como el método apropiado para la solución de problemas jurídicos, como son los que conciernen a fines de la acción, en que están comprometidos unos valores<sup>61</sup>. Toda problemática de razonamiento jurídico, y especialmente del judicial, se esfuerza por elaborar una dialéctica, en la cual la búsqueda de soluciones satisfactorias enriquece el arsenal metodológico y permite el mantenimiento de la coherencia del sistema al mismo tiempo que lo flexibiliza<sup>62</sup>.

Se impone el recurso de los razonamientos dialécticos y retóricos, como razonamientos que tratan de establecer un acuerdo sobre los valores y su aplicación, cuando son objeto de controversia, según principios y criterios establecidos para promover y hacer respetar los derechos humanos.

### 4.2 Aplicación de la norma jurídica en las resoluciones judiciales

El procedimiento de aplicación o individualización del derecho por parte del Juez, no queda totalmente satisfecho con la previa e indispensable interpretación del precepto, es necesario agregar la llamada integración. Dicho procedimiento consiste en la facultad atribuida al juzgador para colmar las llamadas lagunas de la ley, es decir la operación que éste debe efectuar cuando tiene que dictar un fallo no obstante que el legislador no previó o no pudo prever el caso particular sometido al conocimiento judicial<sup>63</sup>.

---

<sup>61</sup> PERELMAN, Chaim. Op.cit. p.137

<sup>62</sup> Ibid.p.116

<sup>63</sup> ZAMUDIO, Fix. *Breves Reflexiones sobre la interpretación constitucional*. Citado por CARMONA TINOCO, Jorge Ulises. "La Interpretación de Derecho en la Interpretación Judicial Constitucional". Instituto de Investigación Jurídica Judicial Constitucional. Instituto de Investigaciones Jurídicas Comisión Nacional de Derechos Humanos. México.1996. En: *Aplicación de las Normas Internacionales de Derechos Humanos por Tribunales y Cortes Nacionales*. Alto Comisionado para los Derechos Humanos e Instituto Interamericano de Derechos Humanos (recopiladores).

Podemos afirmar entonces que la función judicial de aplicación del derecho consta básicamente de tres momentos inseparables: En primer término, la interpretación del precepto para determinar la norma jurídica genérica por aplicar; en segundo lugar, la aplicación de dicha norma al caso concreto, y por último la integración del orden jurídico en virtud de la creación de una norma individualizada, que en determinados casos puede ser general<sup>64</sup>.

La aplicación de normas jurídicas a casos concretos constituye uno de los contextos en los que se puede argumentar el ámbito jurídico; esta actividad implica ofrecer argumentos o razones con el fin de justificar una determinada decisión, cuando es el juez quien la lleva a cabo se denomina precisamente argumentación judicial<sup>65</sup>. La tarea que el juez se impone es, pues, la búsqueda de una síntesis, en la que se tenga en cuenta a la vez el valor de la solución y su conformidad con el derecho: el teórico sólo tendrá que examinar los métodos de que el juez se ha servido para llegar a este resultado.

El juez no tiene por función desentrañar el sentido de una norma, sino resolver un conflicto que se produce en un caso dado y que, en nuestro caso, supone respetar o hacer respetar los derechos humanos.

#### 4.2.1 El deber de dar la solución justa y razonable de acuerdo a derecho

Este deber del juez ha sido poco estudiado, sin embargo, resulta fundamental, porque ello determinará la legitimidad de los jueces frente a los ciudadanos. Es decir, determinará el reconocimiento al juez como autoridad con capacidad para resolver conflictos, y determinará el nivel de confiabilidad que los ciudadanos otorguen a los magistrados.

Esser fue un estudioso de los métodos de interpretación en el pensamiento jurídico moderno, el cual postula el deber del juez de dar una solución razonable y equitativa conforme a derecho: "La Teoría de Esser trata de fundarse en la práctica judicial. No le inspira tanto un deseo de comprender y de interpretar los textos legales conforme a métodos de interpretación literal, cuando una intención consciente de buscar una solución justa conforme a la naturaleza del problema. Las motivaciones y las justificaciones de la decisión tratan esencialmente de mostrar el carácter razonable de la solución, insertándola dentro del sistema jurídico en vigor"<sup>66</sup>.

---

<sup>64</sup> CARMONA TINOCO, Jorge Ulises. Op. Cit. p.146

<sup>65</sup> ATIENZA, Manuel. "Las razones del Derecho. Sobre la justificación de las decisiones judiciales". En: *Isonomía. Revista de Teoría Filosófica del Derecho*. ITAM, N° 1, octubre 1994, p.54, citado por CARMONA TINOCO, Jorge Ulises. Op. Cit. p.151.

<sup>66</sup> *Ibid.* p.113

Esser señala que es muy raro que exista una sola manera de concebir la legalidad de la solución. Más bien, considera que es una idea previa lo que guiará al juez en su búsqueda de una motivación jurídicamente satisfactoria. Esta idea sería la de dar una solución social y moralmente aceptable en un medio dado.

Ello no significa que esta idea sea “una consideración extrajurídica”, como quería, por ejemplo, la teoría pura del derecho, que se esfuerza por excluir a la ciencia del derecho de todo juicio de valor. Por el contrario, los juicios de valor relativos al carácter adecuado de la decisión guiarán al juez en la búsqueda de lo que en el caso concreto es justo y conforme a derecho<sup>67</sup>. En este sentido, el juez debe hacer un juicio de valor respecto del caso concreto, y aplicar a ese caso las normas pertinentes, de forma razonable y justa.

