

CAEI

Centro Argentino
de Estudios
Internacionales



Tratados Internacionales Y Derecho Peruano Interno

by Jean Carlo Gonzalo Cuba Yaranga

*Working paper N° 69
Programa Derecho Internacional*

Tratados Internacionales Y Derecho Peruano Interno

Por Jean Carlo Gonzalo CUBA YARANGA*

Abogado y Psicólogo. Director de la Revista de Derecho "IURIS VERITATIS"

El próximo 23 de mayo se conmemorará cuarenta y dos años de la firma de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, fuente característica del derecho internacional en lo referido a las relaciones entre estados.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (en adelante la Convención), conceptualiza lo que es un tratado en la primera parte, indicando:

"...se entiende por tratado un acuerdo internacional celebrado por escrito entre estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular"

Este acuerdo de voluntades tiene por finalidad crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas entre los dos o más sujetos de derecho internacional.

La definición anotada, muestra la categoría del tratado, pero a la vez determina en forma exclusiva quienes pueden acceder a su uso. Para ello, cada estado enviste de poderes necesarios a su representante, quien determinará los puntos que aportará al tratado. En el representante y su equipo de trabajo pesa una inmensa responsabilidad, siendo vital su capacidad de análisis, síntesis y conclusión de la información precedente para tomar la mejor decisión a favor de su representado.

Al redactarse el documento¹, se considerará lo consentido por los representantes, excluyéndose de los límites del derecho nacional, ya que será el del derecho internacional general el prevalente.

El ámbito de aplicación temporo – espacial se determina por las disposiciones del tratado y surten efecto a partir de la entrada en vigor en cada estado firmante, no considerándose la irretroactividad², salvo cláusula expresa. El término "tratado" es amplio dentro del derecho internacional, para algunos especialistas es solo sinónimo de otro tipo de acuerdos internacionales, basándose en la esencia que encierra el concepto.

* mail jcgubayaranga@hotmail.com

¹ La Convención de forma tácita delimita la creación de un tratado, no tomando en cuenta los antiguos tratados orales, considerados "**promesa de honor**".

² La Convención es clara al señalar en su artículo 28, sobre la aplicación de los tratados lo siguiente: "Las disposiciones de un tratado no obligaran a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo."

El Dr. Novak hace la siguiente conceptualización para el uso de la nomenclatura en determinada situación, como por ejemplo:

- Declaración, si se trata de establecer principios jurídicos o afirmación de política común.
- Convención, referido a compromisos de valor restringido o asuntos de naturaleza económica, comercial o administrativa.
- Carta, si se crea una organización internacional.
- Pacto, al tratarse de aspectos de las relaciones políticas.
- Acta, donde constaran resoluciones finales de una conferencia internacional.
- Protocolo, es el documento anexo a un tratado o una aclaratoria.
- Concordato, acuerdo entre la santa sede y los demás estados.
- Modus vivendi, al mencionarse arreglos provisionales.
- Compromiso, acuerdo consecuencia del arbitraje.
- Armisticio, es el acuerdo militar.

Entre otras denominaciones que existen o existirán debido al sentido dinámico y contextual de los consensos entre estados, con la libertad necesaria de innovar y crear tratados según las características de lo que se pretende negociar.

Además, para que la comunidad internacional los pueda reconocer y garantizar dentro de sus facultades, es necesaria la publicidad de los tratados, particularidad medular fundamentada en el principio PACTA TERTIIS, contrarrestando a los antiguos pactos secretos³.

Internamente en el Perú, desde sus inicios republicanos, como menciona el célebre historiador Jorge Basadre, optó en más de una oportunidad el uso de tratados para evitar la "Ultima ratio" o guerra. Otro dato histórico lo hallamos en el prólogo realizado por Don Carlos Wiese, a la "Colección de tratados del Perú" (1890) del Dr. Aranda, quien señaló la inclusión de estos documentos realizados en la época colonial entre 1529 a 1821, ya que muchas de nuestras negociaciones de la etapa independiente, sobre todo lo referido a límites, conllevaban al uso pasado de tratados.

