

¿SE PUEDE DECLARAR INCONSTITUCIONAL UN TRATADO INTERNACIONAL COMO SE HACE CON CUALQUIER OTRA NORMA DE “RANGO LEGAL”?

Jorge Loayza Juárez¹

RESUMEN:

Cuando se celebra un tratado internacional se debe considerar que lo hacemos bajo el imperio del derecho internacional. En este sentido, los tratados no pueden depender para su validez de lo que se disponga en alguna sentencia interna, pues es necesario contar con la voluntad de las partes o estar inmerso en alguna causal de nulidad, terminación o suspensión para que el tratado carezca de validez, deje de existir, o se suspenda su aplicación por un tiempo. Siempre considerando dos principios fundamentales: pacta sunt servanda y primacía del derecho internacional frente al derecho interno.

De modo que, hay que resaltar que el Tribunal Constitucional no puede avocarse a declarar un tratado internacional inconstitucional con los mismos efectos que lo hace con otras normas de rango legal; porque declarar que un tratado pierde sus efectos jurídicos o que es retirado del sistema jurídico interno es modificar las relaciones internacionales y la política exterior, funciones de las que carece de competencia, pues están reservadas al Presidente. En este sentido, pretendemos ciertas modificaciones constitucionales, y en todo caso se le propone al Tribunal Constitucional una fórmula para que su sentencia no viole el derecho internacional evitando así la responsabilidad internacional del Estado.

PALABRAS CLAVES:

Acción de inconstitucionalidad.- Norma de rango legal.- Control jurídico internacional.- Nulidad.- Terminación.- Pacta sunt servanda.- Derecho interno.- Tratado.-

SUMARIO:

I.- Introducción.- II.- El control constitucional de las normas con rango de ley.- III.- El control constitucional de los tratados internacionales.- IV.- La desvinculación del tratado conforme al derecho internacional.- V.- Propuesta de sentencia que declara

¹Abogado internacionalista de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, titulado con tesis con la distinción magna cum laude, y especialista en el Derecho de los Tratados. Tutor en la Maestría en Diplomacia y Relaciones Internacionales, con Mención en Derecho de los Tratados; así como en el Curso Superior y en el Curso de Altos Estudios, en la Academia Diplomática del Perú. Contacto: jel_juarez@yahoo.es

inconstitucional un tratado sin que se violente el derecho interno, ni el derecho internacional.- VI.- Conclusiones.-

I.- Introducción.-

El presente trabajo busca aportar una solución respecto a los alcances y efectos que puede contener aquella sentencia del Tribunal Constitucional que declara inconstitucional un tratado internacional.

Este tema es importante toda vez que cuando un Estado se relaciona con sus pares celebrando tratados internacionales, lo hace conforme a un derecho distinto al interno de alguno de ellos, es decir, distinto al que se impone en el sistema jurídico interno de un Estado cuando se regulan sus relaciones internas. Nos referimos a que los Estados se relacionan convencionalmente sometiéndose al imperio del derecho internacional, que funciona como un marco general y distinto a cualquier derecho interno de los Estados, y que hace posible crear relaciones jurídicas válidas entre los distintos sujetos de derecho internacional.

En este sentido, nos centramos en la problemática dispuesta en la Constitución vigente respecto a que se ha facultado al Tribunal Constitucional declarar mediante sentencia la inconstitucionalidad de un tratado, tal y como lo hace con otras normas que tienen rango legal; teniendo como finalidad notoria derogar a la norma sobre la cual recae, es decir, retirarla del sistema jurídico interno sin que pueda ser aplicada por ningún operador jurídico a partir del momento en que se publica dicha sentencia. Sin embargo, este efecto de la declaración de inconstitucionalidad sobre un tratado puede dañar las relaciones internacionales en general del Estado con sus similares, pues violenta las normas del derecho internacional creando condiciones negativas para que el Estado incurra en responsabilidad internacional.

Razón por la cual hemos creído conveniente alcanzar una propuesta acerca de lo que podría contener una sentencia que declara inconstitucional un tratado de forma tal que permita al Estado respetar su Carta Magna y a su vez observar las normas del derecho internacional bajo las cuales el tratado es concebido.

II.- El control constitucional de las normas con rango de ley.-

La Constitución de 1993 reconoce la potestad del *judicial review* o control difuso de la Constitución puesto que “en todo proceso de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera”, ello conforme al artículo 138 in fine de la Constitución. Por otro lado, el Tribunal Constitucional “goza de un rol prevalente sobre el Poder Judicial, en tanto subordina las resoluciones judiciales a sus decisiones en materia de garantías

constitucionales y, en consecuencia, de aplicación de la Constitución”², ello a través del control concentrado, *ad hoc*, que realiza³.

La acción constitucional es aquella garantía por la cual un órgano especializado se encarga de velar por el respeto a lo establecido en la Constitución⁴; en este sentido, cuando una norma con rango legal es impugnada con este recurso, el Tribunal Constitucional tiene dos notorias opciones: a) expulsa a la norma constitucional del sistema jurídico, o b) la interpreta de modo tal que no afecte o vulnere ninguna norma constitucional. Como ha dispuesto el Tribunal:

“El objeto de la acción de inconstitucionalidad es efectuar la valoración de una ley o norma con rango de ley de conformidad con la Constitución, ya sea por la forma o por el fondo. Se trata, pues, de un juicio abstracto de constitucionalidad de la norma, en el cual, debido a su propia naturaleza, no se faculta al Tribunal Constitucional a evaluar las afectaciones subjetivas derivadas de la supuesta aplicación de la norma inconstitucional, sino, única y exclusivamente, a cumplir la función de eficacia integradora de la unidad constitucional, sea mediante la expulsión de la norma inconstitucional del sistema jurídico o a través de la interpretación de conformidad constitucional, cuando sea el caso”⁵.

La finalidad del control constitucional de la ley o de las “normas con rango legal” es “el examen de constitucionalidad del texto legal sometido a jurisdicción constitucional –función de valoración-, pero el efecto más notorio de dicho proceso es la eliminación de la norma incoada por inconstitucional –función pacificadora- del ordenamiento jurídico; decisión que tiene efectos vinculantes para todos los aplicadores –públicos y privados- de las normas jurídicas –función ordenadora”⁶. Ello en razón que se le reconoce al Tribunal ser el encargado de resolver en instancia única la acción de inconstitucionalidad.

Nuestra Constitución ha recogido el control constitucional a *posteriori*, puesto que dispone que las normas legales sólo puedan ser incoadas por inconstitucionales una vez que hayan entrado en vigencia, es decir, al día siguiente de su publicación o cuando la norma lo disponga considerando el *vacatio legis*. Lo dispuesto en el artículo 200. 4 de la Constitución significa una revisión posterior de

² César Landa Arroyo, Teoría del Derecho Procesal Constitucional, (Lima: Palestra, 2003), p. 85.

³ El Título V de la Constitución ha optado de forma clara el control ad hoc de constitucionalidad, o modelo europeo, o de justicia constitucional concentrada, “con todo lo que implica su génesis, historia, desarrollo, evolución y alcances”. Cf., Aníbal Quiroga León, “La Recepción Española de la Judicial Review Americana: La Cuestión de Inconstitucionalidad”, Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP, nº 56, dic. 2003, p. 425.

⁴ El Tribunal Constitucional es un comisionado del poder constituyente, quien le ha encargado velar por el sostenimiento y aseguramiento de la Constitución, “tanto para su garantía y protección, como para su desarrollo y adaptación a lo largo del tiempo”. Vid., Luis Castillo Córdova, “El Carácter Normativo Fundamental de la Constitución Peruana”, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, t. II, 12º año, 2006, p. 899.

⁵ Exp. 0003-2004-AI/TC, del 22/03/2004, fundamento jurídico 1.

⁶ J. Jiménez Campo; citado en Landa Arroyo, op. cit., p. 91.

la constitucionalidad de la norma, tanto en el fondo como en la forma, de modo que:

“Como se sabe, el inciso 4 del artículo 200º de la Constitución establece que la declaración de inconstitucionalidad de una ley puede originarse en una violación a ella, ya sea por la forma o por el fondo. Y si bien allí no se alude a una transgresión de orden competencial, como fundamento para declararse la inconstitucionalidad de una ley o norma con rango de ley, inmediatamente ha de repararse que esta se encuentra comprendida dentro de los vicios de forma o de fondo, según sea el caso”.⁷

Además, los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad de una norma legal se extienden a todos, *erga omnes*, y para el futuro, *ex nunc*⁸ o *pro futuro*⁹ y no tiene efectos retroactivos, *ex tunc*, salvo ciertas excepciones¹⁰. Por lo que al día siguiente de la publicación de la sentencia, la norma con rango legal impugnada queda sin efecto; además, la sentencia de inconstitucionalidad debe producir como consecuencia lógica un fallo de nulidad.¹¹

Las sentencias del Tribunal Constitucional tienen la autoridad de cosa juzgada, vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales desde el día siguiente a su publicación. Por ello se dice que estas sentencias gozan de una triple identidad: fuerza de ley, cosa juzgada y efecto vinculante para terceros¹².

Fuerza de ley en el sentido que se rompe el principio positivista por el cual sólo una ley deroga a otra ley, por cuanto también es derogada mediante sentencia que declara su inconstitucionalidad; es decir, un tratado al ser declarado inconstitucional estaría siendo derogado por sentencia¹³, puesto que las sentencias del Tribunal “tienen rango de ley”¹⁴.

7 “Así, por ejemplo, si una materia sujeta a reserva de ley orgánica fuese aprobada por una simple ley “ordinaria”, ésta podría ser declarada inconstitucional por adolecer de un vicio de forma, es decir, por no haber sido aprobada siguiéndose el procedimiento que la Constitución establece para la aprobación de leyes orgánicas (art. 106º). Y, del mismo modo, podría igualmente declararse su inconstitucionalidad material, pues la ley hipotética en cuestión habría regulado una materia para la cual no tenía constitucionalmente competencia”. Cf., Exp. 0017-2003-AI/TC, de 31/08/2004, fundamento jurídico 82.