Esta tarea, auténtica del juez, descarta la idea de la teoría pura del derecho, de que el juez es un mero aplicador de la norma, sin tomar en cuenta los valores que están en controversia en el caso concreto.

#### 4.2.2 El Deber de aplicar los tratados de derechos humanos

Este deber encuentra fundamento en “la obligación que tiene el Estado de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos a todos los individuos de su jurisdicción”, a la cual nos hemos referido en la primera parte del presente trabajo.

El juez representa al poder judicial, el cual está obligado a procurar la paz social en toda la jurisdicción del Estado, para lo cual está facultado por el “*ius imperium*” del Estado, a dar tutela jurisdiccional efectiva, cuando sea solicitado por algún individuo u órgano del Estado. En este sentido, el juez debe aplicar la norma jurídica que regule los hechos acontecidos en el caso concreto, procurando, como ya señaláramos en el punto anterior, dar una solución justa y equitativa de acuerdo a derecho.

Particularmente, en las controversias sobre derechos humanos, especialmente en los procesos constitucionales, laborales y penales, el juez debe observar los tratados de derechos humanos, para su aplicación pertinente. Generalmente es en los procesos mencionados, en los que pueden surgir conflictos de derechos fundamentales, por ello es inminente para el juez revisar y aplicar los mismos e interpretarlos de

<sup>67</sup> Ibid.loc.cit

acuerdo a la Constitución y a los principios de interpretación de tratados de derechos humanos, ya señalados, cumpliendo de esta manera con el deber de dar una solución justa.

De no ser aplicados los tratados de derechos humanos por parte de los magistrados, el Estado podría incurrir en responsabilidad internacional por no cumplir con su obligación de garantizar el pleno ejercicio de los derechos fundamentales, consagrados en los tratados de derechos humanos, especialmente la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de los derechos civiles y políticos.

#### 4.2.3. El deber de motivar las resoluciones judiciales

Este deber constituye un principio fundamental de la función jurisdiccional. Lo encontramos expresamente señalado en el artículo 139, inciso 5, de la Constitución Peruana, que prescribe lo siguiente:

*“Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional: inciso 5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan.”*

Este deber es obligatorio para la autoridad jurisdiccional, ya que sólo motivando sus resoluciones, de una forma lógica y razonable, es posible conocer los fundamentos de derechos y de hechos, que el juez ha valorado para la resolución del caso concreto, y sólo conociendo estos fundamentos, el accionante podrá ejercer su derecho de defensa impugnando la resolución o consintiéndola.

## V. TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS Y ANALISIS DE LA JURISPRUDENCIA EN AMERICA LATINA Y EL CARIBE

La vigencia de los derechos y libertades en un sistema democrático requiere un orden jurídico e institucional en el que las leyes prevalezcan sobre la voluntad de los gobernantes, y en el que exista un control judicial de la constitucionalidad y legalidad de los actos del poder público, vale decir, presupone el respeto del Estado de derecho.

El Poder Judicial ha sido establecido para asegurar el cumplimiento de las leyes y es indudablemente el órgano fundamental para la protección de los derechos humanos. En el sistema interamericano de derechos humanos, concebido para un hemisferio de países democráticos, el funcionamiento

adecuado del poder judicial es un elemento esencial para prevenir el abuso de poder por parte de otro órgano del Estado, y por ende, para la protección de los derechos humanos. En efecto, el corolario fundamental de los derechos humanos es la posibilidad de acudir ante los órganos judiciales para que éstos aseguren que los derechos se hagan efectivos<sup>68</sup>.

Para que el poder judicial pueda servir de manera efectiva como órgano de control, garantía y protección de los derechos humanos, no sólo se requiere que éste exista de manera formal, sino que además debe ser independiente e imparcial. En el sistema interamericano de derechos humanos, ello no sólo surge de la concepción misma de que los Estados deben estar organizados conforme a los principios de la democracia representativa como requisito para pertenecer a la OEA<sup>69</sup>. La Convención Americana establece expresamente en el artículo 8º, que: *“Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones (...) de cualquier otro carácter”*.

### 5.1 Breve reseña de la situación de los derechos humanos en el Perú desde la óptica de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, según el Segundo Informe Especial de la Comisión en el 2000

La Comisión en el ejercicio de sus funciones y en el cumplimiento de sus mandatos, ha realizado visitas *in loco*, redacción de informes generales y especiales, tramitación de casos individuales y organización de actividades de promoción de los derechos humanos. Es dentro de este contexto que la Comisión ha seguido estudiando la situación de los derechos humanos en el Perú tras las visitas que ha efectuado.

La CIDH ha expresado en numerosas oportunidades que los Estados tienen el derecho y el deber de defender la integridad física de sus ciudadanos y el funcionamiento de las instituciones democráticas. Para ello cuentan con el derecho, el poder judicial, el poder de coacción y la superioridad moral y jurídica que da el imperio de la ley a la luz del respeto a los derechos humanos. Sin embargo, los Estados no tienen carta blanca para emplear cualquier método a su alcance para combatir la violencia y el terrorismo. Los Estados deben actuar dentro de los límites que impone la preservación del Estado de

<sup>68</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Segundo informe sobre la situación de los derechos humanos en el Perú, año 2000.

<sup>69</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Segundo informe sobre la situación de los derechos humanos en el Perú, año 2000.

derecho, precisamente porque uno de los propósitos vitales del Estado es el de defender las instituciones democráticas. Consecuentemente, las medidas de emergencia que se adopten deben guardar proporcionalidad con la amenaza que intentan enfrentar y deben ser flexibilizadas hasta desaparecer una vez que la situación regresa a la normalidad.