En la actualidad la Carta Magna nacional vigente contiene un capítulo exclusivo de tres artículos que enmarca la normatividad para adoptarlos y denunciarlos.

PRINCIPIOS GENERALES DE LOS TRATADOS

³ Principio de la relatividad de los tratados que consiste en la obligación de las partes sin perjudicar o favorecer a terceros.



El principio por excelencia de los tratados es el PACTA SUNT SERVANDA o el carácter de cumplimiento obligatorio de un tratado en vigor, como señala la Convención en su tercera parte, artículo 26°:

“Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.”

Se desprende que para llegar al extremo de considerar obligatorio a un tratado internacional, las partes firmantes han recorrido una serie de etapas donde el uso del intelecto y la volición han predominado en cada una de ellas. Desde el primer paso de la negociación, que generalmente es la de mayor duración, cada parte será representada por un especialista con los poderes necesarios, aparte de estar debidamente asesorado por un equipo de profesionales, para crear así un documento que posteriormente se adoptará junto con la otra parte negociadora; estudiarán minuciosamente su articulado y si el contenido es lo deseado, el tratado será suscrito y ratificado; en sí todo un proceso cognitivo e interpretativo de cada postulado con la acepción que se halla acordado, por ende una creación de la cual se sabe las futuras consecuencias y por ello su carácter de obligatoriedad.

En el hipotético caso que un estado no acatase o negase las obligaciones que describe el tratado, incurriría en responsabilidad internacional, teniendo en cuenta que el derecho internacional esta sobre el nacional⁴, por lo tanto, esa suposición es punible de sanción, por no respetar la santidad de los tratados. La tendencia general es darle carácter perpetuo a un tratado y no de decisiones unilaterales para cancelarlo. Con la aceptación de este documento se pierde todo derecho de alegar cualquier causal de nulidad; exceptuando los temas expresamente previstos.⁵

Pero como toda creación humana es perfectible, definir como absoluto a este principio, no lo es stricto sensu, existen ciertas excepciones como el caso de carga excesiva (uno de los estados entra en peligro inminente de ejecutarse un tratado) o de imposibilidad física (a causa de razones físicas), el cumplimiento del tratado no es posible.

La misma Convención prevé casos de enmienda y modificación, así como la nulidad o suspensión de tratados. Pero si una de las partes intentase alegar nulidad o denuncia, no podría ejercer estos actos por hallarse inhabilitado por actos propios anteriores, a lo que se denomina Estoppel o forclusion.

El principio BONE FIDE o de Buena Fe también es mencionado en el artículo 26° del convenio, indicando que todo tratado en vigor:

⁴ Obviamente cuando el tema de conflicto sea de carácter internacional.

⁵ La parte IV de la Convención tratan sobre la Enmienda y modificación de los tratados. y la V sobre la Nulidad, terminación y suspensión de la aplicación de los tratados.



“...debe ser cumplido por ellas de buena fe.”

Lo anterior muestra el tipo de acción que conlleva crear un tratado y las consecuencias esperadas al suscribirse, especialmente al tema de la interpretación que por regla general debe hacerse de Buena Fe, acorde al sentido corriente, teniendo en cuenta el objeto y fin del tratado.

Incidir en la Buena Fe, no solo es desterrar de plano posibles intenciones subterráneas y adversas al tratado, el actuar en todas sus etapas se supone prístino, con la conducta ideal y ética, tanto en sus primeras etapas, como en su desarrollo habitual que no considera la posibilidad de frustrar la finalidad del tratado. La declaración sobre los Principios del Derecho Internacional de las Relaciones de Amistad y Cooperación entre estados de 1970, considera a la Buena Fe, un principio rector.

Figura además el principio de IUS COGENS, en el artículo 53 ° de la Convención, que señala la situación cuando los tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general ("Ius Cogens").

“Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración. Esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.”

Los suscribientes deben parametrar el tratado a firmar según el IUS COGENS, es decir, las normas internacionales que priman a todo acuerdo o norma y esto debido a que las normas Ius Cogens son consenso universal de valores trascendentales.

