

# INFORME PERICIAL

## Sobre el caso “Cinco Pensionistas”

Presentado a la Corte Interamericana de  
Derechos Humanos

por

Juan Alvarez Vita

San José de Costa Rica, 3 de septiembre de 2002

Señor Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 0001367  
Señores Jueces.

Ante todo, permítaseme agradecer por la designación recaída en mi persona al haber sido nombrado, por esta Ilustre Corte, en calidad de perito para el caso "Cinco Pensionistas", que es el primero en la historia de este Tribunal, referido a los derechos económicos, sociales y culturales.

Toda vez que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos me ha hecho saber que es de particular interés de esta Ilustre Corte el conocer mi opinión, basada principalmente en el hecho de haber integrado desde su primera sesión, en 1987, y durante diez años consecutivos, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, he de referirme, de manera especial a las opiniones de carácter doctrinario de ese importante órgano de supervisión universal de ese grupo de derechos humanos.

Deseo sí, señalar que los criterios a ser expuestos a continuación, los formulo siguiendo los lineamientos de absoluta independencia mantenida como miembro de dicho Comité y por tanto no reflejan necesariamente el parecer de ningún Estado, organismo internacional o institución universitaria o académica a la que pueda estar yo vinculado.

El camino seguido por el sistema interamericano en el ámbito de los derechos económicos, sociales y culturales ha sido materia de estudios muy minuciosos, algunos de ellos de la autoría, precisamente, del doctor Antonio Cançado Trindade, quien preside esta Ilustre Corte.

Creo, por ello, innecesario, repetir conceptos sobre el foro americano que suscribo en toda su amplitud.

No obstante, desearía señalar que en mi opinión, la Corte, en su accionar, no se limitará, para el caso que nos ocupa, tan sólo en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, sino también en el Protocolo de San Salvador.

Igualmente, estimo que es pertinente la consideración del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que el Perú suscribió el 11 de agosto de 1977, lo aprobó por Decreto-Ley N°22129, del 28 de marzo de 1978, y cuya ratificación fue depositada el 28 de abril de 1978 y vigente para el Perú desde el 18 de julio de 1978.

Baso mi aseveración en la opinión consultiva OC-1/82, de esta Ilustre Corte "Otros Tratados" que, a solicitud del gobierno del Perú, emitió el 24 de septiembre de 1982, hace ya dos décadas. Como se recordará, en esa oportunidad, este Tribunal, por unanimidad, señaló que "la competencia consultiva de la Corte puede ejercerse, en general, sobre toda disposición, concerniente a la protección de los derechos humanos, de cualquier tratado internacional aplicable en los Estados Americanos, con independencia de que sea bilateral o multilateral, de cuál sea su objeto principal o de que sean o puedan ser partes del mismo Estado ajenos al sistema interamericano".

He considerado conveniente, incluir, como parte integrante de este estudio pericial, las páginas 67 a 71 del Capítulo VI de mi libro "Tratados Internacionales y Ley Interna", editado en junio de 2001 por la Universidad de Lima y el Fondo de Cultura Económica, cuando la Comisión Interamericana de Derechos Humanos aún no había presentado a la Corte Interamericana la demanda (4 de diciembre de 2001) sobre el caso "Cinco Pensionistas". Dicho capítulo, intitulado "Nuevas Figuras en relación con la interpretación de los tratados", contiene información actual sobre la forma como el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, ha venido interpretando el Pacto que supervisa ese Comité.

Igualmente, estimo que, del mismo libro puede ser de interés el Capítulo XI "Los Tratados internacionales en el régimen interno peruano", del cual he extraído tan sólo los siguientes títulos:

- 1° Las constituciones de 1979 y de 1993. (págs. 121-123)
- 6° Las innovaciones constitucionales de 1979 y de 1993. (págs. 133-135)
- 7° Análisis comparativo entre las constituciones de 1979 y de 1993 en lo que se refiere a Tratados. (págs. 135-138).

Como podrá apreciar esa Honorable Corte, los capítulos seleccionados fueron redactados con un criterio exclusivamente académico y por tanto no están referidos a

ningún caso en particular. No obstante estimo que podrán ser de utilidad para las deliberaciones de ese Alto Tribunal.

-----

## **LOS DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES EN EL MARCO GENERAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. SU PROTECCIÓN INTERNACIONAL**

En el campo de los derechos humanos siempre se ha considerado como tales a los derechos civiles y políticos. Este criterio unánime, no se ha extendido, de la misma forma ni con la intensidad deseable, hacia los derechos económicos, sociales y culturales. Más bien, algunos estudiosos del derecho -cada vez más minoritarios- han puesto en tela de juicio su naturaleza jurídica y afectado negativamente su desarrollo, no sólo conceptual sino su vigencia real.

Desde el punto de vista histórico, este grupo de derechos fue conceptualizado después de los llamados derechos civiles y políticos. Por ello, aunque estas clasificaciones en términos generacionales están lejos de ser rígidas, se dice que pertenecen a la segunda generación de derechos humanos.

Son varios los tratados que para proteger estos derechos existen en los sistemas regionales, pero el que tiene aplicación universal y forma parte de la Carta Internacional de Derechos Humanos, es el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Si quisiéramos clasificarlos, podríamos ubicar en un grupo a los derechos relacionados con el trabajo tales como la remuneración, el descanso, la sindicación, la huelga, etc. Otro grupo estaría comprendido por el derecho a la seguridad social. Otro, a la protección a la familia, la maternidad, la infancia, la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica. Otro sector estaría constituido por el derecho a la educación, que comprende, entre otros aspectos, el respeto a la libertad de los padres y tutores a que sus hijos o pupilos reciban la educación moral que esté de acuerdo a sus propias convicciones.

---

En otro grupo se encuentran los derechos culturales, tales como el derecho de la persona a participar en la vida cultural, a gozar de los beneficios del progreso científico, a beneficiarse de los intereses morales y materiales que le correspondan por las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

Los derechos económicos, sociales y culturales, como es fácilmente verificable, son de naturaleza menos homogénea y más compleja que la que tienen los derechos civiles y políticos. Ello explica, por lo menos en parte, por qué su desarrollo conceptual y jurídico no ha avanzado al mismo ritmo.

Consciente de esta situación, desde sus primeros pasos, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptó sus decisiones por consenso; perfeccionó el sistema de informes presentados por los Estados, para lo cual solicitó fuentes adicionales de información, tales como las provenientes de las agencias especializadas de Naciones Unidas así como de las Organizaciones No Gubernamentales, y veló, cuidadosamente, para garantizar su propia independencia.

El Comité fue consciente, ya en su segunda sesión, en 1988, de la necesidad de definir de manera más precisa cada uno de los derechos reconocidos en el Pacto con el objeto de conferirles un contenido normativo adecuado que los equiparara, en la medida de lo posible, con los derechos civiles y políticos. En tal sentido el Comité empezó a elaborar "comentarios generales" sobre esos derechos e inició, además, un debate anual relativo a un derecho en particular.

Los derechos humanos, en lo que a su protección internacional se refiere, no están exentos de las posiciones que, desde el punto de vista político, asumen los Estados. No podemos olvidar que el tratamiento de los derechos humanos sufrió los embates de la llamada Guerra Fría. El enfrentamiento de sistemas, los pactos políticos y también sus desavenencias, han influido no sólo en el proceso de conceptualización de los derechos humanos. Ello se pudo apreciar ya desde los primeros pasos de la vida de las Naciones Unidas y de otros organismos internacionales. Las divergencias en torno a los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales se perciben con toda claridad en la génesis misma de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, cuando la Asamblea General de la ONU decide, en 1951, la elaboración de sendos convenios, uno para los Derechos Civiles y Políticos y otro para los Derechos

---

Económicos, Sociales y Culturales. Esta fórmula político-diplomática, si bien dividía a ambos grupos de derechos, abría un camino que permitía a los Estados la plasmación, parcial o total, de los derechos humanos, en términos de ley positiva. Tan profundo era el cisma, que los debates en los trabajos preparatorios de ambos Pactos no permitieron superar esas divergencias. Más bien, en algunos casos, se ahondaron. En todo caso, hoy a casi medio siglo de su aprobación, podemos afirmar que los dos pactos son hermanos, que se complementan entre sí y que su aplicación debe darse de manera simultánea y equilibrada, en concordancia con la Declaración Universal de Derechos Humanos, que no distingue categorías jerárquicas entre los derechos ahí reconocidos.