8 Vid., Francisco Eguiguren Praeli, “Aplicación de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos en la Jurisprudencia Constitucional Peruana”, *Ius et Praxis*, Chile, 2003, vol., 9, nº 1, p. 160.

9 De modo que los efectos que ha producido la norma inconstitucional hasta que se anula la misma se consideran válidos en principio. Vid., Allan R. Brewer-Carías, “Aspectos de la Acción de Inconstitucionalidad en el Perú y Venezuela”, en: José Palomino Manchego (Coordinador), *El Derecho Procesal Constitucional Peruano*, t. I., (Lima: Grijley, 2005), p. 772.

10 La excepción a la regla se da cuando de forma benigna favorecen al reo, como señala el artículo 103 de la Constitución; y por violación al artículo 74 de la Constitución, respecto del régimen tributario, por el cual el Tribunal determina los efectos de su decisión en el tiempo. Asimismo, los efectos de la sentencia no anulan todos los actos y consecuencias jurídicas producidas por la norma de rango legal antes de que sea declarada inconstitucional; salvo cuando se haya afectado derechos fundamentales que garantiza la Constitución.

11 Landa Arroyo, op. cit., p. 99. Considerando que “mientras la anulación no se produzca, el juez ordinario sigue estando sujeto sólo a la ley, que interpreta con libertad”.

12 Exp. 0058-2005-AA, del 04/03/05, S1, FJ. 5.

13 Ello vendría en violatorio del derecho internacional, específicamente el derecho de los tratados que dispone las normas por las cuales un tratado deja de ser obligatorio para los Estados.

14 Cf., Exp. 00047-2004-AI, de 24/04/06, P, FJ. 34.

Es más, se sostiene que, “[...], las sentencias recaídas en los procesos de inconstitucionalidad que dicta tienen fuerza de ley, superando incluso el poder de la derogación, pues, a diferencia de esta, la sentencia estimatoria en un proceso de inconstitucionalidad “anula por completo la capacidad regulativa de las normas declaradas inconstitucionales” (...). De ahí que el artículo 103 de la Constitución disponga: “[...] La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad” (...)”¹⁵.

Como vemos, la fuerza de la ley de esta sentencia goza de un doble carácter: a) fuerza pasiva, puesto que en principio no puede ser revocada por otra sentencia judicial o derogada por otra norma legal, salvo por sentencia del mismo tribunal; y b) fuerza activa, en tanto deja sin efecto a la norma legal que haya sido declarada inconstitucional y a todas las demás que se opongan a la sentencia¹⁶.

Esta sentencia además tiene el carácter de cosa juzgada, ello basado en el precepto por el cual constitucionalmente se le otorga la eficacia derogatoria que tiene una ley sobre otra. Además, en mérito del artículo 139.2 de la Constitución, dicho fallo constitucional no puede ser contradicho por razón procesal de forma (cosa juzgada formal), o por razón sustantiva del fallo (cosa juzgada material), en sede judicial ordinaria o especial, ni modificarse por una nueva ley del Congreso o del Poder Ejecutivo.

Es decir, “la calidad de cosa juzgada de una sentencia del Tribunal Constitucional no solo impide que su fallo sea contradicho en sede administrativa o judicial, sino que prohíbe, además, que sus términos sean tergiversados o interpretados maliciosamente, bajo sanción de los funcionarios encargados de cumplir o ejecutar las sentencias en sus propios términos”¹⁷.

Esta sentencia vincula a terceros; es así que el artículo 82 del Código Procesal Constitucional dispone que las sentencias del Tribunal Constitucional en los procesos de inconstitucionalidad que quedan firmes tienen la autoridad de cosa juzgada, por lo que vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales desde el día siguiente su publicación, la misma autoridad tiene el auto que declara improcedente la demanda por el fondo.

La aplicación vinculante a los poderes públicos que hace referencia los artículos 81 y 82 del Código Procesal Constitucional, se refieren a que el carácter de cosa juzgada tiene efectos obligatorios que se derivan del carácter general que produce los efectos derogatorios de la sentencia; en efecto, como lo señala el artículo 204 de la Constitución, la sentencia que declara inconstitucional una norma con rango legal surte sus efectos al día siguiente de su publicación en el diario oficial. Esta sentencia no sólo es exigible a las partes del proceso, sino de modo general a todos los órganos constitucionales y para todos los casos futuros, no sólo por lo dispuesto en el fallo de la sentencia, sino también en los fundamentos y consideraciones de la misma; siendo el Tribunal Constitucional el

15 Cf., Exp. 01907-2003-AA, de 27/01/05, S1, FJ. 20.

16 Landa Arroyo, op. cit., pp. 105-106.

17 Exp. 00012-2005-AI, de 26/09/05, P, FJ. 32.

único que no queda vinculado a su sentencia sobre la inconstitucionalidad de una norma de rango legal¹⁸.

Entonces, la sentencia de inconstitucionalidad que recae sobre una norma con rango legal, supone que ésta deja de ser válida, deja de tener efecto, además de volverse ineficaz. Es decir la norma es derogada de modo directo por este Tribunal que actúa como un Legislador Negativo¹⁹, teniendo esta “facultad como organismo constitucional de cooperación en la formación del ordenamiento jurídico”.

La norma ingresa al sistema con la presunción *iuris tantum* de constitucionalidad, pero cuando se realiza la tarea de subsunción entre la norma constitucional y la norma legal dubitable, se prefiere la Constitución y se deroga la norma, en un proceso por el cual se “extirpa por vía quirúrgica” del sistema jurídico esta norma para evitar los efectos patológicos que se pueden desarrollar. Asimismo, como en toda derogación no se restablece la norma derogada²⁰.

Esta tarea la realiza el Tribunal Constitucional en virtud de que es el guardián y supremo intérprete de la Constitución²¹; de modo que en su labor interpretativa debe proteger los derechos fundamentales como norma parámetro y labor jurídico-política de la justicia constitucional²².

III.- El control constitucional de los tratados internacionales

Los tratados son sometidos a control constitucional²³; en este sentido, el tratado es un cuerpo normativo sobre el cual recae la acción de inconstitucionalidad con todos los efectos antes mencionados. La Constitución de 1993 ha previsto la procedencia de esta acción contra los tratados en forma general, tal y como debe funcionar para las demás normas con “rango de ley”. Al respecto, la Constitución dispone:

Artículo 200.- Acciones de Garantía Constitucional

“Son garantías constitucionales:

(...)

4. La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia,

¹⁸ De forma particular, los jueces y los tribunales ordinarios y demás autoridades administrativas están sometidos a la jurisprudencia del Tribunal tanto si se declara la inconstitucionalidad de una norma legal, como si ha sido desestimada la demanda; esto conforme a la Primera Disposición Final de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Por otro lado, hay que tener presente que, una nueva norma legal fundada en el mismo precepto constitucional no sería inconstitucional si la interpretación que se hace de la ley y de la norma constitucional se fundamentan en nuevos elementos de juicio, derivados del cambio de las circunstancias sociales, políticas o económicas que deben y pueden ser materia de evaluación por parte del Tribunal. Vid, Landa Arroyo, op. cit., p. 107.

¹⁹ Hans Kelsen, citado en Aníbal Quiroga León, op. cit., p. 431

²⁰ Quiroga León, ibíd, p. 432-433.

²¹ En el artículo 1 del proyecto de LOTC se definía a esta interpretación como “suprema”, al respecto cf., Quiroga León, op. cit., p. 427.

²² Peter Häberle, La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional, (Lima: PUCP-MDC, 1997), pp. 55- 56.

²³ El control de la constitucionalidad de las leyes no es antigua en el Perú, así recién desde la Constitución de 1979 se posibilitó el control concentrado y el control difuso, los mismos que fueron reiterados en la Constitución de 1993. Además, recién con la Constitución vigente es posible declarar inconstitucional un tratado.

tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo”.

Siendo exegéticos al analizar este artículo, se dispone de forma genérica la procedencia de la acción de inconstitucionalidad sobre aquellas normas con rango legal, entre las que incluye de forma expresa a los tratados, lo que da la impresión que éstos, como regla general, tienen la misma jerarquía que las leyes²⁴.

Hay quienes sostienen que una norma no debe ser considerada con rango legal sólo por el hecho de que frente a ella pueda interponerse una acción de inconstitucionalidad, de modo que “esto no convierte a los tratados aprobados por el Presidente en normas de rango de ley, como tampoco lo tienen las ordenanzas, que a su vez son impugnadas por la misma acción”²⁵; además, se señala que los tratados aprobados con el procedimiento de reforma constitucional no pueden ser impugnados por acción de inconstitucionalidad²⁶, conforme el segundo párrafo del artículo 57 de la Constitución.

Dentro de este análisis, hay que tener en cuenta que de optar por la teoría legal de los tratados, de haber colisión entre el tratado y las distintas normas con rango legal, no se podrá resolver dicho “conflicto” por el principio de jerarquía, sino por los principios: *lex specialis derogat legi generali* y de *lex posterior derogat priori*. Principios aplicables a normas de mismo rango.

Asimismo, hay que observar que una ley que es opuesta al derecho internacional sólo tiene efectos provisorios, ya que el Estado perjudicado puede exigir la derogación o al menos la no aplicación de esa ley, y el otro Estado debe satisfacer dicha demanda. Con lo que el procedimiento legislativo de un Estado puede quedar sometido a un control que bien podría llamarse control jurídico-internacional. Asimismo, agotada la jurisdicción interna, quien se considera lesionado en los derechos que la Constitución reconoce, puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados de los que se es parte²⁷; lo que revela que el sistema jurídico internacional está por encima del interno, puesto que, el litigio internacional es la última palabra, y donde además, el derecho internacional²⁸ triunfa sin excepción sobre cualquier derecho interno que se le oponga. Entonces, el derecho estatal tiene plena libertad siempre y cuando se mueva dentro de los parámetros establecidos por el derecho internacional²⁸, de lo contrario esta libertad será simplemente provisorio.

²⁴ Sostenemos que de forma especial los tratados de derechos humanos según la propia Constitución pueden tener otro tratamiento toda vez que sean interpretados conforme al artículo 3 y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993.

²⁵ Marcial Rubio Correa, *Estudio de la Constitución Política de 1993*, t. 3., (Lima: PUCP - DESA, 1999), pp. 160-161.