En el área de Derechos Humanos, se delimita las normas Ius Cogens, como en el caso de la prohibición de la tortura, genocidio, debido proceso y privación arbitraria de la vida.

Por la Convención, una norma imperativa de derecho internacional es reconocida por la comunidad internacional y únicamente podrá ser modificada por norma posterior del mismo nivel de derecho internacional.

Algunas características de las normas Ius Cogens son que deben ser aceptadas y reconocidas por toda la comunidad internacional, su carácter imperativo y en el supuesto de intentar modificarlas la única forma será por una norma del mismo rango. Al pertenecer al área del derecho internacional general tiene jurisdicción en toda la comunidad y su violación será considerada crimen internacional. Es necesario que existan normas que limiten los actos jurídicos entre estados, aunque algunos autores mencionan que es una coacción cierto grado de libertad; contrario a la idea anterior, creemos que la refuerza.

Finalmente, el principio EX CONSENSU ADVENTIT VINCULUM o libre consentimiento que conduce a una obligación, donde los estados negociadores aceptan libremente las propuestas óptimas a sus intereses de forma equitativa que además está asociado al principio de Buena Fe.

INCORPORACION DE LOS TRATADOS AL DERECHO PERUANO INTERNO

Este punto dependerá del sistema estatal adoptado, presentándose la posición monista cuando existe unidad entre el derecho interno y derecho internacional, pero si los estudiamos por separado con visión de derecho anglosajón, el sistema será dualista.

En el primero prima alguno de los derechos (interno o internacional), en el segundo caso cada uno es independiente; aceptar un tratado en la posición dualista significa reescribirlo en una ley textualmente y después aprobarlo, es decir, previo acto de transformación legislativa.

En el sistema dualista, acertadamente señala el profesor Novak hay tres razones para que nunca se confundan, el derecho interno y el derecho internacional:

Primero, porque manejan fuentes distintas,

Segundo, regulan a sujetos distintos y

Finalmente las materias reguladas son diferentes, por lo tanto nunca habrá conflicto entre ellas, al ser autónomas.

Será el derecho constitucional que determine el uso de determinado sistema de incorporación de los tratados, por ejemplo la predominancia en los países de América Latina es del sistema monista, aunque con algunas variaciones. La incorporación a las normas nacionales pueden variar desde una recepción automática, que no requiere acto interno posterior de adopción de la norma, pasando por la recepción especial que conlleva a un procedimiento interno e independiente a la entrada en vigor internacional para crear una ley de transformación, hasta la ausencia de regulación donde la doctrina y jurisprudencia nacional determina el método.

Nuestro país adoptó el sistema monista, tanto el derecho interno como el derecho internacional estos correlacionados, de acuerdo al artículo 55 ° de la constitución:

“Los tratados celebrados por el estado y en vigor, forman parte del Derecho Nacional”

Su incorporación es automática previa ratificación; de existir un conflicto entre el tratado internacional y las normas nacionales se resuelve por jerarquía normativa; también es importante la forma de inserción porque de ello se basará que norma interna tiene o no la capacidad de modificación.

Añádase a lo anterior el artículo 3° de la ley 26647:

“Los Tratados celebrados y perfeccionados por el Estado Peruano entran en vigencia y se incorporan al derecho nacional, en la fecha en que se cumplan las condiciones establecidas en los instrumentos internacionales respectivos, de acuerdo al artículo precedente.

La incorporación de los tratados al derecho nacional se sujeta a lo que establezcan los propios tratados sobre el particular.”

Sobreentendido está que en nuestro sistema al celebrar un tratado internacional se ha llevado a cabo una serie de actos y formalismos elaborados, refrendados por uno o más representantes con la suficiente capacidad de decidir lo más conveniente para los intereses nacionales, debido a esta causa no es necesario el tema de la recepción especial o formal, cuando en algunos sistemas es necesario un nuevo análisis y aprobación interna para incorporar el tratado por vía de una ley de transformación ,aprobación de la norma por el legislativo o por publicación del tratado.

En este punto consideramos lo afirmado por el autor Carrillo Salcedo:

“La escasa institucionalización del derecho internacional y el hecho que los estados soberanos actúen en función de sus diferentes intereses y concepciones jurídicas, no debe llevarnos a la errónea conclusión de que todas las posiciones jurídicas sostenidas por los estados son igualmente validas.”