### **El debate pseudodicotómico de los derechos humanos.**

Lo anteriormente señalado, no significa que los distintos criterios derivados de concepciones filosóficas, jurídicas y políticas no se proyectaran en intentos por clasificar los derechos humanos, hecho que, de por sí, no tiene nada de objetable si con ello se intenta agruparlos de acuerdo con sus características principales. Lo deplorable fue que lo que se hizo fue generar una dicotomía para categorizar y jerarquizar los derechos humanos.

Las consecuencias prácticas de este debate, sumado a los distintos grados de evolución del derecho en el momento de redactarse las distintas convenciones sobre derechos humanos, o de plasmar su reconocimiento en normas jurídicas en el campo exclusivo del derecho interno, se han traducido en las diversas formas de protección que hoy conocemos. Éstas comprenden, en el marco interno, la promoción de esos derechos y las garantías necesarias para su respeto, tanto por la sociedad como por el Estado. En el ámbito del derecho internacional, la evolución jurídica se aprecia en numerosos tratados y ha avanzado hasta llegar al Estatuto de la Corte Penal Internacional que, sanciona delitos contra derechos comprendidos en el grupo de los llamados civiles y políticos. En cambio, en ese Estatuto, no se dice nada de la penalización que también deben tener las violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales. Ello confirma que el debate sobre la dicotomía de los derechos humanos, si bien en el campo doctrinario está superado, en la práctica existe aún mucho camino por recorrer.

## **LAS OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS FRENTE A LOS DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. ASPECTOS GENERALES**

La doctrina de las Naciones Unidas ha reafirmado el carácter de indivisibilidad y de interdependencia de todos los derechos humanos comprendiendo como tales a los derechos civiles y políticos y a los económicos, sociales y culturales. A pesar de esta posición, reiterada numerosas veces, no puede negarse que ambos grupos de derechos no son equiparables en lo que se refiere a su promoción y protección a nivel nacional e internacional. Ello se debe a que, a diferencia de los derechos civiles y políticos, los derechos económicos, sociales y culturales están definidos de manera menos precisa y la posibilidad de que sean reclamados ante las instancias judiciales, está casi limitada a los derechos laborales.

### **Las obligaciones de hacer y de no hacer del Estado.**

Tradicionalmente se ha sostenido que la realización de los derechos económicos, sociales y culturales, supone una actitud positiva del Estado para efectuar acciones dirigidas a satisfacer esos derechos. Si bien este criterio se basa en una de las responsabilidades fundamentales que tiene el Estado, no puede ser tomado de manera exclusiva, pues este grupo de derechos también requiere del accionar de la persona humana y de grupos no estatales que deben ejercer, en este campo, el derecho y el deber que supone la participación popular. Además, no podría dejar de mencionar que, para su cabal disfrute, muchos países requieren de la cooperación de otros Estados así como de las Organizaciones Internacionales<sup>1</sup>.

Muchos de los derechos económicos, sociales y culturales, presentan dificultades en cuanto a lo que a sus garantías se refiere. Desde el punto de vista del derecho, ello requiere, en primer lugar, la existencia de una legislación detallada la misma que debe estar orientada por principios rectores de nivel constitucional y también internacional. Ello supone un no hacer del Estado y en otros caso, un accionar del Estado.

---

<sup>1</sup> Álvarez Vita, Juan. "El Derecho a la Salud como Derecho Humano" .págs. (37-43). Editores Cultural Cuzco S.A. Lima. 1994.

**La obligación del Estado de no hacer.**

0001373

En el marco de los derechos económicos, sociales y culturales, el individuo, y también la colectividad, tienen el derecho a que el Estado se abstenga de todo acto que pueda poner en peligro el goce de esos derechos. Ello supone, además, que el Estado no puede autorizar acto alguno que conlleve, directa o indirectamente, a atentar contra esos derechos.

**Las obligaciones de actuar del Estado.**

Los derechos económicos, sociales y culturales son derechos individuales y también colectivos. Vistos desde este ángulo, requieren de un conjunto de medidas que el Estado debe adoptar a efectos de prevenir el deterioro de las condiciones de vida de la población. Ello comprende el desarrollo de todos los aspectos que rodean la vida humana y por ello, su amplitud es tan grande como lo son las necesidades humanas. Si tenemos en cuenta que estas necesidades no son sólo de índole material sino también espiritual, el espectro de estos derechos es de particular amplitud.

Consecuentemente, los derechos económicos, sociales y culturales, requieren también una acción positiva por parte del Estado como corresponde a su naturaleza de derecho social. Estos derechos se han ido abriendo paso para plasmarse en términos de ley positiva a tal punto que muchas de las constituciones modernas, aunque en grado diverso, los reconocen apreciándose en ello la corriente continua del irreversible proceso de expansión de los derechos humanos.

En el caso que nos ocupa es importante señalar la lamentable excepción de la vigente, aunque en actual proceso de modificación, Constitución Política del Perú de 1993 que no sólo ha disminuído la categoría de norma constitucional que la Constitución anterior, la de 1979, reconocía en su artículo 105 a los preceptos de derechos humanos contenidos en los tratados de los cuales el Perú es Parte, sino que, además, el nuevo articulado constitucional da menor énfasis al reconocimiento a estos derechos. Este hecho ha motivado la preocupación, tanto del Comité de Derechos Humanos, como del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que supervisan los dos Pactos que integran la Carta Internacional de Derechos Humanos.

## La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales

0001374

Generalmente cuando se habla de los derechos civiles y políticos, se da como supuesto fundamental la posibilidad de recurrir a los órganos de administración de justicia cuando se produce una violación a alguno de esos derechos. En cambio, en lo que se refiere a los derechos económicos, sociales y culturales, se suele partir de un supuesto contrario.

A pesar de que este último criterio no tiene el carácter casi absoluto que se le atribuye, no puede desconocerse, como ya se ha señalado, que el desarrollo del derecho no ha sido parejo en cuanto al tratamiento de ambos grupos de derechos se refiere. Existe un menor índice de justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales fácilmente comprobable si los comparamos con el nivel de justiciabilidad que han alcanzado los derechos civiles y políticos. Por otra parte, el grado de justiciabilidad afecta de modo diverso a cada uno de los derechos económicos, sociales y culturales y, además, la existencia de su justiciabilidad no es uniforme en todos los países. Por ello, se requiere un alto esfuerzo de creatividad jurídica al interior de los Estados y también por parte de la comunidad internacional, para lograr que todo ese grupo de derechos vaya acompañado de un sistema de garantías que no los deje en el mero campo de lo declarativo.

No obstante, el accionar de los tribunales ha ido abriendo camino y demostrando que siempre hay vías para hacer valer esos derechos. Precisamente, ante la carencia de adecuadas normas de derecho interno, e invocando las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, específicamente relacionadas con el derecho a la salud, en 1988 un juez peruano logró detener la tala indiscriminada de árboles que las autoridades municipales pretendieron hacer en el Campo de Marte de la ciudad de Lima<sup>2</sup>, caso que no tenía precedente alguno pues, hasta donde se conoce, era la primera vez que, a nivel mundial se aplicaba directamente el mencionado Pacto como ley interna de un país.

Pero, un detenido análisis del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales nos lleva a la conclusión de que si bien, por un lado el Pacto dispone la realización progresiva de los derechos consagrados, por otro lado dispone

---

<sup>2</sup> Véase el texto de la sentencia en Alvarez Vita, Juan, op.cit. págs. 119-128.

varias obligaciones de aplicación inmediata. Este es el caso del artículo 2 (1) que establece la obligación de adoptar medidas, para lograr "la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos", sin discriminación alguna como dispone el artículo 2 (2). Igualmente, el Comité del Pacto, en su Observación General número 3, efectuada en 1980, señaló que los siguientes artículos de ese Instrumento Internacional podían aplicarse de inmediato : Artículo 3 ; artículo 7 (inciso i) del apartado a) ; el artículo 8 ; el artículo 10 (párrafo 3) ; el artículo 13 (incisos 2 (a), 3 y 4) ; del artículo 15 (párrafo 3), normas que están referidas a la igualdad de derechos para hombres y mujeres ; a la igualdad de salarios por trabajo de igual valor ; a la sindicación y huelga; a la protección de los niños y adolescentes ; a la gratuidad y obligatoriedad de la educación primaria ; al derecho de los padres o tutores legales de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas ; a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que la persona sea autora<sup>3</sup>.