²⁶ Enrique Bernal Ballesteros, *La Constitución de 1993, Análisis Comparado*, 5ta ed., (Lima: RAO, 1999), p. 829.

²⁷ Conforme al artículo 205 de la Constitución (que reproduce lo establecido en el artículo 305 de la Constitución de 1979). Asimismo, en base a este artículo se puede hacer una interpretación de superioridad de los tratados frente a la ley, vid., Francisco Eguiguren Praeli, *op. cit.*, p. 160.

²⁸ Alfred Verdross, *Derecho Internacional Público*, (Madrid: Biblioteca Aguilar, 1982), p. 96.

César Landa Arroyo, “Jerarquía de los Tratados Internacionales en la Constitución del Perú de 1993”, *Revista Jurídica del Perú* (Trujillo), nº 16, jul-sept. 1998, pp. 13-14.

Por otro lado, existe una dificultad manifiesta en la Constitución cuando dispone que un decreto supremo que aprueba un tratado es susceptible de ser demandado en un proceso de acción popular por contravenir a la Constitución o la ley, conforme al artículo 200. 5 de la Carta Magna y del artículo 76 del Código Procesal Constitucional; sin embargo, hay que considerar que los tratados están sometidos a la acción de inconstitucionalidad conforme al artículo 200. 4 de la Constitución y el artículo 77 del Código antes citado. Al respecto cabe preguntarnos ¿es posible plantear una acción popular contra un decreto supremo o una acción de inconstitucionalidad contra una resolución legislativa con la finalidad que el Tribunal Constitucional se pronuncie para derogar al tratado?, creemos que no es posible, toda vez que se debe respetar la vía del artículo 200.4 de la Constitución como norma especial por la cual procede directamente la acción de inconstitucionalidad sobre un tratado.

El artículo 200.4 de la Constitución reconoce a los tratados como pasibles de ser objeto de control constitucional directo ante el Tribunal Constitucional; sean tratados complejos o simplificados, no importando cual sea la norma con que se aprueba el tratado, ni la materia que regula²⁹ pues la acción procede contra el tratado a secas. Asimismo, conforme al artículo 100 del Código Procesal Constitucional el plazo para interponer demanda de inconstitucionalidad contra los tratados es de seis meses contados a partir de su publicación; también, conforme al artículo 103 es inadmisibile si no cumple con alguno de los requisitos de forma, y según el artículo 104 es improcedente si se ha interpuesto vencido el plazo de prescripción, o cuando se ha desestimado anteriormente la demanda por razones de fondo substancialmente iguales a la pretensión, o cuando carece de competencia.

Como los tratados ratificados y en vigor forman parte del derecho nacional, el control constitucional que se realice es “para saber si (esta norma) es conforme por el fondo o por la forma, no sólo con la Constitución sino también con la Convención Americana de Derechos Humanos³⁰, que forma parte del llamado bloque de constitucionalidad³¹, por tener fuerza normativa constitucional”³². Este mismo criterio ha sido seguido por el Tribunal Constitucional Español, que en buena cuenta ha afirmado que “la Constitución se inserta en un contexto internacional en materia de derechos fundamentales y libertades públicas, por lo que hay que interpretar sus normas de esta materia de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre la mencionada materia ratificados por España”³³.

²⁹ César Landa Arroyo, “Jerarquía de los Tratados Internacionales en la Constitución del Perú de 1993”, Revista Jurídica del Perú (Trujillo), nº 16, jul-sept. 1998, pp. 13-14.

³⁰ La Convención Americana de Derechos Humanos entró en vigor en 1978 luego de recibir el depósito del instrumento de ratificación número once, como lo establecía su artículo 74.2; además, es vigente para el Perú desde el 21 de enero de 1981.

³¹ El ampliado parámetro o bloque de la constitucionalidad, permite evaluar la constitucionalidad de una norma, lo que es de especial significado, puesto que faculta el uso -que ya se ha dado- de las normas y decisiones internacionales sobre derechos humanos. Vid., Luís Huerta Guerrero, “El Proceso de Inconstitucionalidad en el Perú”, en: José Palomino Manchego (Coord.), Derecho Procesal Constitucional Peruano, t. II, (Lima: Grijley, 2005), p. 884.

³² César Landa Arroyo op. cit., p. 7

³³ Antonio E. Pérez Luño, citado en Landa Arroyo, op. cit., p. 8.

En este sentido, pareciera que conforme con nuestra Constitución, el Tribunal Constitucional puede declarar la inconstitucionalidad de un tratado, es decir, derogarlo porque es contrario a la Constitución y/o porque es contrario a algún cuerpo normativo del “bloque de la constitucionalidad”. El óbice jurídico es que un fallo de esta forma sería contrario y discordante con el derecho internacional, pues un tratado está regido por el derecho internacional, por lo que no puede ser “derogado” sino conforme al propio tratado y supletoriamente la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados de 1969³⁴. Es decir, si se declarase inconstitucional un tratado, dicha declaración del máximo intérprete constitucional servirá para alegar alguna causal de nulidad o terminación del tratado conforme al derecho internacional, muy posiblemente en sede judicial internacional de haber objeción de alguna de las otras partes del tratado³⁵.

Cabe acotar que entramos a una cuestión delicada, puesto que la Constitución es la expresión de la voluntad soberana del pueblo manifestada a través del Poder Constituyente por lo que estamos de acuerdo que un eventual conflicto no debería resolverse necesariamente en términos de jerarquía, sino buscando soluciones fundadas en el principio de coherencia que debe regir la actividad interior y exterior del Estado³⁶. Ello inclusive ya que, el propio derecho internacional ha previsto el mecanismo de las reservas y de las declaraciones interpretativas antes que el Estado se obligue por el tratado para evitar situaciones de conflicto con el derecho interno³⁷.

IV.- La desvinculación del tratado conforme al derecho internacional.

El instrumento internacional vigente más completo que recoge las normas consuetudinarias del derecho de los tratados es la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. La parte V de esta Convención constituye el aspecto más significativo de la codificación y desarrollo progresivo de la materia; se afirma que ha sido la parte más trabajosa, debatida e innovadora de la Convención por el aspecto técnico jurídico que conlleva estas materias. Esta regulación ha permitido que exista una mayor seguridad jurídica incluso para los sujetos que no son partes de la Convención³⁸, es por ello que se señala con acierto que “la autoridad que reviste la Convención como derecho, aún para los Estados

³⁴ En general al tratado lo regula el derecho internacional, cuya rama especializada es el derecho de los tratados. En este sentido, el tratado debe ser analizado conforme a las fuentes del derecho internacional aplicables.

³⁵ Vid., Fernando Mariño Menéndez, *Derecho Internacional Público - Parte General*, 2da ed. (Madrid: Trotta, 1995), p. 331-332.

³⁶ Manuel Díez de Velasco, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 11ma ed., (Madrid: Tecnos, 1997), p. 197.

³⁷ La reserva significa “una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado o por una organización internacional al firmar, ratificar, confirmar formalmente, aceptar o aprobar un tratado o adherirse a él, con el objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado o a esa organización”. Vid., Paul Reuter, *Introducción al Derecho de los Tratados*, (México: FCE, 1999), p. 98; asimismo, esta institución jurídica está regulada en los artículos 19 al 23 de la Convención de Viena de 1969.

³⁸ José Antonio Pastor Ridruejo, *Curso de Derecho Internacional Público y Organismos Internacionales*, 9na ed., (Madrid: Tecnos, 2003), p. 121.

que no son signantes de ella, deriva de que es generalmente aceptada como declaratoria del derecho internacional consuetudinario vigente”³⁹.

Este valioso instrumento dedica toda la Parte V a la regulación de la nulidad, la terminación y la suspensión de la aplicación de los tratados. Por las dos primeras instituciones las partes se desvinculan jurídicamente del tratado, mientras que por la última sólo se suspende la aplicación del tratado por un tiempo.

A continuación conoceremos, grosso modo, a la nulidad y a la terminación como únicas instituciones jurídicas reconocidas en el derecho de los tratados para que una o más partes se desvinculen del tratado válidamente, conforme a las causales que están taxativamente especificadas, *numerus clausus*⁴⁰ en la Convención. Hay que considerar que la figura jurídica de la nulidad y la terminación no merman la principal obligación del tratado que es la de garantizar su estabilidad mediante el cumplimiento del *pacta sunt servanda*, ello inclusive se puede notar en la figura de la *aquiescencia* que desactiva varias causas de nulidad o terminación del tratado; además que por medio de la divisibilidad se limitan ciertos efectos que buscan terminar con el tratado en su conjunto.

En la nulidad⁴¹ existe un vicio en el tratado que lo priva de sus efectos en razón de una causa originaria. En este sentido se puede alegar la nulidad cuando existe violaciones al derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados, es decir, el Estado puede alegar que la celebración del tratado adolece de vicio de su voluntad en ser parte de la misma, si existe una violación que sea manifiesta y afecte a una norma fundamental de su derecho interno.

También, la inobservancia de una restricción específica de los poderes para manifestar el consentimiento de un Estado es causal de nulidad, es decir, se podrá alegar la existencia de vicio del consentimiento si la restricción ha sido notificada, con anterioridad a la manifestación de ese consentimiento, a los demás Estados negociadores. Contrario sensu, no puede ser alegada.

El error de hecho puede ser alegado como vicio de consentimiento en obligarse por el tratado, siempre que el error se refiere a un hecho o a una situación cuya existencia diera por supuesta el Estado en el momento de la celebración del tratado y constituyera la base esencial de su consentimiento en obligarse por el tratado⁴². Esto no se aplica si el Estado de que se trate contribuyó

³⁹ Thomas Buergenthal et al., *Manual de Derecho Internacional Público*, (México: FCE, 1994), p. 78-79. Además, sostiene el autor que “Estados Unidos aún no es miembro de ella; sin embargo dicho país comparte la opinión de que las disposiciones sustantivas de la Convención enuncian el derecho internacional válido en la materia. Ver *Restatement (Revised)* parte III, Nota Introductoria I”.