JERARQUIA DE LOS TRATADOS

El derecho internacional general no determina la jerarquía de los tratados; pero por seguridad jurídica es imprescindible indicar la jerarquización normativa, por ello conocer norma superior que controle a las menores.

Consecuencia del avance del derecho internacional y de forma mas concreta de los Derechos Humanos, se manifiesta claramente la posibilidad de conflictos entre la normatividad interna y la normatividad internacional.

Una vez incorporados al derecho nacional, existen una serie de rangos usuales, que desarrollamos de modo sucinto:

- RANGO SUPRA CONSTITUCIONAL: Las constituciones con esta tendencia otorgan al tratado un rango superior a ellas y es admisible que el tratado internacional tenga la posibilidad de derogar una norma constitucional que le sea contraria y determine un problema ideológico o normativo.
- RANGO CONSTITUCIONAL: El tratado tiene el mismo nivel que la constitución, este caso es común en los tratados internacionales de Derechos Humanos si se le da el rango



superior del derecho nacional, de no haber oposición entre ellas se resuelve con criterio de derecho interno o internacional.

En nuestro país el artículo 57°, segundo párrafo de la constitución indica:

“cuando el tratado afecte disposiciones constitucionales debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la constitución, antes de ser ratificado por el Presidente de la República”

De suceder lo previsto en el mencionado artículo, la constitución peruana sería un obstáculo para el cumplimiento de algunos tratados.

Al igual que Perú, la constitución argentina en el inc.22 del art. 75, da jerarquía expresa a las declaraciones y tratados de Derechos Humanos, ya que consideran derechos comunitarios, integrativos y humanitarios; porque además de tratarse de derechos fundamentales, siempre se aplicara el omnipresente principio PRO HOMINE⁶.

- RANGO SUPRA LEGAL O SUB CONSTITUCIONAL DE PRIMER GRADO: Si bien en este caso el tratado está por encima de las leyes internas, no tiene la potestad de modificar la constitución y menos la ley nacional podría derogar o modificar el tratado. Respecto a los tratados de Derechos Humanos, estos son base interpretativa de la ley interna.

- RANGO LEGAL: Los tratados están imposibilitados de facto de contravenir normas constitucionales, debido a que la misma constitución así lo prescribe y la interpretación se dará de acuerdo a la Carta Magna.

De ocurrir el caso del concurso entre un tratado posterior frente a una ley interna o viceversa, la derogación de alguna, se basaría como señala el Dr. Novak Talavera:

“...dependerá del sistema consagrado en cada país .sin embargo, en caso de responderse afirmativamente quedaría abierta la posibilidad de plantear la responsabilidad internacional del estado infractor”

Dado que en nuestro país se opta por la posición monista, de existir este tipo de conflicto entre un tratado y la ley interna, la posición oficial desde 1934 del Ministerio de Relaciones Exteriores nacional opta por la prevalencia del tratado internacional. El mismo autor define que el rango que da Perú a los tratados es el legal, porque son aprobados por el congreso vía resolución legislativa y esta tiene rango de ley.

La Ley 26647 del 26 de junio de 1996, que establece las normas y regula los actos relativos al perfeccionamiento nacional de los tratados celebrados por el Estado Peruano, dice en el artículo 2°:

⁶ Principio por el cual se busca lo más favorable para la persona, con una directriz de preferencia interpretativa y otra de preferencia de normas.

“La aprobación legislativa de los tratados a que se refiere el artículo 56° de la Constitución Política, corresponde al Congreso de la República, mediante Resolución Legislativa; y su ratificación al Presidente de la República, mediante Decreto Supremo.

Cuando los tratados no requieran la aprobación legislativa, el Presidente de la República los ratifica directamente, mediante Decreto Supremo, de acuerdo a lo previsto en el Artículo 57o de la Constitución.

En ambos casos, el Presidente de la República emite, además, el respectivo instrumento de ratificación.”