## **LA PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES.**

Uno de los principales puntos que concentró la atención de los debates entre los redactores de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, fue la cuestión de la aplicabilidad inmediata y de la progresividad de los derechos humanos. Debe recordarse que, en el momento de la redacción del Pacto se rechazaron con firmeza, los intentos de incluir una cláusula en el sentido de que no tenía aplicación inmediata.

A pesar de que, ya en aquellos días esta dicotomía no tenía un carácter absoluto, la Proclamación de Teherán puso aparentemente fin a la discusión al señalar que todos los derechos humanos son universales y que los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales, son indivisibles e interdependientes, lo cierto es que periódicamente, y principalmente desde ópticas meramente políticas, un debate paralelo denota que hay necesidad de afinar algunos conceptos en lo que se refiere a la naturaleza de ambos grupos de derechos.

Aunque una lectura atenta de ambos Pactos nos lleva a la conclusión de que la progresividad es común a ambos grupos de derechos y que esa progresividad puede ser

---

<sup>3</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (Observación General 3. 1980. pp.86-90.)

de aplicación a corto, a mediano y a largo plazo, resultaría arbitrario señalar que existen límites precisos en ambos Pactos. Más aún, un análisis de los derechos económicos, sociales y culturales nos lleva a la conclusión de que cada uno de los derechos económicos, sociales y culturales tiene una naturaleza jurídica que no siempre coincide con la de otros derechos del mismo grupo. Cada derecho tiene su propia medida de aplicabilidad, de exigibilidad y de justiciabilidad. Si bien estas características se dan también en los derechos civiles y políticos, éstos, frente a aquellos, tienen una mayor homogeneidad. Podríamos, entonces, hablar de grados, de intensidades, que en ciertos casos significaría que, frente a los derechos humanos, las obligaciones asumidas por un Estado, como consecuencia de factores económicos o de su mayor o menor desarrollo, pueden variar con respecto a las de otro Estado. Estas situaciones, en la práctica, pueden generar diferentes niveles de protección frente a un mismo derecho y, sin detenerse a considerar si ello está o no de acuerdo con la naturaleza misma de los derechos humanos, estas distinciones fueron recogidas por los dos Pactos sobre derechos humanos aprobados por la ONU.

Cabe señalar que debates semejantes han tenido lugar en el marco de la redacción de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos aprobados por los Organismos de los sistemas regionales: el europeo, el americano y el africano.

Estos debates surgen de la idea de que los derechos civiles y políticos son susceptibles de aplicación "inmediata" y que, en cambio, los derechos económicos, sociales y culturales requieren para su realización, **el aplicar progresivamente acciones de carácter positivo.**

El carácter de progresividad que tienen los derechos económicos, sociales y culturales, ha sido la puerta por la cual muchos Estados pretenden eludir sus obligaciones al darle menores garantías a esos derechos. Por otra parte, unidos como están, al concepto de progreso, la dificultad principal es establecer una tabla de medición que permita fijar los límites de responsabilidad de un Estado. Estas son, entre otras, algunas de las diferencias principales que se pueden apreciar al comparar, en una primera mirada, a los derechos civiles y políticos con los derechos económicos, sociales y culturales.

Pero estas distinciones parten del hecho de considerar, en términos absolutos, que los derechos civiles y políticos son de ejecución inmediata y que los derechos

económicos, sociales y culturales son de ejecución progresiva. Se confiere así a los primeros, un carácter de perfección cuya aceptación implicaría que no hay nada ya por avanzar en el marco de esos derechos. Eso equivaldría a afirmar que la democracia no avanza, que no evoluciona, lo cual es completamente falso. Los derechos civiles y políticos no son estáticos y, aunque algunos sostienen lo contrario, comparten, con los derechos económicos, sociales y culturales, el carácter de progresividad.

El desbalance que se aprecia al comparar los mecanismos existentes para la protección de los derechos civiles y políticos frente a los derechos económicos, sociales y culturales, no tiene justificación alguna, más aún cuando hay una estrecha relación entre el derecho a la vida -que es el presupuesto de todos los derechos- y el derecho a no padecer una extrema necesidad que la ponga en peligro. En tal sentido, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a iniciativa del autor de estas líneas, ha elaborado un proyecto de Protocolo Facultativo al Pacto Internacional que protege esos derechos, cuya aprobación será un importante paso en el camino de darles la justiciabilidad necesaria para que ese grupo de derechos esté efectivamente garantizado no sólo a nivel nacional sino internacional.

Este proyecto de protocolo fue, luego de muchos debates en varias sesiones, aprobado por dicho Comité. En la actualidad continúa en estudio en la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

En el proceso preparatorio de la reciente TI Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, junio de 1993), el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales insistió en que es precisamente en los períodos de crisis económicas que se impone la plena vigencia de tales derechos, particularmente en relación con los miembros más vulnerables de la sociedad. Agregó que prácticas discriminatorias son hace mucho condenadas en relación con los derechos políticos, pero persisten y son toleradas como lamentables "realidades" en relación con los derechos económicos, sociales y culturales. Añadió que es necesario que todos los Estados ratifiquen el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (y no sólo el de Derechos Civiles y Políticos), para lograr la indivisibilidad de los derechos humanos.

## LA NO REGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES.

Los derechos humanos tienen todos un carácter de progresividad. Este carácter es congénito a la naturaleza misma de esos derechos. Su no regresividad está consagrada en el espíritu de todas las declaraciones y tratados internacionales que los promueven y protegen. Admitir como posible una regresión, significaría un contrasentido de por sí violatorio de los derechos humanos.

El hecho de que el ejercicio de algunos derechos humanos pueda ser suspendido temporalmente, tal como está previsto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en Convenciones regionales, no significa que los derechos dejen de existir. Estas excepciones están consideradas « en situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación... ». En todo caso, existe un « núcleo duro » que no puede ser suspendido nunca y mucho menos, eliminado.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General número 3 (1990), señala que todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo "requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga".<sup>4</sup>

La misma Observación General señala que corresponde a cada Estado Parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos. Agrega que si "el Pacto se ha de interpretar de tal manera que no establezca una obligación mínima, carecerá en gran medida de su razón de ser". Por otra parte, hace hincapié en que el párrafo 1 del artículo 2 obliga a cada Estado Parte a tomar las medidas necesarias "hasta el máximo de los recursos de que disponga", y precisa que para que "cada Estado pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas".<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General Nro. 3 (1990)

<sup>5</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General Nro. 3 (1990)

En lo que se refiere al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se establece, en su artículo 4° que dichos derechos sólo pueden limitarse por ley « en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática ».

En el caso de ambos Pactos, éstos han sido objeto de comentarios con motivo de la elaboración del "Manual de Preparación de Informes sobre los Derechos Humanos". Los comentarios al Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, han estado a cargo del profesor Philip Alston, de nacionalidad australiana, y los correspondientes al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, fueron elaborados por el profesor Fausto Pocar, Vice-Rector de la Universidad de Milán. En ambos casos, se trata de sendos miembros de los Comités que supervisan el cumplimiento de los derechos reconocidos en los citados Pactos.

A diferencia del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales no establece la derogabilidad de ninguno de los derechos. Por otra parte, « en la mayoría de los casos será difícil satisfacer las condiciones específicas que deben reunirse para justificar la imposición de limitaciones con arreglo al artículo 4 » . En todo caso, y de darse esa poco probable conjunción de circunstancias, « La duración de esas limitaciones deberá reducirse siempre al mínimo »<sup>6</sup>

La disposición contenida en el artículo 4° se ve reafirmada en los artículos 5° y 8°.

Conviene recordar que tanto el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, tienen algunos párrafos en común. Tal es el caso del artículo 5 de ambos instrumentos internacionales, cuyo texto es como sigue:

---

<sup>6</sup> CENTRO DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS/ INSTITUTO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA FORMACIÓN PROFESIONAL Y LA INVESTIGACIÓN (UNITAR).Manual de Preparación de Informes sobre los Derechos Humanos. Alston, Philip. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

## « Artículo 5°.

0001380

1.- Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de reconocer derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos o libertades reconocidos en el Pacto, o a su limitación en medida mayor que la prevista en él.

2.- No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado ».