## **5.2 Recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos humanos en relación al Poder Judicial**

Hacia fines del segundo gobierno de Fujimori, la Comisión recomendó al Estado Peruano, en relación a la labor del poder judicial, en la aplicación de los derechos humanos, lo siguiente:

1. Restablecer inmediatamente el funcionamiento normal del Tribunal Constitucional, reintegrando a los tres miembros que fueron separados de sus cargos. Asimismo, la adopción de las medidas del caso para que el sistema de toma de decisiones en el seno del Tribunal asegure de manera transparente y efectiva el objeto fin de su función de controlar la constitucionalidad de las leyes.
2. Asegurar la autonomía institucional del Poder Judicial mediante el restablecimiento de las funciones de gestión y administración del Presidente de la Corte Suprema y de su Sala Plena, así como las del Fiscal de la Nación, dando por concluidas la labor de las Comisiones Ejecutivas que rigen al Poder Judicial y al Ministerio Público.
3. Erradicar la práctica de admitir la prueba obtenida bajo tortura.
4. Terminar con el juzgamiento de civiles por los tribunales militares.
5. Dejar sin efecto las Leyes N° 26933 y 26973 y restablecer las potestades constitucionales del Consejo Nacional de la Magistratura que garantizaban la independencia de los miembros del Poder Judicial.
6. Adoptar las medidas necesarias para que la justicia ordinaria revise con garantías de independencia e imparcialidad, los procesos de quienes hayan sido condenados en virtud de la legislación antiterrorista, a la luz de los parámetros establecidos por la Corte Interamericana.

## **5.3. Breve análisis de la jurisprudencia comparada**

El análisis de jurisprudencia comparada resulta ilustrativo de la aplicación de los tratados sobre derechos humanos por parte del poder judicial.

### 5.3.1. Jurisprudencia argentina:

#### Caso Ekmedjian contra Sofovich

##### 1. Hechos

La Demanda de Ekmedjian se realiza por habersele negado ilegalmente el derecho de réplica en relación con un programa de televisión que, según él, le resultó moralmente ofensivo y lo lesionó profundamente. La demanda se basó en el artículo 14 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos.

##### 2. Sentencia de la Corte Suprema

La Corte Suprema de Argentina concluyó que el artículo 14° de la Convención Americana, en el cual se regula el derecho de réplica, la frase "en condiciones que establezca la ley" señalaba la necesidad de promulgar legislación especial para dar cumplimiento a lo prescrito por dicho artículo. Ello derivaba en que la disposición no tenía carácter operativo (*non self-executing*). Sostuvo, asimismo, que la Convención concedía al particular un derecho de réplica directamente exigible, que Argentina estaba en la obligación de hacer efectivo ese derecho, y que sus tribunales tenían la autoridad necesaria para ello<sup>70</sup>.

##### 3. Análisis

La Corte Suprema reconoce a la Corte Interamericana como el órgano máximo de interpretación de la Convención Americana, y basa su razonamiento judicial en la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana<sup>71</sup>.

### 5.3.2 Jurisprudencia jamaicana: Caso de Pratt y Morgan contra el Procurador de Jamaica

#### Caso de Pratt y Morgan contra el Procurador de Jamaica

##### 1. Hechos:

En 1979, los señores Pratt y Morgan fueron declarados culpables de asesinato en Jamaica y se les impuso la pena capital. Desde esa fecha y hasta que se dictara la sentencia, en este caso el día 2 de

<sup>70</sup> Dicho pronunciamiento se fundamentó en la OC-7/85, del 29 de agosto de 1986 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

<sup>71</sup> A este respecto resulta igualmente ilustrativa la consulta de los casos de extradición "Schwammberger" y "Priebbe" resueltos por la Corte Suprema de Argentina. Véase SCHIFFRIN, Leopoldo. *La Primacía del Derecho Internacional sobre el Derecho Argentino* en [www.derechopenal.com.ar/derintdearg.html](http://www.derechopenal.com.ar/derintdearg.html).

noviembre de 1993 (más de 14 años después), estuvieron reclusos en el área de la prisión reservada para los condenados a muerte, y durante ese periodo, su ejecución fue suspendida temporalmente tres veces.

## 2. Antecedentes

Los acusados presentaron sus denuncias de violación a sus derechos ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y al Comité de Derechos Humanos<sup>72</sup>, los cuales opinaron lo siguiente al respecto:

Opinión de la Comisión: Determinó que el trato recibido por los peticionarios equivalía a trato cruel, inhumano y degradante según el artículo 5.2 de la Convención Americana, por lo cual solicita al gobierno de Jamaica que conmutara las ejecuciones

Conclusiones del Comité: El aplazamiento indebido de las diligencias judiciales podría en determinadas circunstancias constituir una violación del Artículo 7 del Pacto. En tal sentido, consideró que Jamaica había violado el artículo 7º del Pacto, porque esperó hasta 45 minutos antes de la hora fijada para la ejecución para informar a los peticionarios que se les había concedido una suspensión de la ejecución.

## 3. Sentencia de Privacy Council

En cualquier caso, donde la ejecución ha de llevarse a cabo más de cinco años después de dictarse la sentencia, se considera que tal demora equivale a "penas o tratos inhumanos o degradantes", conforme a la sección 17.1 de la Constitución de Jamaica. La sentencia señaló que este principio es aplicable a los demás prisioneros<sup>73</sup>.