- **AUSENCIA DE NORMATIVIDAD:** al carecer norma expresa que indique la jerarquía que rige un sistema nacional, la interpretación que se realice para determinarla se basará de forma administrativa o judicial, dependiendo del caso.

En el libro “Sistema Jurídico” del Dr. Rubio Correa, en lo referente a los tratados ,se determina que la división que haría la constitución peruana vigente dividiría en tres rangos a los tratados: constitucional, legal y los aprobados por el presidente de la república vía decreto supremo, sin embargo, señala que esta división conlleva una serie de dificultades debido a la contradicción existente que da la cuarta disposición final de la constitución peruana , al darle rango constitucional a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y acuerdos internacionales sobre Derechos Humanos o también la existencia de la ley 26435, que señala a todos los tratados como impugnables mediante acción de inconstitucionalidad de las leyes , incluyendo la aprobadas vía decreto supremo por el presidente de la república , que a saber no tiene función legislativa.

Anotando que la constitución de 1979 era expresa dando carácter constitucional a todo tratado referido a Derechos Humanos, indicado en el artículo 55°:

“los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos, tienen jerarquía constitucional. No pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige para la reforma de la constitución.”

No obstante, pese a la orientación de la constitución vigente la combinación de los artículos 3°, 55° 57° y la cuarta disposición final permite la continuación de encontrarse con rango constitucional.

La lista positiva que indica los tratados que deben ser aprobados por el congreso antes de su ratificación por el presidente de la República, hace aún más confuso el panorama porque les da rango de ley, siéndolas siguientes:

1. Derechos humanos
2. Soberanía, domino o integridad del estado

3. Defensa nacional
4. Obligaciones financieras del estado

Incluyéndose los tratados que crean, modifican o suprimen tributos, entre otros.

CONCLUSION

Los tratados internacionales, son manifestaciones de voluntad entre estados para resolver o acordar algún tema controversial, convirtiéndose en un factor de seguridad y supeditarse al derecho internacional.

Pero debido a su trascendencia son regidos por elementales principios como el de obligatoriedad o Pacta Sunt Servanda, Bona Fide, libre consentimiento, los Cogens entre otros; dado a que estos acuerdos involucran intereses nacionales de cada estado firmante se deben seguir una serie de actos de fondo y forma, pasando por etapas de negociación, adopción, firma y ratificación. Cada estado firmante debe estar debidamente representado por un profesional con plenos poderes para tomar la decisión que mas lo favorezca.

Por el sistema Monista de nuestro país, la incorporación de tratados internacionales es automática al derecho interno y la jerarquía que se otorga es actual tema de discusión, debido a la poca claridad de la norma constitucional, por el artículo 55^a determinamos que los tratados internacionales tienen rango legal pero por la combinación de los artículos 3°, 55° 57° y la cuarta disposición final le otorgaría el rango constitucional, a la Declaración Universal de Derechos Humanos y todo tratado que se ocupe de ese tema.

BIBLIOGRAFIA

Aranda, Ricardo: "Colección de los Tratados". Tomo I, Lima. Imprenta del Estado, 1890

Ayala Corao, Carlos: "Las Consecuencias de la Jerarquía Constitucional de los Tratados".

Monroy Cabra, Marco Gerardo: "Derecho De Los Tratados". Bogotá. Editorial Temis, 1978

Novak, Fabián: "Derecho Internacional Público". Tomo I: "Introducción y Fuentes". Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú-IDEI. 2000.



Novak, Fabián Y Elizabeth Salmón: "Las Obligaciones Internacional del Perú en Materia de Derechos Humanos". Lima, Fondo Editorial de la Pontifica Universidad Católica del Perú. Capítulo IV - El Derecho Internacional y El Derecho Interno .2000.

Rubio Correa, Marcial: "El Sistema Jurídico". Introducción Al Derecho. Lima, Fondo Editorial de la Pontifica Universidad Católica del Perú. 1999.

Ley No. 26647, Sobre "Perfeccionamiento Nacional De Los Tratados Celebrados por el Estado Peruano". Publicado El 28 de Noviembre de 1996.

Constitución Política Del Perú de 1993.