Finalmente, el párrafo 3 del artículo 8°, relativo a los derechos sindicales y de huelga, señala :

## « Artículo 8°

3.- Nada de lo dispuesto en este artículo autorizará a los Estados Partes en el convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948 relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación a adoptar medidas legislativas que menoscaben las garantías previstas en dicho Convenio o a aplicar la ley en forma que menoscabe dichas garantías ». <sup>7</sup>

Philip Alston, en su ya citado trabajo, se remite a lo expresado por Fausto Pocar y transcribe textualmente lo que afirma el jurista italiano al comentar el referido artículo 5° quien además de señalar que “es de carácter y alcance generales”, precisa que el “fin del párrafo 1 es prevenir toda interpretación errónea de cualquier artículo del Pacto que pudiera causar la anulación o la limitación de los derechos y libertades en mayor medida que la que permite el propio Pacto. El párrafo 2 trata de eventuales conflictos que puedan surgir entre el Pacto y otras normas aplicables en el Estado Parte, bien porque éste las haya adoptado directamente o bien porque se deriven de otros acuerdos internacionales. El Pacto reconoce la prioridad de las disposiciones que brindan la máxima protección”. <sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> Naciones Unidas. Derechos Humanos. Recopilación de instrumentos internacionales. Vol.1 (primera parte). Instrumentos de carácter universal. Nueva York y Ginebra, 1994.

<sup>8</sup> CENTRO DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS/ INSTITUTO DE LAS NACIONES

El artículo 5º, en el contexto de todas las disposiciones del Pacto, tiene una importancia muy singular que ha sido puesta de manifiesto por el Profesor Pocar, que Alston ha hecho suyas y a las que yo me adhiero plenamente.

Pienso sí, que el artículo en referencia, dista mucho de ser agotado. Aparte de los comentarios citados, cuyas partes esenciales hemos transcrito, el tema no ha merecido mayor estudio por parte de los publicistas. Por otro lado, en el caso concreto de las tareas que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU realiza desde su creación, cuando se ha detectado algún indicio que pudiera significar la violación de ese artículo por un Estado Parte, debido, quizás, a la compleja naturaleza del tema, las posiciones de los expertos del Comité no han podido ser conciliadas en el grado deseable. La estrecha agenda, en cuanto a tiempo disponible se refiere, no ha permitido profundizar sobre algunos aspectos que encierra el mencionado artículo 5º. En momentos como los actuales, en que los derechos económicos, sociales y culturales se ven afectados en muchos países, un análisis más profundo es absolutamente necesario e imperativo.

### **El artículo 5º y el establecimiento de derechos, obligaciones y limitaciones.**

El artículo 5º **no reconoce** derecho alguno a un "Estado, grupo o individuo" para menoscabar los derechos reconocidos en el Pacto. Este no reconocimiento es **total y absoluto**, es decir, no admite excepción alguna, salvo aquellas que el propio Pacto permite que, en el caso de los derechos económicos, sociales y culturales, son muy pocas.

Otro aspecto a considerar es el alcance de dicha disposición. Es indudable que el "**no reconocimiento**" del derecho a limitar los derechos reconocidos en el Pacto, implica una **prohibición** que, también en el caso que nos ocupa, es absoluta.

Si bien la aplicación del Pacto ha reiterado que los titulares de los derechos reconocidos en el Pacto son, entre otros, la persona humana, los pueblos, organizaciones

y grupos humanos, no se ha hecho hincapié en la variedad de sujetos en los cuales recae la obligación de cumplir con las normas del Pacto, pues esas obligaciones no se limitan a los Estados. El Pacto señala claramente que la aludida prohibición se extiende también a un **“grupo o individuo”**. Ello nos lleva a reflexionar acerca de si la responsabilidad frente a alguna violación a los derechos económicos, sociales y culturales, efectuada por un **“grupo o individuo”** es competencia exclusiva de la jurisdicción interna de los Estados o si la jurisdicción penal internacional debe, como ya lo he expresado en muchas oportunidades comprender también a un **“grupo o individuo”**. De esta manera evitaríamos continuar con la odiosa discriminación que, en muchos campos se da, incluido el jurídico, contra los derechos económicos, sociales y culturales. Si bien el grado de justiciabilidad de estos derechos no es comparable al alcanzado ya por los derechos civiles y políticos, es necesario seguir trabajando para disminuir el desequilibrio que se aprecia en la actualidad.

A las medidas contenidas en el proyecto de Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, al cual ya me he referido, habría que sumas otras. Los delitos contra los derechos económicos, sociales y culturales deberían tener la posibilidad de recibir un trato semejante al que ya se da en algunos otros instrumentos internacionales como la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, que, en su artículo 6º reconoce que todo “Estado Parte en cuyo territorio se encuentre la persona que se supone que ha cometido cualquiera de los delitos a los que se hace referencia en el artículo 4 (actos de tortura, tentativa de cometer tortura y a todo acto de cualquier persona que constituya complicidad o participación en la tortura.) si, tras examinar la información de que dispone, considera que las circunstancias lo justifican, procederá a la detención de dicha persona o tomará otras medidas para asegurar su presencia. La detención y demás medidas se llevarán a cabo de conformidad con las leyes de tal Estado y se mantendrán solamente por el período que sea necesario a fin de permitir la iniciación de un procedimiento penal o de extradición.”

Ciertamente, no se trata de abogar por medidas exclusivamente sancionadoras pero, prescindir del derecho penal en lo que se refiere a los derechos económicos, sociales y culturales, deja un vacío propicio para dejar en la impunidad a ese tipo de violaciones.

A mi entender, el Pacto bajo comentario, deslinda dos tipos de responsabilidad que corresponden al Estado: La que se relaciona con actividades propias del Estado y las que derivan de su necesario accionar ante actividades contrarias a lo establecido en el Pacto, por parte de un "grupo o individuo" sobre los que tenga jurisdicción. El texto del Pacto es muy claro y su objetivo ha sido, precisamente evitar que la responsabilidad pueda verse limitada a acciones exclusivamente estatales.

### **El artículo 5º y el carácter de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales.**

El inciso 2º del artículo 5º del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales contiene una cláusula de progresividad que responde al concepto de conceptualización de los derechos humanos y a la particular naturaleza de éstos: Una vez reconocido un derecho, éste no puede ser disminuído.

Es importante notar que el texto del Pacto alude a los derechos económicos, sociales y culturales como "derechos fundamentales" y, al hacerlo, está reiterando el carácter de unidad de todos los derechos humanos.

Este inciso está, además, vinculado con el artículo 3º, relativo a la igualdad de derechos entre hombres y mujeres así como al artículo 4º que faculta a los Estados Partes a someter los derechos garantizados en el Pacto a limitaciones determinadas por ley "sólo en la medida compatible con esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática "

En el contexto del artículo 5º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, no puedo dejar de señalar que todo tratado internacional debe ser interpretado teniendo en cuenta la totalidad del texto. La experiencia señala cuán peligrosas pueden ser las interpretaciones parcelarias de un instrumento. En el caso de un tratado relativo a derechos humanos, su interpretación debe hacerse, además, teniendo en cuenta toda la tupida red de convenciones universales y regionales.

En lo concerniente a la cuestión de la regresividad, el Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha expresado su

preocupación por el hecho de que la Constitución Política del Perú de 1993, haya disminuído el reconocimiento de norma constitucional que la Carta Magna de 1979 concedía a los preceptos sobre derechos humanos contenidos en los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano. Igual criterio mantiene el Comité de Derechos Humanos que supervisa el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.<sup>9</sup>

## **IMPLICANCIAS DEL GOCE DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES EN EL DESARROLLO HUMANO.**

La relación que existe entre el goce de los derechos económicos, sociales y culturales en el desarrollo se da en términos tan intensos, que bien se puede afirmar que sin el disfrute de esos derechos el derecho al desarrollo queda limitado a una expresión vacía de contenido.