## 4. Análisis

El Privacy Council revocó su propia decisión, fundamentándose en las opiniones de la Comisión, y el Comité incluso citó lo fundamentado por la Corte Europea de Derechos Humanos. Lo importante de esta sentencia es el hecho de que el privacy Council fundamenta su opinión en decisiones adoptadas por tribunales internacionales.

---

<sup>72</sup> Organismo creado por el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos, para recepcionar denuncias individuales de violaciones a los derechos contenidos en el Pacto.

<sup>73</sup> El Privy Council revocó su propia decisión en el caso Riley contra el Procurador General de Jamaica, en el que interpretaron la sección 17 de la Constitución en el sentido de que la ejecución de una persona debidamente convicta, no podía impedirse por el mero hecho de que ésta hubiera sufrido una demora irrazonable. BUERGENTHAL, Thomas. Op. Cit. p. 61.

### 5.3.3. Jurisprudencia de la República Dominicana

#### Recurso de Amparo

##### 1. Partes:

Demandantes: Productos Avon S.A.

Demandados: Sala N° 2 del Juzgado de Trabajo del Distrito Nacional

##### 2. Hechos:

Productos Avon S.A. interpuso recurso de amparo contra las sentencias dictadas por la Sala N° 2 del Juzgado de Trabajo del Distrito Nacional del 10 de setiembre y 14 de octubre de 1998, por violar el derecho al debido proceso, el principio de legalidad y el derecho a ser juzgado por una jurisdicción competente.

Solicitando a la Corte Suprema de Justicia ordene el sobreseimiento o suspensión de la demanda laboral en nulidad de desahucio, reintegro de los trabajadores y reparación de daños y perjuicios incoada por César Jiménez y Eudelio de la Cruz, hasta que se decidiera los recursos de apelación planteados.

##### 3. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia

1. La norma internacional invocada como el artículo 8 y artículo 25.1 de la Convención Interamericana, tienen por objeto la protección judicial de los derechos reconocidos por la Constitución, la ley y la misma Convención. Por ello se reconoció al recurso de amparo como el medio judicial sencillo y rápido de protección judicial de los derechos fundamentales, contra todo acto violatorio de dichos derechos, cometidos por personas que actúen o no en el ejercicio de funciones oficiales o por particulares.

2. Si bien la Constitución de República Dominicana no regula expresamente la acción de amparo como medio judicial para la protección de los derechos fundamentales frente a los jueces, sino que esta institución se regula a través de la ley de hábeas corpus. Sin embargo la Corte sobre la base del Artículo 5 de la Constitución, que reconoce las normas del derecho internacional, adoptó el criterio amplio de admitir la acción de amparo contra sentencias y demás actos judiciales.

#### 4. Análisis

La Corte, aplicando el principio *pro homine*, mediante el método de integración jurídica, procura la protección al debido proceso del recurrente, por cuanto su derecho a impugnar resoluciones del juzgado de trabajo no se encontraba constitucionalmente contemplado. La Corte priorizó su deber de dar protección a los derechos humanos, y recurrió a la Convención Americana sobre Derechos Humanos para una interpretación más favorable y, en ausencia de norma del derecho interno, establece sobre la base de la norma internacional el amparo judicial y las reglas a seguirse para tramitarlo.

#### 5.3.4 Jurisprudencia colombiana

##### Proceso de inconstitucionalidad contra el artículo 262° del Código Civil

#### 1. Antecedentes

El ciudadano Carlos Fradique Méndez, en ejercicio de acción de inconstitucionalidad, solicita a la Corte que declare inconstitucionales algunas expresiones del artículo 262° del Código Civil, en lo que respecta "sancionarlos moderadamente". Dicho artículo prescribe lo siguiente:

*Artículo 262°.- Los padres o la persona encargada del cuidado personal de los hijos, tendrán la facultad de vigilar su conducta, corregirlos y sancionarlos moderadamente.*

Debido a que esta frase implica abierta transgresión de los preceptos superiores, puesto que la facultad conferida en los términos señalados, representa el camino legal para que los mayores, bajo el pretexto de guiar las conductas de los niños hacia determinados fines, les inflijan castigos que impliquen daño a su integridad mediante el uso de la violencia.

#### 2. Sentencia C-371/94 de la Corte Suprema

Con fecha 25 de agosto de 1994, la Corte Suprema considera que el juicio de constitucionalidad requiere de una debida y cabal interpretación, tanto de la norma constitucional como de la norma que con ella se confronta, de tal forma que la ley sea interpretada y aplicada del modo que mejor convenga a los mandatos constitucionales. En este sentido, respecto a la facultad de los padres o tutores de sancionar moderadamente a los hijos, otorgada por el Código Civil, la Corte estimó que aquella debe ser ejercida respetándose los

derechos del menor, reconocidos por la Constitución y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

Que la frase "sancionar moderadamente" significa en un sentido jurídico dar una forma de reproche a una conducta, no la aplicación de un maltrato físico, de acuerdo a la conducta realizada por el menor. Sólo así es concebida la frase sancionar moderadamente, de acuerdo a la Convención de los derechos del niño y de acuerdo a la Convención Americana.

### 3. Análisis

La Corte hace una interpretación sobre la posibilidad de los padres y tutores de sancionar a los menores a su cargo y a la vez hace una interpretación del derecho a la integridad del niño, y para ello se apoya en la Convención de los derechos del niño y en la Convención americana de los derechos humanos, aplicando el principio, *pro homine* para la interpretación de la frase "sancionar moderadamente".