⁴⁰ Las causas de nulidad están reguladas en la Convención de Viena como *numerus clausus*, así, el párrafo 1 del artículo 42 de la Convención dispone: “la validez de un tratado o del consentimiento de un Estado en obligarse por el tratado no podrá ser impugnada sino mediante la aplicación de la presente Convención”.

⁴¹ En este sentido, si bien algunas normas que enuncian de forma general las causas de nulidad pueden ser consideradas declarativas, su precisa positivización, y que las partes se sometan a la verificación de estas causas resulta innovador y un gran avance en derecho. Es por esta razón que se ha tenido que esperar la tranquila y pausada voluntad de los Estados para hacerse parte del Tratado, con las reservas y declaraciones interpretativas de muchos Estados precisamente a estas cláusulas.

⁴² El error debe ser de tal naturaleza que sin él la parte afectada no habría celebrado el tratado. Vid., Mc Nair, citado en Hugo Llanos Mansilla, *Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público*, T. I., (Santiago de Chile: Editorial Jurídica, 1983), p. 234.

con su conducta al error o si las circunstancias fueron tales que hubiera quedado advertido de la posibilidad de error. Además, el error que sea sólo de redacción del texto de un tratado no afectará su validez.

El dolo es causa de nulidad por cuanto vicia el consentimiento, asimismo, supone que quien lo alega ha manifestado su consentimiento inducido por el comportamiento engañoso o fraudulento de otro negociador. Entonces se manifiesta el consentimiento por error, pero incitado fraudulentamente por otro⁴³.

La corrupción del representante de un Estado también puede ser alegada como causal de nulidad del tratado, ello ocurre cuando la manifestación del consentimiento en obligarse por un tratado haya sido obtenida mediante la corrupción de su representante, efectuada directa o indirectamente por otro Estado negociador, hay que resaltar que no es suficiente probar que un representante ha sido corrompido si no se puede imputar este hecho a algún Estado⁴⁴. Se excluye de esta figura cualquier favor de cortesía con motivo de la celebración del tratado.

La coacción sobre el representante de un Estado, es aquella causal de nulidad por la cual la manifestación del consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado está viciada puesto que el representante ha sufrido coacción que puede ser traducida en ciertos actos o amenazas dirigidas contra él o sus parientes cercanos⁴⁵.

Asimismo, se sanciona con nulidad la coacción sobre un Estado por la amenaza o el uso de la fuerza, es decir, es nulo todo tratado cuya celebración se haya obtenido a través de la amenaza o el uso de la fuerza en violación de los principios de derecho internacional incorporados en la Carta de las Naciones Unidas. Debemos considerar que si bien en el derecho internacional clásico la guerra estaba permitida como forma suprema de auto tutela jurídica, en el derecho internacional contemporáneo, y de acuerdo al artículo 2. 4 de la Carta de Naciones Unidas⁴⁶, se prohíbe el recurso y la amenaza de la fuerza contra la independencia política o integridad territorial de cualquier Estado, esto justifica la nulidad de los tratados seguidos por tal medio.

La última causal de nulidad, prevista en la Convención de Viena, es cuando exista incompatibilidad con una norma imperativa de *ius cogens* internacional, esto significa que es nulo todo tratado que en el momento de su celebración esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general, o cuando

⁴³ Antonio Remiro Brotóns et al., *Derecho Internacional*, (Madrid: Mc Graw-Hill, 1997), op, cit., p. 277.

⁴⁴ Remiro Brotóns et al., op, cit., p. 277.

⁴⁵ Paul Reuter, op. cit., p. 208. Como ejemplo tenemos el caso del presidente Hacha de Checoslovaquia, que en marzo 1939, con el fin de hacerlo aceptar el fin de la independencia de su país, la Alemania del Tercer Reich, lo castigó físicamente para que firmase el acuerdo de Munich, cediendo los Sudetes; asimismo, pudo ser el caso del Presidente del Perú, Francisco García Calderón, quien padeció como prisionero las presiones chilenas, para que firmase el tratado que cedería territorios peruanos a Chile. Vid., Luis Solari, *Derecho Internacional Público*, (Lima: Studium, 2004), p. 56.

⁴⁶ Artículo 2. 4 de la Carta de Naciones Unidas: "Los miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas".

posteriormente a su celebración surja esta norma imperativa. La norma imperativa es aquella 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 que tenga el mismo carácter.

Respecto a las consecuencias de la nulidad de un tratado, el artículo 69 de la Convención de Viena de 1969 establece que “las disposiciones de un tratado nulo carecen de fuerza jurídica” este efecto invalidante tiene lugar ab initio⁴⁷; así también, todo Estado parte puede exigir de otro que en sus relaciones mutuas se establezca de ser posible, la situación que hubiese existido de no haberse ejecutado ciertos actos del tratado, volver en lo posible al statu quo ante; considerando a su vez que, los actos ejecutados de buena fe antes de alegarse la nulidad no resultan en ilícitos por el mero hecho de aquella.

En los supuestos de dolo, corrupción, y coacción sobre el representante del Estado o sobre el Estado, la parte a la que le sean imputables los actos que han viciado el consentimiento no puede exigir el restablecimiento de la situación anterior al tratado. Además, en un acuerdo multilateral, las disposiciones en cuestión se aplicarán sólo a las relaciones entre el Estado cuyo consentimiento está viciado y los demás Estados partes. En cuanto a los tratados que estén en oposición a una norma imperativa de derecho internacional, se impone además, la obligación de eliminar en lo posible las consecuencias de todo acto ejecutado de acuerdo al tratado, así como de ajustar sus relaciones mutuas a la norma de ius cogens⁴⁸.

Asimismo, un tratado no puede ser declarado nulo unilateralmente por un Estado parte, cuando se alega la nulidad se debe comunicar la pretensión a las demás partes, y de haber alguna objeción se da inicio a una solución pacífica de controversias. En este sentido, la Convención de Viena, en aras de la seguridad jurídica, subordina la aceptación de las disposiciones sustantivas de la parte V de la Convención, sobre nulidad, terminación y suspensión de los tratados a la instauración de un mecanismo adecuado de arreglos de diferencias⁴⁹.

La otra institución por la cual las partes se desvinculan válidamente de un tratado es la terminación, en este caso se podrá alegar la terminación de un tratado de conformidad con alguna causal que le ponga fin a su tiempo de vida. Esta institución está desarrollada en la Sección 3, de la Parte V de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. Cabe señalar que, la jurisprudencia internacional ha sostenido que “las normas de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados relativas a la terminación de un tratado violado (...) pueden, a muchos efectos, ser considerados como una codificación del derecho consuetudinario existente en ese ámbito”⁵⁰.

⁴⁷ Salvo en el caso de las normas ius cogens superveniens.

⁴⁸ Pastor Ridruejo, *ibid.*, pp. 124-125.

⁴⁹ Conforme a los artículos 65. 3 y 66 de la Convención de Viena de 1969.

⁵⁰ Cf., Opinión Consultiva sobre el Status Internacional del Sudoeste Africano, Namibia, del 21 de junio de 1971, CIJ., Rec. 1971, párr. 45, p. 47; similar afirmación se aprecia en la sentencia “Asunto de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua”, del 27 de junio de 1986, CIJ., Rec. 1986, párr. nº 178.

La primera causal de terminación la encontramos en la voluntad de las partes, es decir, éstas pueden acordar que la terminación de un tratado o el retiro de una parte podrá tener lugar conforme a las disposiciones del tratado, o cuando se convenga en cualquier momento con el consentimiento de todas las partes y después de consultar a los demás Estados contratantes. Ahora cuando un tratado no prevé disposiciones acerca de la terminación, no podrá ser objeto de denuncia o de retiro, a menos que conste que fue intención de las partes admitir la posibilidad de denuncia o de retiro; o cuando pueda inferirse de la naturaleza del tratado⁵¹. Cabe acotar que existe terminación si ha concluido el plazo de vigencia del tratado, también si se produce la condición resolutoria por la cual el tratado terminaría.

La celebración de otro tratado posterior sobre la misma materia entre todos los Estados partes es otra causal de terminación, por la que se considera que un tratado ha terminado si todas las partes en él celebran posteriormente otro tratado sobre la misma materia⁵². Es decir, terminará ya sea que se desprendiese del tratado posterior o conste de otro modo que ha sido intención de las partes que la materia se rija por ese nuevo tratado; o que las disposiciones del tratado posterior son hasta tal punto incompatibles con las del tratado anterior que los dos tratados no pueden aplicarse simultáneamente⁵³.

Otra causal es la violación grave de un tratado⁵⁴; en un tratado bilateral la violación grave por una de las partes facultará a la otra parte para alegarla como causa para dar por terminado el tratado; asimismo, en un tratado multilateral, una violación al tratado por una de las partes facultará a las otras partes, procediendo por acuerdo unánime, para suspender la aplicación del tratado total o parcialmente o darlo por terminado, sea en las relaciones entre ellas y el Estado autor de la violación, o entre todas las partes. Al respecto, debemos señalar que la terminación del tratado por violación grave no se aplicará a las disposiciones relativas a la protección de la persona humana contenidas en tratados de carácter humanitario, en particular a las disposiciones que prohíben toda forma de represalias respecto a las personas protegidas por tales tratados.

Por la imposibilidad subsiguiente de cumplimiento, una parte puede alegar la imposibilidad de cumplir un tratado para darlo por terminado o retirarse de él si esa imposibilidad resulta de la desaparición o destrucción definitivas de un objeto indispensable para el cumplimiento del tratado⁵⁵. Si la imposibilidad es temporal, podrá alegarse únicamente como causa para suspender la aplicación del tratado. Esta disposición es la aplicación del principio jurídico *ad impossibilia nemo*

⁵¹ Si el número de partes necesarias para poner en vigor un tratado disminuyere el tratado no termina automáticamente, salvo que el tratado disponga otra cosa, esto conforme al artículo 55 de la Convención.

⁵² Esta causal está inmersa en la causal anterior: la voluntad de las partes.

⁵³ Cabe agregar, que se considerará que la aplicación del tratado anterior ha quedado únicamente suspendida si se desprende del tratado posterior o consta de otro modo que tal ha sido la intención de las partes.