El Derecho al Desarrollo ha sido objeto de una Declaración cuya redacción se encomendó a un grupo de 15 expertos elegidos por la ONU, provenientes de diversas áreas geográficas, y que tuve el honor de integrar.<sup>10</sup> Sin duda, su texto constituye una síntesis de todos los derechos humanos conceptualizados hasta la fecha. Fue aprobado por la Asamblea General de la ONU el 4 de diciembre de 1986 y alcanzó un auténtico consenso de universalidad en la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos realizada en Viena en 1993. Se ha propuesto que su texto pase a integrar la Carta Internacional de Derechos Humanos, al lado de la Declaración Universal de Derechos Humanos, los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.<sup>11</sup>

En este sentido, la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo indica nítidamente la correlación que existe entre todos los derechos humanos. Así, el artículo resolutivo 8 señala que "los Estados deben adoptar, en el plano nacional, todas las medidas necesarias para la realización del derecho al desarrollo y garantizarán, entre otras cosas,

---

<sup>9</sup> (V. CCPR/50/CRP.1/Add.1, pp.18-23 ; Doc. E/C.12/1/Add.14, pp.1-6

<sup>10</sup> Alvarez Vita, Juan. Derecho al Desarrollo. Lima: Instituto Interamericano de Derechos Humanos/Instituto Peruano de Derechos Humanos/Cultural Cuzco, 1988.

<sup>11</sup> Alvarez Vita, Juan. De la Declaración Universal de Derechos Humanos a la Globalización: Medio siglo de Camino (1948-1998). Hacia una Cultura de los Derechos Humanos. Ginebra: Universidad de Verano de Derechos Humanos y del Derecho a la Educación.

la igualdad de oportunidades para todos en cuanto al acceso a los recursos básicos, la educación, los servicios de salud, los alimentos, la vivienda, el empleo y la justa distribución de los ingresos. Deben adoptarse medidas eficaces para lograr que la mujer participe activamente en el proceso de desarrollo. Deben hacerse reformas económicas y sociales adecuadas con objeto de erradicar todas las injusticias sociales".<sup>12</sup>

Dicha Declaración, marca los caminos a seguir por todas las personas y todos los Estados y supone un esfuerzo titánico pues su cumplimiento exige una plena participación de todos y un cambio de estructuras total a nivel interno e internacional.

Si bien los inconvenientes se dan tanto en los países llamados desarrollados como en los denominados países en desarrollo, el grado que en estos últimos alcanzan esos problemas no tienen punto de comparación.

El subdesarrollo y la pobreza condicionan el desarrollo social de gran número de países. A ello se suma una serie de situaciones que afectan negativamente el goce de los derechos humanos.

Desde el punto de vista social, hay una serie de aspectos que no pueden dejar de ser mencionados en esta oportunidad, pues están relacionados con el caso que nos ocupa, el de los « Cinco Pensionistas » :

**a. Crecimiento y envejecimiento de la población.**

Si bien el problema del envejecimiento es pavoroso en los países desarrollados, más aún cuando se hacen proyecciones hacia el futuro, ello no es exclusivo de esas áreas. Así, en América Latina un promedio de algo más de 7% y, en algunos de 10%, es mayor de 60 años. Este cambio en la estructura de la población ya ha empezado a ejercer una gran presión en el ámbito de lo social, político y económico.

**b. Servicios insuficientes e inadecuados.**

---

<sup>12</sup> Alvarez Vita, Juan. Derecho al Desarrollo. Lima: Instituto Interamericano de Derechos Humanos/Instituto Peruano de Derechos Humanos/Cultural Cuzco, 1988.

La coexistencia de sistemas de suministros públicos y privados, seguridad social, seguro cooperativo y organizaciones de beneficencia, viene acentuando las disparidades que se presentan en la prestación de servicios. Ello se agrava al aparecer un amplio abanico de situaciones con distintas clases de beneficios, privilegios y grados de calidad, como consecuencia de problemas y condiciones relacionados con las necesidades, formas de percepción y demandas de los diversos estratos de la sociedad.

**c. Limitaciones en cuanto a la seguridad social.**

Los Estados deben trabajar por la seguridad social con el fin de garantizar que toda la población tenga igualdad de acceso a los servicios de carácter social. Es preciso modificar su fundamento político, conceptual, legal y financiero y erradicarse la utilización hacia otros fines -sin que redunde en beneficio de quienes directamente hacen aportes- de fondos destinados a la seguridad social, práctica observada en muchos países.

En el caso particular de los « Cinco Pensionistas », el núcleo de los derechos afectados está constituido, en gran medida por el derecho a la seguridad social. Éste es indesligable de los otros derechos humanos y tiene muchos y diversos planos pues no está limitado a un grupo de personas dentro de la sociedad. De esos derechos humanos, sólo quisiera referirme al derecho al trabajo. Así como la persona se procura para sí y para su familia un adecuado nivel de vida a través de su trabajo, cuando cesa de hacerlo, por razones de salud, accidente o edad, debe gozar de los recursos necesarios para el sustento de su vida. No se trata del derecho a disfrutar de una asistencia proporcionada por el Estado sino que, en muchos casos, se trata del derecho a gozar de los frutos de las aportaciones sistemáticamente realizadas por el trabajador. El no poder gozar de ellas, no va solamente contra los derechos surgidos del esfuerzo de su trabajo sino que atenta, igualmente, contra su derecho a la propiedad.

Con respecto a la situación de la seguridad social en el Perú, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, ha expresado su preocupación no sólo por el hecho de que gran parte de la población (por integrar un sector no estructurado de la economía) esté excluida de toda protección social, sino también por la situación de los pensionistas.<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> (Doc.E/C.12/1/Add.14, pp-1-6.)

**Alvarez Vita, Juan. "Tratados Internacionales y Ley Interna". Editorial: Universidad de Lima / Fondo de Cultura Económica S.A.. Lima, 2001.**

## **CAPÍTULO VI**

### **NUEVAS FIGURAS EN RELACION CON LA INTERPRETACIÓN DE LOS TRATADOS**

#### 1. Situaciones relacionadas con la interpretación de los tratados.

El derecho internacional tiene amplia legislación acerca de la forma como puede ser interpretado un tratado. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, del 23 de mayo de 1969, dedica sus artículos 31, 32 y 33 a regular esta materia <sup>14</sup>

La regla general de interpretación está recogida en el artículo 31 de la mencionada convención. En su párrafo 1 se dice que "un tratado deberá interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado, en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin". <sup>15</sup>

En cuanto a estas disposiciones, es necesario precisar que no es posible, en el grado actual de desarrollo del derecho internacional, interpretar aisladamente los dispositivos de un tratado sino en el contexto del mismo. Como bien lo establece la mencionada Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en el inciso 2º de su artículo 31, ese contexto « comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos : a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado ; b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado ». <sup>16</sup>

En el marco de lo que venimos tratando, es conveniente tener en cuenta que la referida Convención de Viena recogió y sistematizó los criterios interpretativos surgidos de

---

<sup>14</sup> NACIONES UNIDAS. Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. 23 de mayo de 1969.

<sup>15</sup> NACIONES UNIDAS. Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. 23 de mayo de 1969.

<sup>16</sup> NACIONES UNIDAS. Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. 23 de mayo de 1969.

la práctica de los Estados, de las opiniones de los publicistas y de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia. Sin embargo, las reglas plasmadas dicha Convención, no comprenden todos los problemas que pueden surgir de la necesidad de interpretar un tratado.

Al respecto, un caso muy interesante es el que motivó la opinión consultiva OC-1/82, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos « Otros Tratados » que, a solicitud del gobierno del Perú, emitió el 24 de septiembre de 1982. En esa oportunidad ese Tribunal, por unanimidad, señaló que « la competencia consultiva de la Corte puede ejercerse, en general, sobre toda disposición, concerniente a la protección de los derechos humanos, de cualquier tratado internacional aplicable en los Estados americanos, con independencia de que sea bilateral o multilateral, de cuál sea su objeto principal o de que sean o puedan ser partes del mismo Estado ajenos al sistema interamericano. »<sup>17</sup>

Como se puede apreciar, esta opinión consultiva da un carácter más amplio a las posibilidades de interpretación a que alude el mencionado artículo de la varias veces citada Convención.

### **1. El caso de interpretación mutatis mutandis para los tratados sobre derechos humanos.**

Otro caso, no menos interesante es el relacionado con la interpretación de un tratado internacional y la evolución conceptual de los derechos humanos, tema acerca del cual me he referido en mi libro « El Derecho a la Salud como Derecho Humano ». Al abordar ahí la labor del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, señalé que ella se realiza con una óptica muy amplia y recurriendo, para un mejor cumplimiento de sus funciones, al auxilio de diversos organismos internacionales y a los informes que presentan los demás órganos encargados de la supervigilancia de los derechos humanos y, además, a otros tratados sobre derechos humanos de los que el Estado bajo análisis sea Parte.