#### 5.3.5 Jurisprudencia de Costa Rica

##### Recurso de Inconstitucionalidad contra los artículos 6º y 7º del Decreto Ejecutivo N° 22989-MEP-MTSS

###### 1. Antecedentes

Claudio Antonio Vargas Fallas interpuso Acción de Inconstitucionalidad contra los artículos 6º y 7º del Decreto Ejecutivo N° 22989-MEP-MTSS, sustentando su recurso en que esta normatividad es contraria a los principios y derechos de los niños, contenidos en los instrumentos de derechos humanos e internacionales de protección del niño. Ello especialmente en lo que atañe al derecho a la educación, porque discrimina entre nacionales y extranjeros, de manera que la exclusión abstracta, general y absoluta de los niños extranjeros como posibles beneficiarios del bono para la educación básica, constituye una discriminación irrazonable y desproporcionada.

Que el derecho a la educación en el niño es básica y no puede establecer ninguna diferencia, menos en razón de la nacionalidad.

Por su parte, el Estado sostuvo que las normas impugnadas son constitucionales, básicamente, en la distinción entre el derecho de acceso a la educación y el derecho a obtener ayuda económica que facilite el ejercicio de este derecho.

## 2. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia

Con fecha 15 de diciembre de 1998, la Sala Constitucional de la Corte Suprema realiza un primer análisis sobre la jurisprudencia precedente, en la cual es constante la exigencia de razonabilidad de las restricciones admisibles, al principio constitucional de igualdad entre nacionales y extranjeros, así como en el reconocimiento del derecho a la educación como derecho fundamental y el derecho del menor a la especial protección.

Además, la Sala recurre inmediatamente a la Convención Internacional sobre los derechos del niño, no se limita a la norma interna, a la Constitución y las leyes sino que cita la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, y afirma que la norma del derecho interno es inconstitucional, porque es contraria al artículo 2º de la Convención, que protege a todo niño de cualquier forma de discriminación. Sustenta su aplicación en la obligación que tiene el Estado de Costa Rica de dar cumplimiento a la Convención de la cual el Estado es parte.

## 3. Análisis

Lo relevante en el razonamiento de este fallo es que al aplicar la Convención Internacional sobre los derechos del niño, ha realizado una evolución jurisprudencial sobre los derechos económicos, sociales y culturales, en relación con la infancia. Para ello, ha hecho aplicación del principio *pro homine*, del principio de interés superior y la doctrina de la protección integral, principios específicos en cuanto a la protección de los derechos de los niños.

### 5.3.6 Análisis de la jurisprudencia nacional

#### 5.3.6.1 Sentencia de Primera y Segunda Instancia en el caso de la aplicación de la ley de amnistía en el Caso Barrios Altos

##### 1. Antecedentes

Con fecha 03 de noviembre de 1991, a horas 22: 30 aproximadamente, en circunstancias en que se efectuaba una pollada en el Jr. Huanta N° 840 en el distrito del Cercado de Lima, en Barrios Altos, organizada por Filomeno León León y Manuel Isaías Riso Pérez, inquilinos de los departamentos 101 y 106, en forma sorpresiva se estacionaron en el frontis dos camionetas de similares características con circulinas imantadas y sirenas, descendiendo seis sujetos provistos de pistolas,

ametralladoras obligando a los asistentes a colocarse de cúbito ventral en el piso para luego disparar ráfagas, resultando 15 personas muertas y 4 heridos graves.

Debido a estos hechos, se denuncia a los señores Julio Salazar Monroe, Santiago Martin Rivas, Nelson Carbajal García, Juan Sosa Saavedra y Hugo Coral Goicochea por delito contra la vida, el cuerpo y la salud - asesinato y otros, en agravio de Luis Antonio León Borja, Luis Labero Días Astovilca, Alejandro Rosales, Filomeno León , entre otros.

Es en estas circunstancias, que el 15 de junio de 1995 se publica la Ley N° 26479 del Congreso Constituyente Democrático, mediante la cual se otorga amnistía general a militares, policías o civiles que se encontrasen denunciados, procesados o condenados en el fuero común y en el fuero privativo, por cualquier hecho que se vinculase con la lucha contra el terrorismo, ya sea que se hubiese cometido individualmente o por grupos paramilitares, desde mayo de 1980 hasta el 14 de junio de 1995.

## 2. Sentencia de Primera Instancia dictada por la Jueza Saquicuray

En virtud a la Ley de amnistía, la jueza que dirigía el proceso penal contra los acusados por los hechos ocurridos en Barrios Altos, debía pronunciarse sobre los efectos de esta ley en relación a los procesados antes mencionados.

Al respecto, la jueza Saquicuray resolvió que la ley de amnistía era incompatible con el artículo primero de la Constitución, en el que se señala que la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado. Asimismo, señala que el artículo segundo consagra los derechos de la persona, entre ellos, el derecho a la identidad, el derecho a la integridad física y moral, entre otros. Que, el Estado está obligado a asegurar jurídicamente el pleno desarrollo de los derechos humanos, reconocido por la Constitución, más aún si ha suscrito la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención Americana sobre derechos humanos y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, normas que son partes del derecho interno. En ese sentido, concluye que la ley de amnistía es incompatible con las normas constitucionales y con los

tratados de derechos humanos, toda vez que conforme al artículo primero, siendo la persona el bien supremo del Estado, éste se encuentra en la obligación de castigar a los responsables de las violaciones de derechos humanos, y en tal sentido, la cuestionada ley contraviene dicho principio. En consecuencia declara inaplicable la ley de amnistía a los acusados en el caso Barrios altos.