⁵⁴ Conforme al artículo 60. 3 de la Convención de Viena de 1969, constituye violación grave de un tratado los siguientes supuestos: a) Un rechazo del tratado no admitido por la Convención de Viena, o b) La violación de una disposición esencial para la consecución del objeto y fin del tratado.

⁵⁵ Ernesto De la Guardia, *Derecho de los Tratados Internacionales*, (Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 1997), pp. 309-310.

tenetur⁵⁶ y la Comisión de Derecho Internacional citó como hipótesis o ejemplos la inmersión de una isla, la desecación de un río, la destrucción de un dique o de una instalación hidroeléctrica importante para la ejecución del tratado⁵⁷. Pero, si la imposibilidad deriva de una violación del tratado o de otra obligación internacional por una parte respecto a otra, la parte imputable no podrá alegar la terminación del tratado⁵⁸; además, lo más razonable es sostener que los efectos de la terminación o suspensión del tratado se deben considerar desde que surge la imposibilidad efectiva de cumplir y no desde cuando se alega⁵⁹.

Se puede alegar el cambio fundamental de las circunstancias, o principio del *rebus sic stantibus*⁶⁰ para dar por terminado un tratado, es decir, esta causal de terminación es válida cuando deje de subsistir la misma situación o cuando se alteren las circunstancias originales. El artículo 62 de la Convención de Viena⁶¹, dispone que si un cambio fundamental de las circunstancias que motivó a las partes a aceptar un tratado, cambia radicalmente el alcance de las obligaciones impuestas por el mismo, la parte afectada por este hecho puede, según ciertas condiciones, alegar la terminación del tratado⁶².

La aparición de una nueva norma internacional de *ius cogens*, regulada en el artículo 64 de la Convención de Viena⁶³, es una causal de terminación del tratado por la cual al surgir una nueva norma imperativa de derecho internacional, todo tratado existente en oposición con esa norma es nulo y termina. Nos referimos al *ius cogens superveniens*, por lo que el tratado no será nulo ab initio, sino a partir de la aparición de la nueva norma⁶⁴. Como clásico ejemplo están los antiguos tratados sobre la trata de esclavos, cuya ejecución dejó de ser compatible con el derecho internacional y dejaron de aplicarse. Entonces, el objeto del tratado se convierte en ilícito internacional en razón de ser contrario al orden público internacional.

Otra causa de terminación es la “conducta de las partes de la que cabe inferir un consentimiento implícito en la terminación del tratado”⁶⁵, nos referimos

⁵⁶ “Nadie está obligado a realizar lo imposible”.

⁵⁷ Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1966, vol. II, p. 280.

⁵⁸ Pastor Ridruejo, op. cit., p. 127.

⁵⁹ Mariño Menéndez, op. cit., p. 329.

⁶⁰ “Estando así las cosas” cf., Germán Cisneros Farías, Diccionario de Frases y Aforismos Latinos, (México: UNAM, 2003), p. 106.

⁶¹ Del mismo modo esta norma es recogida en el artículo 62 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, del 21 de marzo de 1986.

⁶² Una clara idea sobre esta figura jurídica se apreció en el caso de La Jurisdicción de Pescadores o Fisheries Jurisdiction Case, UK vs. Iceland, en el cual la Corte señaló que: “El derecho internacional admite que un cambio fundamental de las circunstancias que determinaron a las partes a aceptar el tratado, si este tiene como resultado la transformación radical de la extensión de las obligaciones impuestas por éste, bajo ciertas circunstancias, le otorga a la parte afectada un fundamento para invocar la terminación o suspensión del tratado. Vid., CIJ, Reports, 1973, n.º 36, p. 18.

⁶³ La misma norma, con el mismo texto es recogido también en el artículo 62 de la Convención de Viena de 1986.

⁶⁴ Pastor Ridruejo, op. cit., p. 128.

⁶⁵ Pastor Ridruejo, *ibid.*, p. 129. Asimismo, *vid.*, Hugo Llanos Mansilla, Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público, (Santiago de Chile: Editorial Jurídica, 1983), p. 302. Cabe señalar que se discute si es que el simple

a la figura jurídica del desuetudo que no está prevista en la Convención de Viena. Aunque según el artículo 42. 2 de la Convención las causales de terminación son *numerus clausus*, el desuetudo es una causa operativa en virtud del derecho internacional general de naturaleza consuetudinaria, de modo que tal como sostiene el preámbulo de la Convención, las normas de este carácter “continuarán rigiendo las cuestiones no reguladas en las disposiciones de la presente Convención”⁶⁶.

La ruptura de relaciones diplomáticas o consulares, no es causa de terminación del tratado⁶⁷, pues no afecta a las relaciones jurídicas establecidas entre las partes por el tratado, excepto cuando la existencia de las mismas sea indispensable para la aplicación del tratado. Esta norma es acorde con el artículo 45 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961 que se refiere a los derechos y obligaciones de las partes ante la ruptura de las relaciones diplomáticas; asimismo, con el artículo 2, apartado 3 de la Convención de Viena de 1963 sobre Relaciones Consulares que dispone que “la ruptura de relaciones diplomáticas no entrañará, ipso facto, la ruptura de relaciones consulares”⁶⁸.

Las Consecuencias jurídicas de la terminación están reguladas en el artículo 70 de la Convención de Viena de 1969. Si bien la nulidad tiene efectos ab initio y reclama la reposición al *statu quo ante*, la terminación produce efectos menos severos, por cuanto exime a las partes seguir cumpliendo con el tratado desde el momento de la misma⁶⁹, no afectando ningún derecho, obligación o situación jurídica de las partes creadas en virtud del tratado mientras estuvo vigente⁷⁰. La terminación de los tratados es en la mayoría de los casos un hecho normal y previsto por las partes: precisamente por ello, el artículo 54 de la Convención respeta la voluntad de los Estados partes en esta materia.

Entonces, en la terminación las causas que la provocan aparecen con posterioridad a la conclusión del tratado; de ahí que sus efectos se producen *ex nunc*, es decir, a partir del momento en que dicha causa se considera relevante y no *ex tunc* como los de la nulidad⁷¹. Asimismo, al igual que en la nulidad, por regla general las causales de terminación sólo tienen lugar por las causas que de manera tasada establece la Convención⁷² en su artículo 42. 2, *numerus clausus*.

Si la causa de terminación del tratado se debe a una violación grave o al cambio fundamental de las circunstancias, se pierde el derecho a darlo por terminado o retirarse de él, si se ha convenido expresamente que el tratado

transcurrir del tiempo, es suficiente para hacer caer en desuso un tratado, y en todo caso hacerle perder su sentido por completo.

⁶⁶ Llanos Mansilla, *op. cit.*, p. 302. Hay que observar, que en general los tratados muy antiguos son de imposible aplicación, “por lo que se sostiene que el desuso viene a significar, en la práctica, una causal de terminación del tratado”.

⁶⁷ Esto está dispuesto en el artículo 63 de la Convención de Viena de 1969 y de 1986.

⁶⁸ De la Guardia, *op. cit.*, p. 302.

⁶⁹ Remiro Brotóns et al., *op. cit.*, p. 281.

⁷⁰ Pastor Ridruejo, *op. cit.*, p. 126.

⁷¹ Remiro Brotóns et al., *op. cit.*, p. 281.

⁷² Artículo 42.2 de la Convención de Viena de 1969; asimismo, *vid.*, Julio Barboza, *Derecho Internacional Público*, (Buenos Aires: Zavalia, 2001), p. 135.

continúa en vigor, o el Estado en cuestión ha mostrado en su comportamiento su aquiescencia en continuar con la vigencia del tratado⁷³. Además, hay que señalar que, la nulidad, la terminación, la suspensión de la aplicación del tratado, o el retiro de una de las partes, cuando resulten de la aplicación de la Convención o de las disposiciones del tratado, no menoscabarán en nada el deber de un Estado en cumplir toda obligación enunciada en el tratado a la que esté sometido en virtud del derecho internacional independientemente de ese tratado⁷⁴.

Entonces, está claro el derecho internacional es el encargado de regular a los tratados desde su inicio a su fin. Los tratados son concebidos y pueden dejar de vincular jurídicamente a las partes sólo conforme a las normas del derecho internacional. Como se aprecia, los tratados necesitan de un marco jurídico neutro o imparcial para mantener relaciones jurídicas entre ellos, de modo que es jurídicamente correcto y lógico entender que ningún derecho interno puede regir los acuerdos celebrados entre estos sujetos puesto que si no se tendría que aplicar tantos derechos internos como Estados participantes, o en todo caso favorecer a un ordenamiento jurídico interno en detrimento de los demás. Es por ello que sólo es posible concebir la igualdad e independencia de los Estados refiriéndose a una regla jurídica superior ante la cual todos son iguales; de modo que si tal orden jurídico superior no existiera, el derecho se encontraría con muchos Estados soberanos en donde cada uno ellos pretenderían ser la suprema y primigenia autoridad⁷⁵.

V.- Propuesta de sentencia que declara inconstitucional un tratado sin que se violente el derecho interno, ni el derecho internacional.

Considerando que es constitucional y legalmente posible que mediante sentencia del Tribunal Constitucional se declare inconstitucional un tratado con las notorias consecuencias de derogación y de nulidad sobre el mismo (analizadas en los puntos 2 y 3); y que por otro lado, conforme a su propia naturaleza, sólo es posible desvincularse del tratado conforme a las normas establecidas en el derecho internacional, cuya rama especializada es el derecho de los tratados (desarrolladas en el punto 4); es que nuestro objetivo en este punto será proponer lo que una sentencia de este tipo debe contener con el fin de que no violente nuestra Constitución, ni violente el derecho internacional.

El respeto a la naturaleza jurídica del tratado como norma dependiente del derecho internacional, ha sido ratificada por el Tribunal Constitucional:

“Los tratados son expresiones de voluntad que adopta el Estado con sus homólogos o con organismos extranacionales, y que se rigen por las normas, costumbres y fundamentos doctrinarios del derecho internacional. En puridad, expresan un acuerdo de voluntades entre sujetos de derecho

⁷³ Pastor Ridruejo, op. cit., p. 129. La figura de la aquiescencia está regulada en el artículo 45 de la Convención de Viena de 1969.