---

<sup>17</sup> ORGANIZACION DE ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Serie A : Fallos y Opiniones N° 1. Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982 « Otros Tratados » objeto de la función consultiva de la Corte (Art. 64 de la Convención Americana de Derechos Humanos). Secretaría de la Corte, San José, Costa Rica, 1982.

En esa misma oportunidad destacué que los derechos humanos, y entre ellos los económicos, sociales y culturales tienen ciertas particularidades que deben ser tomadas en cuenta en el momento de estudiar su grado o nivel de cumplimiento. Si bien una de las reglas fundamentales para la interpretación de los tratados en general es la llamada norma intertemporal, que consiste, como es sabido, en considerar no sólo el sentido y significación de las palabras empleadas en el momento en que el tratado fue redactado, sino que, en el caso que nos ocupa, dado el carácter de constante evolución que caracteriza a estos derechos, es imperativo interpretar el contenido real de los derechos consagrados en el Pacto no con el sentido y amplitud que tenían en 1966, año de su aprobación, sino con un criterio **mutatis mutandis**, es decir, con el contenido que tengan en el momento de su aplicación. De no ser así, estaríamos exigiendo el cumplimiento de un derecho fosilizado por el paso de los años, por el avance de las ciencias y por los acontecimientos que derivan de la permanente evolución del mundo.<sup>18</sup> Así, por ejemplo –de no mediar este criterio– al analizar la preservación del medio ambiente, el Comité tendría que circunscribir sus análisis a los límites que el derecho ecológico tenía hace casi tres décadas, cuando aún no se había realizado la célebre Conferencia Mundial de Estocolmo, ni la Cumbre de Río de Janeiro.

Cabe destacar que ningún Estado parte en el mencionado Pacto ha objetado la interpretación hecha por el Comité, sino que más bien la ha consentido. Estos antecedentes conviene relacionarlos con lo dispuesto en los incisos 3º y 4º del artículo 31 de la citada Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que a la letra dicen:

“3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

- a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;
- b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo entre las partes acerca de la interpretación del tratado;
- c) toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

---

<sup>18</sup> ALVAREZ VITA, Juan . “El Derecho a la Salud como Derecho Humano”. Versión castellana. Instituto Peruano de Derechos Humanos. Cultural Cuzco S.A. Editores. Lima,1994. (La versión original fue editada por la ONU en español, francés, inglés y ruso).

4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes".<sup>19</sup>

Estas disposiciones citadas constituyen, indiscutiblemente, pautas a seguir para la interpretación de los tratados como normas de derecho internacional. En caso de surgir divergencias, se entra en el campo de las negociaciones diplomáticas o a las vías de arbitraje o judiciales existentes.

Pero, ¿Qué ocurre cuando las estipulaciones de un tratado deben ser consideradas en su condición de derecho interno de un Estado.?

Si bien no debería presentarse ninguna diferencia y, en la práctica en muchos casos así ocurre, hay también divergencias en cuanto a la aplicación del tratado como parte del ordenamiento jurídico interno de un Estado.

Ello puede tener muchos matices derivados de circunstancias específicas como la aplicación de la reciprocidad. En algunos casos como los de Francia y Grecia, su regulación se ha hecho en sus respectivas constituciones, que supeditan el cumplimiento de un tratado al referido principio de reciprocidad.

Por otra parte, en Estados en los que no existe una disposición constitucional, ello nunca ha sido óbice para otorgar un tratamiento recíproco en el cumplimiento de los tratados.

En la aplicación del principio de reciprocidad, se aprecia que ésta sólo funciona para casos muy específicos entre los que pueden citarse la extradición, asuntos comerciales, exenciones tributarias para las misiones y agentes diplomáticos y algunos otros casos.

En cuanto a la aplicación de la reciprocidad, conviene recordar que tradicionalmente, la facultad de interpretar una norma jurídica corresponde a los órganos judiciales de cada país. Un caso especial es el de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, del 18 de abril de 1961, sobre la que existe una práctica

---

<sup>19</sup> **NACIONES UNIDAS.** Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. 23 de mayo de 1969.

generalizada de dejar que la interpretación sea efectuada por el respectivo Ministerio de Relaciones Exteriores. Incluso, en muchos países, la competencia de ese Ministerio para realizar las interpretaciones pertinentes ha sido adecuadamente legislada.

## CAPÍTULO XI

### LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN EL REGIMEN INTERNO PERUANO

#### 1. Las constituciones de 1979 y de 1993.

Para comprender mejor la Constitución peruana de 1993, es necesario considerar los principales cambios que ésta tiene en relación con la inmediata anterior, la de 1979. Ello ha sido abordado por estudiosos muy serios del derecho constitucional peruano y existe una amplia producción bibliográfica.

En lo que se refiere a la relación específica entre el derecho constitucional y el derecho internacional, los estudios no han sido numerosos, pero sí de mucha calidad <sup>20</sup>.

---

<sup>20</sup> Sin que esta relación pretenda ser exhaustiva, véanse los trabajos del Embajador **Antonio Belaunde Moreyra**: "Principios Generales y la Unidad del Derecho". En Revista de la Sociedad Peruana de Derecho Internacional. Tomo XXXIV. Octubre-diciembre de 1982. N° 84; "La Constitución Peruana de 1979 y el Derecho Internacional". En Revista de la Sociedad Peruana de Derecho Internacional. Tomo XXXIV. Abril-junio de 1982. N° 86; y "El Derecho Internacional de los Tratados y la correspondiente práctica del Gobierno Peruano". En Revista de la Sociedad Peruana de Derecho Internacional T. XLI. Enero de 1989- diciembre 1992. N° 97-100, p.p. 66. También el trabajo de **Guillermo Fernández Maldonado**, intitulado "Los Tratados Internacionales y el Sistema de Fuentes de Derecho en el Perú". En Revista "Derecho N° 43-44. Lima, diciembre 1990. Igualmente, los de **Carolina Loayza**: "Jurisprudencia Internacional y Derecho Comparado" y "Relación entre el Derecho Interno y el Derecho Internacional. Comentarios sobre la recepción del derecho internacional en la Constitución de 1993", este último en coautoría con **Nicolás de Piérola**. En "Materiales de Enseñanza". Derecho Internacional Público. Universidad de Lima. 1995. También los del Embajador **Abraham Padilla Bendejú**: "Tratados, Convenios, Acuerdos", en Revista de la Sociedad Peruana de Derecho Internacional Tomo XLII. Enero-septiembre de 1993. N° 101, pp.51-60; "Aprobación y Ratificación de los tratados. Tomo XLVI. Agosto-diciembre 1996. N° 108; **Marcial Rubio Correa**: "La ubicación jerárquica de los tratados referentes a derechos humanos". En Revista Pensamiento Constitucional Año V. N° 5. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1998; **Fabián Novak Talavera**: "Los Tratados y la Constitución Peruana de 1993". En Revista "Agenda Internacional. Año 1 N° 2. Pontificia Universidad Católica del Perú. Instituto de Estudios Internacionales; **Oscar Maúrtua de Romaña**: "Constitución y Política Exterior". En Agenda Internacional. Pontificia Universidad Católica del Perú. Instituto de Estudios Internacionales, Año II, N° 3. Enero-julio 1995; Javier Ciurlizza: "La inserción y jerarquía de los Tratados en la Constitución de 1993: retrocesos y conflictos. En La Constitución de 1993. Análisis y Comentarios II. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1995; **Enrique Bernales Ballesteros**: "La Constitución de 1993. Análisis Comparado". Con la

La Constitución del Perú de 1979 seguía lo que se conoce como “principio de la expansibilidad de los derechos humanos universales”, vale decir, que su vigencia jurídica no estaría condicionada a la aceptación, ya sea lícita o expresa, por parte del legislador. Consecuentemente la referencia específica de los mencionados derechos, no significa que se excluya el reconocimiento de otros que derivan de la dignidad del hombre, tal como lo señalaba su artículo. 4º. La Constitución vigente ha recogido el mismo precepto en su artículo 3º.

Estas disposiciones pueden permitir una interpretación de otros artículos de la propia Constitución o de otras normas legales, y su aplicación por los jueces de manera más favorable al desarrollo y protección de los derechos humanos.