### **3. Análisis**

La sentencia de la jueza Saquicuray aplica el control difuso, haciendo prevalecer la Constitución, los tratados y declaraciones en materia de derechos humanos, sobre una ley controvertida. Todo ello, en virtud del reconocimiento de la obligación del Estado de garantizar el pleno ejercicio de los derechos humanos y de la obligación de sancionar a los responsables de violaciones de derechos humanos.

Asimismo, reconoce rango constitucional a los tratados de derechos humanos al interpretar los derechos humanos consagrados en la Constitución de acuerdo a la Cuarta Disposición final y transitoria del mismo cuerpo de leyes.

#### **5.3.6.2 Sentencia de la Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima**

##### **1. Antecedentes**

Posteriormente a la sentencia de la jueza Saquicuray, el Congreso dictó una ley interpretativa a la denominada ley de amnistía, la Ley N° 26492, mediante la cual se establece la aplicación de la ley de amnistía para los acusados del caso Barrios Altos. De esa manera se intervenía en las competencias del Poder Judicial, pues el Congreso, a través de su facultad legislativa, buscaba obligar al órgano jurisdiccional a aplicar una norma aun cuando está es incompatible con la Constitución. Sin embargo, es en este contexto que la sentencia de la sala penal aplica esta ley, revocando la sentencia de la jueza Saquicuray

##### **2. Argumentos de la Sala Penal de la Corte Superior de Lima**

a. La Sala sostiene que para el caso concreto no sólo hay que sustentarse en la ley de amnistía sino también en la ley interpretativa N° 26492, las mismas que son formalmente validas por haber sido expedidas por el Congreso

Constituyente Democrático, como órgano emisor de leyes ejerciendo el derecho de amnistía y de interpretar las leyes.

- b. Que el acto legislativo manifestado en ambas leyes demuestra el ejercicio de una potestad constitucional del Congreso Constituyente Democrático, con el propósito de lograr un clima de paz y reconciliación nacional. Señala que no es propia de la actividad orgánica del Poder Judicial valorar y menos con sentido discrepante los motivos que determinaron al legislador a tomar esa decisión de carácter esencialmente político.
- c. Políticamente es una medida a la que han recurrido las legislaciones y los gobiernos, teniendo en cuenta las exigencias sociales y las circunstancias extraordinarias que hacen necesario desviarse del curso que fija la ley.
- d. Que el Poder Judicial, en ejercicio de sus atribuciones judiciales, no puede actuar *contra legem* sino *secum legem*, conforme al sentido de la ley de amnistía. La misma que no afecta el ejercicio de la función jurisdiccional y tiene la categoría de cosa juzgada a tenor de las normas que consagran la potestad y principio de dicha función; en ese sentido, dicha norma no es contraria a la ley fundamental, ni a los tratados internacionales, que reconocen a toda persona el derecho de solicitar y obtener amnistía.
- e. No puede ser que el Estado ampare de manera sistemática la violación de los derechos humanos, pues esto iría en contra de la obligación del Estado de garantizar los derechos fundamentales.
- f. El criterio del juez debe sujetarse al principio de la separación de funciones entre los poderes del Estado, y siendo ello así, el Poder Judicial, respetando potestades ajenas, no tiene injerencia en el ejercicio de las que son propias del Congreso Constituyente Democrático y del Ejecutivo, más aún cuando en el caso bajo análisis, las disposiciones de la ley de amnistía que deben aplicarse a los procesados no trasgreden la norma constitucional ni los tratados de derechos humanos.

- g. Los tratados de derechos humanos reconocen expresamente el beneficio de la amnistía a favor de los condenados a muerte.
- h. Al Poder Judicial no le corresponde contrariar las funciones de otros.
- i. La citada ley interpretativa no interfiere, ni vulnera la administración de justicia, ya que el ejercicio de la función jurisdiccional implica acatar el principio de que los magistrados no tienen competencia para inquirir sobre los propósitos que inspiran las prescripciones legislativas contenidas en la ley de amnistía.
- j. El juez penal no es competente para realizar un pronunciamiento genérico, por no tratarse de una acción de inconstitucionalidad.
- k. Los tratados de derechos humanos tienen rango legal y no constitucional, como interpreta la juez.
- l. Los tratados de derechos humanos no tienen prevalencia sobre la ley, ya que si ello fuere así, resultaría que el Poder Legislativo, en el ejercicio de sus atribuciones legislativas, se vería limitado de dar leyes a favor de una convivencia en paz y conforme al desarrollo económico, político y social que reclama la nación.

### 3. Análisis

Respecto al argumento a. Sobre la validez de la constitucionalidad de las leyes no se verifica sólo la competencia del órgano de quien las da, sino también por la materia que regula; en este sentido, la ley no puede reinterpretar una norma y ordenar al Poder Judicial aplicarla aun cuando ésta sea contraria a la Constitución y a los tratados de derechos humanos, pues de esta forma el Poder Legislativo estaría invadiendo competencias del Poder Judicial.

En relación al argumento b. En cuanto a que el Estado nunca puede atribuirse la potestad exclusiva y sin control de la constitucionalidad de las leyes que tengan por objeto

la paz social, términos que aluden al Bien Común. Ello encuentra su límite en los derechos humanos. Al respecto la Corte Interamericana señala lo siguiente:

“Los conceptos de “orden público” y “bien común”, que no tienen un significado unívoco, pueden ser usados tanto “para afirmar los derechos de la persona frente al poder público, como justificar limitaciones a esos derechos en nombre de los intereses colectivos”. Sin embargo, de ninguna manera podrían invocarse el “orden público” o “el bien común” como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo, o privarlo de contenido real”<sup>74</sup>.