⁷⁴ Conforme al artículo 45 de la Convención de Viena de 1969.

⁷⁵ Lassa Oppenheim, Tratado de Derecho Internacional Público, T.I., vol. I., (Barcelona: Bosch, 1959), p. 39.

internacional, es decir, entre Estados, organizaciones internacionales, o entre estos y aquellos.

Como puede colegirse implican un conjunto de reglas de comportamiento a futuro concertados por los sujetos de derecho internacional público. Son, por excelencia, la manifestación más objetiva de la vida de relación de los miembros de la comunidad internacional”⁷⁶.

Asimismo, la importancia y validez de los tratados en nuestro derecho interno se pudo verificar cuando el Tribunal Constitucional reconoció que:

“..., es un principio general de derecho internacional el que un Estado no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación para el incumplimiento de un tratado o de normas imperativas de derecho internacional. Este principio ha quedado establecido en los artículos 27 y 53 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969, ratificado por el Perú mediante Decreto Supremo N° 029-2000-RE de fecha 14 de septiembre de 2000”⁷⁷.

Esta jurisprudencia es del todo importante toda vez que reconoce el principio *pacta sunt servanda* y de primacía del derecho internacional frente al derecho interno, contenidos explícitamente en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena de 1969⁷⁸. Se está reconociendo internamente el carácter jurídico de estos dos principios fundamentales de derecho internacional, por los cuales un tratado debe ser cumplido de buena fe y ningún Estado puede aplicar su derecho interno como justificación de incumplimiento⁷⁹.

El respeto al derecho internacional se puede fundamentar en que “todo Estado, independientemente de los preceptos de su ordenamiento interno, como miembro de la comunidad internacional, está obligado a respetar sus compromisos internacionales aceptando la superior jerarquía del derecho internacional”⁸⁰. Por lo que, pese a lo que las legislaciones internas de los Estados señalen, sin perjuicio de lo que se ejecute, establezca o sentencien las autoridades nacionales, los tratados en general conforme al derecho internacional tienen una jerarquía superior a la Constitución de los Estados⁸¹; en ese sentido, se sostiene que “los tratados prevalecen sobre la ley en caso de conflicto”; incluso los tratados

⁷⁶ Exp. N° 0047-2004-AI, de 24/04/06, FJ. 18; asimismo, sobre La aplicación directa Del tratado vid., Exp. N° 1268-2001-HC, de 15/04/02, P, FJ. 3.

⁷⁷ Exp. 2798-2004-HC/TC, de 09/12/2004, vid., fundamentos jurídicos 6 al 8. Hay que agregar que el instrumento de ratificación fue depositado el 14 de setiembre del 2000, vigente para el Perú desde el 14 de octubre del 2000, con las reservas de los artículos 11, 12 y 25.

⁷⁸ Artículo 26: “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”; Artículo 27: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación el incumplimiento del tratado...”.

⁷⁹ Salvo lo dispuesto en el artículo 46 de la citada Convención, que trata de la nulidad relativa de un tratado por violación a una norma fundamental de un Estado sobre la competencia para celebrar tratados.

⁸⁰ Manuel Díez de Velasco, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 11ma ed., (Madrid: Tecnos, 1997), p. 97.

⁸¹ Vid., Mara Gómez P., “La Protección Internacional de los Derechos Humanos y la Soberanía Nacional”, *Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP*, n° 54, dic. 2001, pp. 241-244. Agrega la autora, que esta superioridad es gozada especialmente por los tratados referentes a la protección de los derechos humanos.

simplificados tienen un ámbito de competencia en razón de su materia, que no puede ser derogado por una ley, salvo previa denuncia del tratado⁸².

Entonces, el Tribunal Constitucional no puede declarar la nulidad del tratado como lo hace respecto de la ley⁸³, lo que se debe entender es que lo declara inaplicable, es decir, “nulidad puramente interna”⁸⁴, ello sin que se afecte al tratado en si, puesto que su nulidad sólo puede fundarse en las causas previstas por el derecho internacional⁸⁵, y por supuesto, no puede ser declarado unilateralmente por una de las partes, caso contrario acarrea consigo responsabilidad internacional. En este sentido, “debe quedar claro que la inconstitucionalidad de un tratado no afecta su validez -dejando a salvo el posible juego del art. 46 de la Convención de Viena de 1969- sino tan sólo a su aplicabilidad en el orden interno”⁸⁶; ello con cierto cuidado, porque el tratado puede tener como fin su aplicación dentro del Estado, por lo que debe seguir aplicándose aún en este caso, a menos que se asuma la responsabilidad internacional correspondiente.

Si se probara la inconstitucionalidad del procedimiento seguido para la manifestación del consentimiento en obligarse por un tratado, la sentencia sobre inconstitucionalidad, que a primera vista es extrínseca o formal, permitiría al Perú tener argumentos válidos para alegar internacionalmente la nulidad del tratado, como se ha previsto en el artículo 46 de la Convención citada, y siguiendo el procedimiento dispuesto en sus artículos 65 a 68. Ello considerando que, también se podría subsanar el vicio de consentimiento iniciándose nuevamente y de forma correcta el procedimiento previsto en la Constitución⁸⁷ para la prestación del consentimiento⁸⁸.

Como vemos, los tratados se rigen por las normas del derecho internacional y no es seguro que los efectos de la decisión estatal los afecten, puesto que un órgano internacional no está sujeto a las conclusiones a las que hayan llegado los órganos del Estado invocante⁸⁹; mas si se interesará por ciertas actuaciones del Estado que puedan significar para el tratado su posible nulidad o terminación, así como de su comportamiento en cuanto éste será determinante para considerar la

⁸² César Landa Arroyo, “Jerarquía de los Tratados Internacionales en la Constitución del Perú de 1993”, Revista Jurídica del Perú (Trujillo), nº 16, jul-sept. 1998, p. 14.

⁸³ Sin embargo se permite hacerlo conforme al 200.4 de la Constitución y 77 del Código Procesal Constitucional.

⁸⁴ Díez de Velasco, op. cit., p. 198.

⁸⁵ Tal como se ha establecido en el artículo 42.1 de la Convención de Viena: “La validez de un tratado o del Consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado no podrá ser impugnada sino mediante la aplicación de la presente Convención”.

⁸⁶ Remiro Brotóns et al., op. cit., p. 404.

⁸⁷ Por ejemplo se propuso someter a consideración del Congreso de la República el “Convenio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República Popular China sobre Transporte Aéreo Civil” para su respectiva aprobación en vía de subsanación, puesto que el Convenio fue ratificado mediante D.S. Nº 077-2001-RE el 27 de septiembre de 2001, es decir, como un Convenio ejecutivo cuando no lo era pues versa sobre soberanía, dominio e integridad del Estado. Vid., página web del Congreso de la República, sección Proyectos de Ley: <http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2006.nsf> (consultado el 9-10-2008).

⁸⁸ Manuel Díez de Velasco, op. cit., p. 198.

⁸⁹ Remiro Brotóns et al., op. cit., p. 242.

pérdida del derecho a alegar una causa de nulidad, terminación, retiro o suspensión de la aplicación de un tratado⁹⁰.

Cuando se celebra un tratado, el gobierno es consciente que “el propósito de éste está por encima de la voluntad reflejada al interior del Estado, porque sino existiría una especie de esquizofrenia, de doblez porque el gobierno manifestaría una conducta hacia el exterior que no desea ajustar, o que es radicalmente diferente, en el interior”⁹¹; de modo que, el Gobierno una vez parte del tratado podrá renegociar el tratado (para su enmienda o modificación), alegar causal de nulidad o terminación, hacer uso de la denuncia si es posible⁹², u ordenar a los órganos internos competentes para que procedan a subsanar los vicios apreciados⁹³. En este sentido, conforme con nuestra Carta Magna, es el Jefe de Estado⁹⁴ quien tiene la función de dirigir la Política Exterior, de cumplir y hacer cumplir la Constitución y los tratados⁹⁵, dirigir la política exterior y las relaciones internacionales, además de celebrar y ratificar tratados⁹⁶; por lo que el Tribunal Constitucional no tiene competencia para intervenir al respecto⁹⁷.

En Colombia, por ejemplo, se excluye cualquier tipo de control de constitucionalidad sobre los tratados ratificados (control a posteriori), puesto que sólo se establece un control previo a fin de adecuar el contenido y la forma del tratado y de sus leyes aprobatorias a la Constitución. La fundamentación de ello es que entrar en un control a posteriori significa entrar en prerrogativas no debidas, en una intromisión de lo que le corresponde al Presidente de la República en su calidad de director de las relaciones internacionales del Estado⁹⁸. En este sentido, con la sentencia C-276 de 1993 sobre la revisión constitucional de la Ley 33 de 1992, se determinó que el control anterior radica en la oportunidad de adecuar el contenido y forma del tratado y de aquella ley que lo aprueba, al espíritu de la Norma Fundamental:

⁹⁰ Nos referimos a la figura jurídica del Estoppel o preclusión, por la cual se pierde el derecho de un Estado de alegar nulidad, terminación o suspenderlo, si ha convenido su deseo a seguir con el tratado o ha mostrado su aquiescencia en ese sentido. Se excluye de esta figura la coacción y los tratados en oposición a una norma ius cogens. En ese sentido, vid., artículo 45 de la Convención de Viena de 1969.

⁹¹ Alfredo Quispe Correa, *La Constitución en la Mesa Redonda*, (Lima: Gráfica Horizonte, 2000), p. 15.

⁹² Si el tratado no prevé denuncia o retiro, el tratado no podrá ser objeto de denuncia a menos que conste que fue la intención de las partes admitir la posibilidad de denuncia o del retiro o que el derecho de denuncia o retiro pueda inferirse de la naturaleza del tratado.

⁹³ Remiro Brotóns, *op. cit.*, pp. 242-243.

⁹⁴ El Presidente, como señala la Constitución, es autónomo en el manejo de las relaciones internacionales, está bajo su responsabilidad el ratificar tratados que contengan normas contrarias a la norma suprema interna. Vid., Ricardo Abello Galvis, “La Corte Constitucional y el Derecho Constitucional. Los tratados y el Control Previo de constitucionalidad de 1992 – 2004”, *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, ene – jun 2005., vol. 7, nº 001, p. 307.