Se adujo, muchas veces que la Constitución de 1979 era muy detallista, reglamentarista y con mecanismos muy complicados que impedían su ágil funcionamiento. No obstante, pensamos que los principios básicos plasmados en la Constitución eran bastante adecuados si se tiene en consideración el momento histórico en que fue elaborado. Es cierto que si se comparaba ese texto constitucional con el de constituciones de países desarrollados y con larga trayectoria democrática, la peruana, con 306 artículos y 20 disposiciones generales, producía una imagen de desproporción. Algo semejante a la Carta de Cádiz que con sus 384 artículos es la Constitución más extensa de cuantas han regido en el Perú. El constituyente de 1979 estimó que debía tener un marco de seguridad que no fuera sobrepasado con facilidad. Por ello, en lo que se refiere a la enumeración de los derechos de la persona humana, en la Exposición de Motivos señalaba que no creía que se hubiese omitido alguno.

Como suele ocurrir en muchos de los llamados países en desarrollo, existe cierta idealización en lo que a la legislación se refiere. Ello también ocurre en el Perú y trae como consecuencia el dictar normas sin considerar las posibilidades reales de su aplicación. Se olvida así que para la efectiva realización de los derechos humanos se requieren ciertas condiciones que no están sujetas a la voluntad de quienes los

proclamaron ni de quienes tienen la responsabilidad jurídica de su protección. Frente al problema que afrontan los países en desarrollo, derivados de su penosa situación económica, no es posible poner en práctica medidas conducentes a elevar el nivel de vida, imprescindibles para desarrollar la protección de la mayoría de los derechos económicos, sociales y culturales y, dada la interdependencia que existe entre éstos y los derechos civiles y políticos, estos últimos terminan por verse igualmente afectados. Ello desafía la plena vigencia de toda norma constitucional. En este contexto, calificar de utópica a la Constitución de 1979, es pretender singularizar lo que no se distingue en el conjunto de cartas políticas que ha tenido el Perú.

.....

## **6.- Las innovaciones constitucionales de 1979 y de 1993.**

La Carta Magna de 1979 estableció por primera vez en nuestra historia constitucional, a iniciativa del constituyente Andrés A. Aramburú Menchaca, un capítulo especial para la cuestión de los tratados.<sup>21</sup> Se reconoció, entre otros aspectos, que los tratados forman parte del derecho nacional, la supremacía de los tratados sobre la ley interna, la categoría de norma constitucional a los preceptos sobre derechos humanos contenidos en tratados de los cuales el Perú es Parte, y un procedimiento especial para aprobar tratados que estuviesen en contraposición con la constitución.

Estas innovaciones influyeron en varias constituciones posteriores, como la de Honduras, de 1982, El Salvador y la novísima de Venezuela de diciembre de 1999, acerca de las cuales hemos hecho referencia en el capítulo V.

La Constitución de 1999 había regulado la cuestión de la incorporación de los tratados de la siguiente manera:

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

La parte final de este artículo no dejaba duda alguna en lo que se refiere a la supremacía del tratado.

---

<sup>21</sup> Diario de Debates de la Asamblea Constituyente (1979).

0001394

“Artículo 102- Todo tratado internacional debe ser aprobado por el Congreso, antes de su ratificación por el Presidente de la República “.

“Artículo 103º- Cuando un tratado internacional contiene una estipulación que afecta una disposición constitucional, debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución, antes de ser ratificado por el Presidente de la República”.

Este artículo lo hemos comentado ampliamente al tratar la cuestión de las repercusiones que en el derecho interno se presentan como consecuencia de conflictos con el derecho internacional, en el capítulo VII del presente libro.

Con respecto a las atribuciones del Jefe del Estado en esta materia, estableció lo siguiente:

“Artículo 104º- El Presidente de la República puede, sobre materias de su exclusiva competencia, celebrar o ratificar convenios internacionales con estados extranjeros u organizaciones internacionales o adherir a ellos sin el requisito previo de la aprobación del Congreso. En todo caso debe dar cuenta inmediata a éste”.

Una innovación muy importante fue el siguiente enunciado:

“Artículo 105- 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”.

Con respecto a los tratados de integración, estableció que:

“Artículo 106.- Los tratados de integración con estados latinoamericanos prevalecen sobre los demás tratados multilaterales celebrados entre las mismas partes”.

“Artículo 107.-La denuncia de los tratados es potestad del Presidente de la República, con aprobación del Congreso”.

Incluyó, además, en ese capítulo, los siguientes artículos: 0001395

“Artículo 108.- El Estado reconoce el asilo político. Acepta la calificación del asilado que otorga el gobierno asilante. Si se dispone la expulsión de un asilado político, no se le entrega al país cuyo gobierno lo persigue.”

“Artículo 109- La extradición sólo se concede por el Poder Ejecutivo, previo informe de la Corte Suprema. Quedan excluidos de la extradición los delitos políticos o los hechos conexos con ellos.

No se consideran como tales los actos de terrorismo, magnicidio y genocidio.

La extradición es rechazada si existen elementos de juicio suficientes para considerar que se ha solicitado con el fin de perseguir o castigar a un individuo por motivos de raza, religión, nacionalidad u opinión.”

La Constituyente de 1979 adoptó, en sus disposiciones generales y transitorias, dos de especial trascendencia en la vida del país que ya hemos mencionado líneas atrás:

DECIMOSEXTA.- Se ratifican constitucionalmente, en todas sus cláusulas, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos así como el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas.

Se ratifica, igualmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San Jose de Costa Rica, incluyendo sus artículos 45 y 62, referidos a la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

DECIMOSETIMA.- Se ratifica el Convenio 151 de la Organización Internacional de Trabajo sobre protección del derecho de sindicación y procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública”.

En otros capítulos de la citada Constitución de 1979, leemos los siguientes artículos que, sin mayor variante, han sido recogidos por la Constitución de 1993.

---

**Capítulo V**  
**Poder Ejecutivo**

0001396

Artículo 118º- Son atribuciones y obligaciones del Presidente de la República:

1.- Cumplir y hacer cumplir la Constitución y los tratados, leyes y demás disposiciones legales.

2.- Representar al Estado, dentro y fuera de la República.

.....

14.- Dirigir la política exterior y las relaciones internacionales, y celebrar y ratificar tratados y convenios de conformidad con la Constitución.

.....

19.- Declarar la guerra y firmar la paz, con autorización del Congreso.

Para mayor precisión, conviene señalar que el artículo 211, ha pasado a ser el 118 de la actual Constitución, cuyos incisos mantienen la anterior numeración, con excepción del número 14 que pasó a ser 11.

**Título V**  
**Garantías Constitucionales**

Artículo 205º. Agotada la jurisdicción interna, quien se considera lesionado en los derechos que la Constitución reconoce, puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituídos según tratados de los que es parte el Perú.

Es importante destacar que el artículo 305 ha pasado a tener el número 205 en la nueva Constitución de 1993.

**7. Análisis comparativo entre las constituciones de 1979 y de 1993 en lo que se refiere a los tratados.**

Fabián Novak Talavera, en un muy interesante análisis que efectúa sobre el tema, señala que por regla general, “nuestros constitucionalistas no han prestado mayor atención a la problemática de la acción exterior del Estado y, entre sus múltiples

aspectos, a los tratados internacionales. Esto ha sucedido, probablemente, en el entendido que se trata de una labor que corresponde realizar a los internacionalistas; estos, a su vez, han preferido analizar los tratados en el marco doctrinal y siguiendo lo dispuesto por la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados, donde la referencia constitucional es accesoria.”<sup>22</sup>

Coincido con Novak en esas apreciaciones, así como en la ventaja que constituye el hecho de que, por razones técnicas, en la actual Constitución de 1993, se haya separado los artículos 108 y 109 de la Constitución de 1979, referidos al tema del asilo y la extradición. Igualmente, comparto el criterio de no haberse considerado un artículo similar al 106 de la anterior Constitución, por cuanto establecer supremacías a los tratados de integración –en el contexto que lo hacía la anterior Carta Política- no tiene ninguna fundamentación y su eventual aplicación – que nunca se produjo- hubiera sido fuente de conflictos.