En este sentido, no se puede invocar la aplicación de la ley de amnistía y de la ley interpretativa, porque ello niega el deber del Estado de sancionar a los responsables de las violaciones a los derechos humanos.

Por otro lado, en cuanto a que el juez no debe interferir con los otros poderes, y por ello debe aplicar las normas pertinentes sin cuestionar las mismas, cabe señalar que el Juez no es un mero aplicador de las leyes, sino que debe ejercer un control de constitucionalidad de las leyes, e inaplicar las mismas si es preciso. El hecho de que el Juez deba someterse a la ley subraya la primacía otorgada al poder legislativo en la elaboración de las reglas de derecho. Sin embargo, el juez posee un poder complementario indispensable, que le permite interpretar e integrar el derecho a los casos concretos. Si no se le reconociera este poder, no podría cumplir su misión, que consiste en el arreglo de los conflictos. La naturaleza de las cosas obliga a concederle un poder creador y normativo en el campo del derecho<sup>75</sup>.

Finalmente, la Sala concluye que los tratados de derechos humanos tienen rango de ley, y que no prevalecen sobre las leyes, porque de lo contrario le quitarían potestad al legislador de regular la realidad social en función de la

---

<sup>74</sup> Opinión Consultiva OC-5/85, 13 de noviembre de 1985, “La Colegiación, Obligación de Periodistas (art. 13 y art 29 CA), párrafo 67

<sup>75</sup> PERELMAN, Chaim. *Lógico jurídica y la nueva retórica*. Civitas, Madrid, 1988. p. 196

reconciliación. Esta afirmación no es correcta, las normas internas no pueden ser contrarias a los tratados de derechos humanos, no puede dejarse de aplicar un tratado por aplicación de una norma interna. Además, el Estado al aplicar una ley que contradiga los tratados de derechos humanos estaría incurriendo en responsabilidad internacional, por incumplimiento del tratado.<sup>76</sup>

### 5.3.7 Sentencia del Tribunal Constitucional: Acción de Cumplimiento para el pago de las indemnizaciones a los indultados por ser condenados por error judicial.

#### 1. Antecedentes

Los demandantes sostienen que mediante la Ley N° 26655 se creó una Comisión encargada de proponer al Presidente de la República la concesión de indultos a personas inocentes condenadas por delitos de terrorismo y traición a la patria. El propósito de dicha norma era corregir los errores cometidos por la administración de justicia en aplicación de la legislación antiterrorista, que permitió que se les condenará como si fueran culpables.

Posteriormente se promulgó la Ley N° 26994, por la cual se otorga beneficios complementarios en los casos de indulto y derecho de gracia, concedidos conforme a la Ley N° 26655; dicha norma confirma la misma lógica. La sentencia señala que muchas de las personas liberadas bajo esa ley han perdido trabajo, estudios, bienes materiales y salud, y en su mayoría son de escasos recursos. La sentencia invoca el inciso 6 del artículo 14 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, en la medida en que dicha norma reconoce el derecho de indemnización cuando una persona ha sido indultada tras la comisión de un error judicial. Le otorga a la misma rango de ley conforme los artículos 55° y 200° inciso 4 de la Constitución y como parte del derecho interno sostiene que resulta plenamente exigible por medio de la acción de cumplimiento.

---

<sup>76</sup> La Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó una histórica sentencia en relación al caso Barrios Altos y con posterioridad a las sentencias que brevemente se han comentado. El presente trabajo no tiene por objeto analizar la sentencia de la Corte Interamericana de fecha 14 de marzo del 2001, que viene siendo objeto de profundas reflexiones. Véase GARCIA BELAUNDE, Domingo. Ob-Cit. nota - y DEFENSORIA DEL PUEBLO. Amnistía vs derechos humanos, Buscando Justicia, Serie Informes Defensoriales No. 57, Lima 2001.

## 2. Sentencia del Tribunal Constitucional:

El Tribunal divide su fundamento en cuatro puntos:

a. **Exigibilidad del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos**

Reconoce al Pacto como instrumento supranacional, que forma parte integrante del sistema jurídico, siendo plenamente aplicable en vía jurisdiccional ordinaria o especializada.

b. **Procedencia de la Acción de Cumplimiento contra los Tratados**

Se le reconoce al Tratado rango de ley. Asimismo se señala que la Acción de Cumplimiento procede contra normas legales, éstas son todas normas con rango de ley.

c. **Por qué invocar el Art.14 del Pacto, cuando en la Constitución de 1993 lo prescribe:**

El Tribunal sostiene que el Pacto precisa el contenido de la Constitución para el caso concreto, y que si bien la Constitución regula este derecho, el dispositivo no es lo suficientemente preciso respecto de las circunstancias que conllevarían a la individualización de los errores judiciales como condiciones de procedencia de las indemnizaciones. En cambio, el precepto es más amplio en el Pacto, respecto a los errores judiciales.

d. **Reconocimiento de la indemnización como derecho personalísimo**

El Tribunal reconoce el derecho a la indemnización, pero no tiene autoridad para mandar a ejecutar el pago de la misma, en la medida en que no se ha individualizado. Es decir que tiene que realizarse un proceso de forma individual para determinar el monto a pagar por daños causados a cada una de las personas involucradas, ya que estos son diferenciados en tanto son personalísimos.