⁹⁵ Artículo 118.1 de la Constitución Política del Perú; asimismo, Gonzalo Fernández Puyó, “La Constitución de 1993: Derecho Internacional y Política Exterior”, *Revista Peruana de Derecho Internacional*, T. XLIII, nº 104, Julio-Diciembre 1994, pp. 67-69.

⁹⁶ Sobre los derechos, potestades y obligaciones del Presidente, específicamente artículo 118, inciso 11 de la Constitución de 1993. Estas potestades son las recogidas asimismo por la Constitución antecesora, vid., Juan Álvarez Vita, *Tratados Internacionales y Ley Interna*, (Lima: FCE- Universidad de Lima, 2001), p. 135.

⁹⁷ El Ejecutivo es el supremo director de las relaciones internacionales del Estado. El Tribunal Constitucional tiene la obligación de examinar la constitucionalidad de los tratados, pero no entra a determinar la conveniencia política de éstos.

⁹⁸ Luego de un año esta tesis sufrió algunos cambios. Vid., Hernán Olano García, “Control de la Constitucionalidad de los Tratados Internacionales en Colombia”, *Estudios Constitucionales*, noviembre 2006, año 4, vol. 4, nº 2, Santiago, p. 557.

“Que el control fuera posterior, en cambio, implicaría entrar en prerrogativas no debidas, por cuanto podría equipararse a una intromisión en lo que corresponde por naturaleza jurídica a la Rama Ejecutiva del poder público.

(...) Si el control es previo obviamente habrá una armonía entre las funciones de la Rama Ejecutiva y de la Rama Judicial, pero si se hace fuera de oportunidad, es decir, posteriormente, se entra en colisión de competencias entre las dos ramas, lo cual va en contra del orden jurídico, ya que este supone la armonía y consonancia de las funciones diversas, que se ven afectadas con toda interferencia.

Es, pues, una soberanía subordinada por el derecho internacional en el aspecto externo, pero que es suprema en el orden interno. Son dos aspectos diferentes. Es decir, se refiere a la supremacía del orden estatal en el interior y subordinación al derecho internacional en el exterior, sin que esto implique la negación del principio *ius gentium* relativo a la autodeterminación de los pueblos”⁹⁹.

Una vez que los tratados han sido perfeccionados, estamos frente a un acto jurídico internacional, que como exige su propia naturaleza sólo está regido por las reglas del derecho internacional. Si bien la ley aprobatoria de los tratados cumple la función de darle fundamento normativo interno a los tratados que se pretenden hacer valer; una vez que han aprobado o ratificado un tratado y éste ha entrado en vigor, las normas forman con el tratado un todo que escapa de las potestades internas y depende del derecho internacional.

El control a posteriori de la constitucionalidad permite que en el Perú se haya ratificado tratados que han sido contrarios a la Constitución, violándose lo que ésta dispone tanto en la forma como en el fondo; si bien no han provocado una sentencia de inconstitucionalidad al respecto¹⁰⁰, si se ha procedido a rectificar la manifestación de voluntad del Estado de obligarse por el tratado¹⁰¹. Por otro lado, se ha aprobado normas internas contrarias a los derechos fundamentales y a los mecanismos establecidos para su protección; así, algunas de estas normas fueron sometidas a un control posterior a través de un proceso de inconstitucionalidad¹⁰².

⁹⁹ Y continúa: “Como ya se ha dicho, la actuación del órgano jurisdiccional sólo puede recaer sobre aquello que realmente está dispuesto como apto para ser revisado. No considera esta Corte que proceda la revisión de un acto jurídicamente superfluo, puesto que la materia sobre la cual recae, los tratados ya perfeccionados, no puede ser afectada por decisión alguna del orden interno. Es así como sobre estos tratados no cabe pronunciamiento de fondo y, por tanto, esta Corporación habrá de inhibirse en el presente caso”. Vid., Sentencia del 22 de julio de 1993, apartado 3.3.

¹⁰⁰ El TLC con Chile se encuentra actualmente ante la posibilidad de ser declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional.

¹⁰¹ Por ejemplo, se propuso someter a consideración del Congreso de la República el “Convenio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República Popular China sobre Transporte Aéreo Civil” puesto que fue ratificado imperfectamente, sólo por la vía ejecutiva.

¹⁰² Por ejemplo: a) Exp. 003-96-I/TC (25 de diciembre de 1996), en este proceso fue impugnada la Ley 26592, que estableció como requisito para que se realice un referéndum contar con el voto favorable de 2/5 del número legal de miembros del Congreso (48 votos). Esta norma fue aprobada con el objetivo de limitar el referéndum promovido contra la Ley 26657, que permitía una nueva reelección del ex presidente Fujimori para el año 2000; y b) Exp. 004-

Lo anterior nos permite suponer que, con un control previo en el Perú se evitaría que se aprueben normas manifiestamente contrarias a la Constitución, pues el tratado y la norma aprobatoria serían sometidos previamente a una revisión. Esto evitaría que tales normas entren en vigor y originen serios perjuicios a las personas y al Estado, librándose de los inconvenientes causados que generan injusticia, inseguridad jurídica, irrogan gastos, generan burocracia innecesaria, entre otras calificaciones negativas que inciden en lo que debe ser un Estado democrático de derecho y la eficiencia de su gestión.

Asimismo, con el control a priori se refuerza el control que debe existir sobre las normas sustancialmente trascendentales para el desarrollo del Estado de Derecho, como son aquellas sobre derechos fundamentales y sus mecanismos de protección¹⁰³, puesto que permite que no ingresen tratados ni leyes que pudieran lesionar estos derechos y garantías. Por ello, el control previo de determinadas normas debe ser una opción a considerar, para lo cual se requiere de una modificación constitucional en el sentido que se establezca de forma optativa y que subsista con el control posterior de la constitucionalidad de los tratados¹⁰⁴.

Sin embargo, sin que medie modificación alguna, creemos que es posible un fallo que buscando armonía en el derecho permita al Estado no caer en responsabilidad internacional. En este sentido, proponemos que la sentencia que declara inconstitucional al tratado no tenga efectos inmediatos, es decir, mediante la figura de la *vacatio sententiae*, la sentencia no cumpla sus efectos sino luego de un tiempo prudencial que deberá ser conforme con la propia naturaleza del tratado. Esta figura ha sido claramente definida por nuestra jurisprudencia constitucional:

“En este tipo de sentencias [exhortativas] se invoca el concepto de *vacatio sententiae*, mediante el cual se dispone la suspensión de la eficacia de una parte del fallo. Es decir se modulan los efectos de la decisión en el tiempo. Dicha expresión es una equivalente jurisprudencial de la *vacatio legis* o suspensión temporal de la entrada en vigencia de una ley aprobada”¹⁰⁵

Hacia futuro, el Tribunal Constitucional¹⁰⁶ ha establecido que puede postergar los efectos de su decisión en el tiempo, como se aprecia en su sentencia

2001-I/TC (27 de diciembre del 2001), en este proceso fue impugnado el Decreto Legislativo 900, por medio del cual se regularon aspectos relacionados con el proceso de hábeas corpus y amparo, cuando la Constitución señala en forma expresa que estos procesos deben ser regulados a través de una ley orgánica, por lo que se trata de una materia indelegable al Ejecutivo para su desarrollo a través de decretos legislativos (artículos 101 inciso 4, 104 y 200 de la Constitución).

¹⁰³ Vid., Luis Huerta Guerrero, “El Proceso de Inconstitucionalidad en el Perú”, en: José Palomino Manchego (Coord.), *Derecho Procesal Constitucional Peruano*, t. II, (Lima: Grijley, 2005), p. 851.

¹⁰⁴ Sobre una modificación constitucional al respecto, vid., Jorge Loayza Juárez, *Relación entre el Derecho de los Tratados y el Derecho Interno: Modificación Constitucional acerca de la Declaración de Inconstitucionalidad de un Tratado por el Tribunal Constitucional Peruano*, en *Base a una Armonización en el Derecho*, Tesis (Abogado), (Lima: Facultad de Derecho, UNMSM, 2008), p. 373-374.

¹⁰⁵ Exp. Nº 00004-2004-CC, de 31/12/04, P, FJ. 3.3.4. En algunas sentencias se ha buscado un tiempo opcional para sus efectos evitando un posible daño.

¹⁰⁶ Respecto a los efectos a futuro de estas sentencias, ver artículo 204 de la Constitución y el artículo 81 del Código Procesal Constitucional.

sobre la legislación antiterrorista, en la cual declaró inconstitucional el tipo penal de "traición a la patria". En este caso, los efectos de la sentencia del Tribunal no se produjeron al día siguiente de la publicación de la sentencia, que de haber ocurrido, las personas condenadas por el delito declarado inconstitucional podrían haber salido en libertad, pues dicho ilícito penal habría dejado de formar parte del ordenamiento jurídico; por lo que el Tribunal dispuso una "vacatio sententiae", es decir, una postergación de los efectos de su decisión, con la finalidad de que "el legislador democrático regule en un plazo breve y razonable, un cauce procesal que permita una forma racional de organizar la eventual realización de un nuevo proceso para los sentenciados por el delito de traición a la patria"¹⁰⁷.

En otra oportunidad se declaró inconstitucional varias disposiciones de la Ley N° 28665, Ley de organización y funciones de la justicia militar y policial, otorgando un tiempo específico para que la sentencia cumpla sus efectos:

"Disponer, respecto de las disposiciones declaradas inconstitucionales, una vacatio sententiae que, indefectiblemente, vencerá el 31 de diciembre de 2006 y que será computada a partir de la publicación de la presente sentencia, plazo que, una vez vencido, ocasionará que la declaratoria de inconstitucionalidad surta todos sus efectos, eliminándose del ordenamiento jurídico tales disposiciones legales"¹⁰⁸.