Finalmente, ordena el pago de la indemnización una vez que se haya determinado el monto.

## 3. Análisis

De la Sentencia del Tribunal Constitucional se debe resaltar dos puntos fundamentales, el primero de ellos es el rango que le atribuye a los tratados de derechos humanos, por cuanto sólo por ser aprobado el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos,

mediante Decreto Ley, sin aplicar la cuarta disposición final y transitoria, le reconoce al tratado rango legal, por lo que el tribunal concluye que sí procede contra los tratados de derechos humanos, la acción de cumplimiento; con este análisis no estamos de acuerdo, porque, como ya hemos señalado anteriormente, los tratados sobre derechos humanos deben interpretarse con rango constitucional.

## V. A MANERA DE CONCLUSIONES

- (1) Desde el momento en que la Constitución parte de la dignidad de la persona como fundamento de la vida social y la organización del Estado, los derechos humanos, que son inherentes a la persona y a su dignidad, se incorporan en primerísimo lugar en la Carta Fundamental.
- (2) De lo anterior se desprende que los derechos humanos y los instrumentos internacionales que los contienen, por su naturaleza y fines, deben estar consagrados en el texto constitucional, acompañados de una cláusula abierta que permita la admisión de los derechos no explícitos que sean compatibles con la dignidad de la persona humana y el orden democrático. De allí la necesidad de volver al reconocimiento explícito de la jerarquía constitucional de los instrumentos internacionales de derechos humanos, como lo hacía la Constitución de 1979 y lo debe hacer la que en el futuro enmarque la vida democrática del Perú.
- (3) La naturaleza especial del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que, a diferencia del Derecho Internacional en general, no regula relaciones entre Estados sino la protección de derechos de individuos frente a su propio Estado y las responsabilidades de éste frente a los sistemas de protección internacional, ha obligado a que se desarrollen principios y criterios de interpretación de normas que son propios de esta disciplina.
- (4) La Constitución debería, a nuestro juicio, consagrar estos principios y criterios relacionados con la dignidad de la persona como fuente de toda protección constitucional, la no-discriminación, el carácter indivisible o interdependiente de los derechos y libertades fundamentales, así como la interpretación integradora de tales derechos. Así mismo deben reconocerse a nivel constitucional: la aplicación de la regla más favorable a la persona humana, la retroalimentación entre el reconocimiento de derechos en el orden interno y las contribuciones que provienen de los instrumentos internacionales, la posición preferente de los derechos de las personas por encima de las normas del poder público, junto con la

autoaplicabilidad de los derechos fundamentales. A esta misma categoría deben añadirse la progresividad e irreversibilidad de su reconocimiento, el *in dubio pro libertatis* y el reconocimiento de la protección judicial internacional. Todo ello contribuiría al mejor cumplimiento del deber de garantía y respeto a los derechos humanos y favorecería la exigencia para su goce, brindando marcos definidos que permiten una más adecuada protección y la eventual judicialización nacional o internacional de los derechos humanos.

- (5) El razonamiento de los jueces y cortes nacionales para la aplicación de los derechos humanos debe partir de la Constitución, del catálogo de derechos fundamentales (artículo 2° de la Constitución peruana) o de la cláusula de derechos implícitos (Artículo 3°) y de cualquier otra disposición constitucional que los contenga (Capítulo II, los derechos económicos y sociales, capítulo III los derechos políticos, artículo 139 en relación al debido proceso, entre otros). Debe recurrir, asimismo, a los criterios de hermenéutica de carácter obligatorio (Disposición Transitoria y Final Cuarta) y a las cláusulas que consagran el deber de garantía del Estado y sus funcionarios a favor del respeto a los derechos humanos (Artículo 44). Complementariamente, los tratados de la materia y los instrumentos internacionales que los contienen y desarrollan integran el bloque constitucional y, por lo tanto, constituyen normas cuya aplicación directa en la resolución de casos puede producirse según la naturaleza y contenido de cada uno de ellos (normas "self executing" o "non self-executing"). En este contexto, tales tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos son cada vez más aplicados por los órganos de protección nacional (Defensorías del Pueblo) las instancias jurisdiccionales.
- (6) Progresivamente la jurisprudencia de los países latinoamericanos y del Caribe vienen dando claras muestras de favorecer la aplicación directa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por parte de los jueces y cortes nacionales, en medida similar a los aportes que vienen brindando la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en esta misma materia. Se puede hablar, en consecuencia, del inicio de un diálogo fructífero y enriquecedor entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su aplicación por los tribunales, así como de un proceso de fertilización entre los aportes de la jurisprudencia de origen interamericano y los tribunales de justicia de la región que incluye ejemplos de creación pretoriana de derechos que permitan mayor y mejor respeto a la dignidad de las personas y sus libertades fundamentales.
- (7) En el caso del Perú, a propósito de la experiencia autoritaria de la última década, en la que se hizo tabla rasa de los derechos fundamentales, se

viene desarrollando una corriente jurisprudencial que gradualmente viene aplicando en decisiones nacionales las normas y principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Dicha corriente tiene impulso sustancial en las sentencias del Tribunal Constitucional y en aquellas del Poder Judicial que vienen decidiendo sobre estos temas. La ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como de los pronunciamientos de la Comisión Interamericana y de otros órganos internacionales de protección de los derechos humanos irá dando pie a una utilización más intensa en el ámbito nacional del instrumental del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.