Asimismo, sobre el régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530, el Tribunal Constitucional considerando las consecuencias de sus decisiones y, teniendo en cuenta que la declaración de inconstitucionalidad del artículo 1 de la Ley N° 28047 dejaría un vacío normativo susceptible de generar efectos nefastos en el funcionamiento del régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530, dispuso:

"En esa medida, la presente sentencia comenzará a surtir efectos una vez que el legislador haya promulgado la norma correspondiente, que reemplace la actualmente vigente y que ha sido declarada inconstitucional, de tal manera que no quede un vacío en la regulación del porcentaje mensual de pago de pensión correspondiente al régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530.

¹⁰⁷ Expediente 010-2002-AI/TC, 03/01/2003, fundamento 230, primer párrafo. El Tribunal Constitucional fundamentó su decisión en que, si bien el artículo 40 de la antigua LOTC permitía la retroactividad benigna de sus decisiones en materia penal, esta regla no "limita la posibilidad del Tribunal Constitucional de modular los efectos en el tiempo de su decisión". Asimismo señaló que su sentencia no anulaba automáticamente "los procesos judiciales donde se hubiera condenado por el delito de traición a la patria al amparo de los dispositivos (...) declarados inconstitucionales"; vid, segundo párrafo de la sentencia.

¹⁰⁸ Expediente N° 0006-2006-PI/TC, punto cinco de la parte resolutive de la sentencia. Con ello se suspendió los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad parcial de la Ley N° 28665 hasta el 31 de diciembre del 2006, con el fin que el nuevo Congreso tuviera el tiempo razonable para que volviera a legislar sobre la materia y en forma compatible con la Constitución. Era la segunda vez que el Tribunal Constitucional disponía una vacatio sententiae de los efectos de sus sentencias sobre la justicia militar; ya el año 2004 había previsto un plazo de 12 meses para que el Congreso de entonces adecuara la legislación respectiva a la Constitución.

Por consiguiente, se propone al Congreso emitir, a la brevedad posible, la norma que modifique el artículo 1 de la Ley N° 28047, respetando los principios establecidos y desarrollados por este Tribunal¹⁰⁹.

Entonces, mediante una *vacatio sententiae* la sentencia que declara inconstitucional un tratado permite al Estado concordar su derecho interno con el derecho internacional o hacer uso de alguna de las instituciones jurídicas establecidas en el derecho internacional para desvincularse del mismo. De esta manera, estaremos observando el principio sobre la primacía del derecho internacional frente al derecho interno¹¹⁰ donde el Estado es internacionalmente responsable de las decisiones de sus tribunales que contravienen el derecho internacional, aún cuando se haya dictado sentencia siguiendo la norma interna¹¹¹.

El Estado asume la totalidad de la responsabilidad internacional al incumplir un tratado, éste hecho ilícito internacional se atribuye únicamente al Estado en su conjunto¹¹². Internacionalmente se reconoce una relación jerárquica bajo un orden jurídico común; así “la conclusión es que en la esfera internacional una norma de derecho interno contraria al derecho internacional engendra responsabilidad del Estado, aunque sea de aplicación obligatoria para los órganos y súbditos del Estado. En caso de duda la presunción será a favor del derecho internacional”¹¹³.

Cabe señalar que si se declarara inconstitucional un tratado con los efectos inmediatos de la sentencia, las consecuencias a nivel internacional pueden ser comparadas con la pretendida salida del Perú a la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que a nivel internacional nunca fue reconocida ya que no se observaron las normas de derecho internacional para tal efecto¹¹⁴. Además, los efectos inmediatos de la declaración de inconstitucionalidad pueden ser muy drásticos, toda vez que el derecho internacional no considera que los vínculos jurídicos en virtud del tratado sean indesatables a perpetuidad¹¹⁵, pues para ello se han reservados distintos mecanismos que desvinculan a un Estado.

¹⁰⁹ Exp. N° 00030-2004-AI, de 02/12/05, P, FJs. 13 y 14. Incluso, en esta sentencia, la *vacatio sententiae* se extiende a una condición para que tenga plenos efectos: “cuando el legislador haya promulgado”, y propone al Congreso lo que debe hacer.

¹¹⁰ Algunos ejemplos de sentencias internacionales en donde se confirmó la primacía del derecho internacional: Laudo arbitral del caso Alabama de 1872, laudo arbitral Caso Tinoco de 1923; CPJI, Asunto de Canje de Poblaciones Griegas y Turcas de 1925; CPJI, Asunto de los intereses Alemanes en Alta Silesia de 1926; Opinión Consultiva sobre la Competencia de los Tribunales en Danzig CPJI de 1928; CPJI, Asunto de las Zonas Francas de Alta Saboya y la Región de Gex de 1929; CIJ, Caso de los Nacionales de los Estados Unidos en Marruecos de 1952; CIJ, Caso de las Pesquerías entre Reino Unido y Noruega de 1951; CIDH, Asunto “la última tentación de Cristo” de 2001; CIDH, caso “Barrios Altos” o “Chumbipoma Aguirre y otros versus el Estado” de 2001.

¹¹¹ Lassa Oppenheim, op.cit., p. 40. Postura jurídica verificada en varias ocasiones por la jurisprudencia internacional, tanto de la CPJI como de la CIJ.

¹¹² Manuel Díez de Velasco, Instituciones de Derecho Internacional Público, 11ma ed., (Madrid: Tecnos, 1997), p. 202.

¹¹³ Antonio Truyol y Serra, Fundamentos del Derecho Internacional Público, (Madrid: Tecnos, 1977), p. 114.

¹¹⁴ International Human Rights Law Group, “El Retiro del Reconocimiento de la Competencia Contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por parte de Perú”, Asociación Pro Derechos Humanos –APRODEH, vid., http://www.aprodeh.org.pe/public/ciddhh/c_july37.htm (consultado el 10 de diciembre de 2008).

¹¹⁵ Hernán Olano, op. cit., p. 571.

En este sentido, tampoco es posible sostener que un tratado que sea declarado inconstitucional con efectos inmediatos, deje de tener validez sólo internamente no afectando las relaciones internacionales (convencionales), pues hay tratados que tienen por objeto y fin ser aplicados al interior de un Estado y los que son non self executing¹¹⁶; además, se debe considerar que es imposible hacer una distinción de los llamados asuntos internos de los asuntos exteriores, dado que todo asunto interno es pasible de ser convertido en asunto internacional mediante un tratado y quedar cambiado o convertido en un asunto exterior¹¹⁷. Creemos que este dualismo resulta poco saludable, toda vez que el tratado seguirá vigente y el Estado estará obligado hasta que el tratado sea enmendado, termine o sea declarado nulo conforme con el derecho internacional. En todo caso lo que se debe buscar es una armonía en derecho.

Es más, tal es la fuerza que tienen ciertos tratados que es imposible que sean desconocidos a nivel interno mediante cualquier norma o sentencia interna sin que ello ponga en peligro la seguridad del Estado y sea sancionado internacionalmente, un ejemplo al respecto son los tratados de frontera, que difícilmente pueden ser desconocidos a nivel interno, razón por la cual algunos Estados le otorgan rango constitucional¹¹⁸.

VI.- Conclusiones.

La sentencia que declara inconstitucional un tratado implica que éste pierde sus efectos y validez jurídica dentro del derecho interno, es decir, deja de existir como tal (pues esta sentencia tiene fuerza nulificadora), carece de fuerza obligatoria, además de ser incapaz de vincular a los poderes del Estado; sin embargo, estas consecuencias y efectos no pueden aplicarse a los tratados en ningún caso, pues este instrumento internacional, conforme con su propia naturaleza jurídica, se rige por el derecho internacional.

No puede emitirse sentencia de inconstitucionalidad contra un tratado con los efectos inmediatos de derogación e invalidez que esta genera desde el día siguiente de su publicación, sino que haciendo uso de la *vacatio sententiae* los efectos de la sentencia se deben posponer a un periodo o a una condición conforme con el derecho internacional; notificando, a su vez, al Ejecutivo para que proceda a tomar las acciones correspondientes.

El Tribunal Constitucional no está facultado a la conducción de las relaciones internacionales del Estado, por lo que éstas no pueden verse modificadas por sus sentencias; de modo que si llegare a prosperar la acción de inconstitucionalidad, en virtud del respeto y observancia al principio *pacta sunt servanda* y de primacía del derecho internacional, el órgano Ejecutivo está conminado a acudir a los conductos regulares para desatar en ese ámbito el

¹¹⁶ Todos aquellos que requieren medidas legislativas para su aplicación, asimismo y entre ellos, todos los tratados de derechos humanos, derecho humanitario, de comercio, de equiparación de licencias de conducir, los de apoyo económico para reconstrucción de construcciones arqueológicas, etc.

¹¹⁷ Hans Kelsen, *Principios de Derecho Internacional Público*, (Buenos Aires: El Ateneo, 1965), p. 347.

¹¹⁸ Al respecto véase lo que dispone el artículo 101 de la Constitución actual de Colombia.

vínculo jurídico que nos une al tratado conforme con el derecho internacional, mientras tanto el tratado continúa en vigor y debe ser observado y aplicado.

No es correcto sostener que el tratado es derogado a nivel interno y que ello no acarrea efectos a nivel internacional. Los tratados gozan de aplicación directa como normas jurídicas internas válidas, por lo que pueden ser invocados por cualquier particular; además, los tratados suelen requerir de medidas legislativas para su aplicación, y en todo caso no pueden verse afectados por norma alguna del Estado. Con lo cual, sostener al respecto un dualismo parece ser un problema antes que una solución.

Un control constitucional previo permitiría que no ingresen al ordenamiento jurídico interno normas que violentan la Constitución. Este sistema puede coexistir con el control posterior, permitiendo así, que ciertos tratados de los que se pueda dudar de su constitucionalidad pasen por un control anterior y aquellos en los que exista certeza de que no vulneran la Constitución y de los que se pretende una rápida aplicación, sean revisados posteriormente.

El derecho internacional proporciona suficientes herramientas por las cuales una parte se puede desvincular del tratado válidamente; por lo que si queremos generar confianza jurídica para relacionarnos con otros sujetos de derecho internacional, es conveniente armonizar nuestro derecho interno con el derecho internacional y ser respetuosos del orden jurídico internacional que permite a los Estados relacionarse jurídicamente y vivir en cierta paz.