El artículo 55° de la actual Constitución reza como sigue :

#### Artículo 55°

«Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional». Corrige la omisión que contenía el artículo 101 de la Constitución de 1979 que hemos citado líneas arriba como se puede apreciar, este artículo sólo hacía referencia a los tratados suscritos con otros Estados, sin considerar a las Organizaciones Internacionales.<sup>23</sup>

Por otra parte, en el mencionado artículo 55° se omitió reproducir la segunda parte del artículo 101° de la derogada Constitución de 1979: «en caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalece el primero», cláusula que, como ya lo hemos analizado, zanjaba la cuestión de la supremacía del tratado frente a la ley interna y viceversa.

En la actual Constitución un tratado tiene el rango de ley conforme lo señala el artículo 200 que, al normar la Acción de Inconstitucionalidad, señala que “procede

---

<sup>22</sup> **NOVAK TALAVERA, Fabián.** “Los Tratados y la Constitución peruana de 1993” En Agenda Internacional. Pontificia Universidad Católica del Perú. Instituto de Estudios Internacionales (IDEI) Editorial Agenda Internacional, año I, n° 2 (julio – diciembre 1994), pp. 71 al 94.

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

Diverso criterio tiene Bernal Ballesteros. El afirma que “a nuestro criterio el rango que tendrán dentro del Perú será el que corresponda a las normas que las aprobaron internamente: resoluciones legislativas o decretos supremos, según haya sido el caso”.<sup>24</sup>

En lo que se refiere al caso de los tratados sobre derechos humanos, a la luz de la cuarta disposición transitoria de la Constitución de 1993, da a esos tratados una categoría que los ubica en un nivel por lo menos igual al de la propia Constitución del Estado como veremos al final del presente capítulo.

Con respecto a las competencias del Congreso y del Presidente de la República para aprobar tratados, la Constitución actual, en dos artículos, el 56° y el 57° ha dado precisión a esta cuestión que antes, como hemos visto, se dejaba a “la práctica de la Cancillería”.

“Artículo 56°:

“Los tratados deben ser aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el Presidente de la República, siempre que versen sobre las siguientes materias:

- 1.-Derechos Humanos
- 2.-Soberanía, dominio e integridad del Estado
- 3.-Defensa Nacional
- 4.-Obligaciones financieras del Estado.

También deben ser aprobados por el Congreso los tratados que creen, modifican o suprimen tributos; y los que exigen modificación o derogatoria de alguna ley y los que requieran medidas legislativas para su ejecución”.

Por otra parte, el artículo 57° consta de tres párrafos que merecen comentarios especiales.

---

<sup>23</sup> Para conocer las razones de esta omisión, puede consultarse el Diario Debates del Congreso Constituyente de 1979.

### Artículo 57°

(primer párrafo): “El Presidente de la República puede celebrar o ratificar tratados o adherir a éstos sin el requisito de la aprobación previa del Congreso en materias no contempladas en el artículo precedente. En todos esos casos, debe dar cuenta al Congreso”.

Novak ha resumido, en pocas líneas, la significación de estos artículos: “Este artículo concordado con el primer párrafo del artículo 57 realiza una clara distinción a través de una «lista positiva» entre los denominados *acuerdos simplificados* (o convenios ejecutivos) y los *acuerdos complejos* (o solemnes), atendiendo al procedimiento de conclusión de los mismos. Así, los primeros, serían potestativos del Presidente de la República, es decir, celebrados a sola firma. Los segundos, por la importancia de las materias que regulan, requerirían de un control parlamentario previo.”

25

El artículo 57 está referido a los tratados que puedan tener cláusulas que estén en contraposición con la Constitución. Reproduce el artículo 103 de la Carta de 1979 que ya hemos comentado:

Artículo 57. (segundo párrafo): «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».

El tercer párrafo del artículo 57 contiene mayores precisiones que las estipuladas en la Constitución anterior: El artículo finalmente corrige una redacción ambigua, que podía dar lugar a interpretaciones erradas.

Novak recuerda al respecto que, “el artículo 107 de la Constitución derogada establecía lo siguiente: “la denuncia de los tratados es potestad del Presidente de la República, con aprobación del Congreso”. Así tal como estaba redactada la norma, podía dar a entender que el artículo no exigía que la aprobación parlamentaria de la denuncia fuera previa a ésta lo cual, si bien no traía dudas en el campo del Derecho

---

<sup>24</sup> **BERNALES BALLESTEROS**, Enrique, con la colaboración de Alberto **OTÁROLA PEÑARANDA**: “La Constitución de 1993. Análisis Comparado”. Constitución y Sociedad ICS Editores. Lima, 1996.pág. 156.

<sup>25</sup> **NOVAK TALAVERA, Fabián**.Op.cit. p. 81.

Internacional (en tanto la denuncia una vez producida es un hecho consumado) sí las traía en el ámbito interno, pues la norma resultaba siendo absurda".<sup>26</sup>

Así, recogiendo una propuesta del Instituto de Estudios Internacionales de la Pontificia Universidad Católica del Perú. (IDEI), quedó redactado en la siguiente forma:

Artículo 57 (tercer párrafo): «La denuncia de los tratados es potestad del Presidente de la República, con cargo de dar cuenta al Congreso. En el caso de los tratados sujetos a aprobación del Congreso, la denuncia requiere aprobación previa de éste».

### **8. Apreciaciones finales.**

Hacer una evaluación en lo que se refiere a la Constitución de 1993, requiere tener un punto de referencia. Por ello he venido haciendo las comparaciones del caso con la Constitución de 1979.

Aunque es muy peligroso hacer interpretaciones fragmentarias de una constitución, por cuanto ello puede conducir a interpretaciones erróneas, en el presente caso – que se circunscribe a los tratados- se ha hecho procurando eludir los factores de riesgo.

Es indudable que el texto de la Carta vigente en algunos aspectos, que ya han sido señalados, es más técnico y ha superado algunas deficiencias que presentaba la Constitución anterior. No obstante, también tiene retrocesos y muy graves:

1.- El no haberse recogido la norma contenida en el segundo párrafo del artículo 101 del anterior texto constitucional, ha quitado precisión a la categoría que los tratados adquieren una vez que son incorporados en la legislación interna peruana.

2.- El no haberse reproducido nítidamente el espíritu del artículo 105 de la anterior Constitución, referido al reconocimiento del carácter de norma constitucional a los preceptos sobre derechos humanos contenidos en los tratados de los cuales el Perú

---

<sup>26</sup> NOVAK TALAVERA, Fabián. Op.cit. p. 88,89.

es Parte, -más allá de los alcances de la disposición cuarta transitoria que hermenéuticamente salva el referido vacío – es sin duda, uno de los mayores retrocesos que presenta la actual Constitución.

La norma era muy importante para la salvaguarda de muchos derechos humanos. Cabe recordar que la primera vez que se aplicó en el mundo, de manera directa, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, fue en el Perú. La sentencia –que figura en los registros de la ONU- está referida a la protección del medio ambiente como derecho de la persona humana y de las colectividades y ha sido incluida como anexo a la presente obra.

Al respecto, en opinión que comparto plenamente, Fabián Novak señala: “Lamentablemente, la norma ha sido suprimida por la nueva Constitución lo que constituye un error.”<sup>27</sup> Por su parte, Marcial Rubio afirma que “Esta norma era no solamente de procedimiento, sino también una de carácter hermenéutico, para el tema de la jerarquía de los tratados internacionales en materia de derechos humanos dentro del sistema constitucional peruano”.<sup>28</sup>

La ya citada cuarta disposición transitoria de la Constitución establece que «las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y demás tratados sobre la materia suscritos por el Perú».

Si bien esta disposición no tiene la claridad que el citado artículo 105 de la Constitución anterior reconocía a los preceptos de derechos humanos a los que confería categoría constitucional, coincido con lo expuesto por Marcial Rubio cuando afirma que la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados sobre derechos humanos “tienen valor hermenéutico para aplicar la constitución y con ello hay que concluir que no tienen solamente rango de ley sino constitucional: de otra manera no podrían condicionar la interpretación del texto constitucional pues sólo se interpreta un mandato

---

<sup>27</sup> **NOVAK TALAVERA, Fabián.** Op.cit. p. 89.

<sup>28</sup> **RUBIO CORREA, Marcial.** “La ubicación jerárquica de los tratados referentes a derechos humanos”. En Revista Pensamiento Constitucional. Escuela de Graduados. Maestría en Derecho con mención en Derecho Constitucional. Pontificia Universidad Católica del Perú. Año V, N° 5., Lima, 1998. P. 102.

mediante otro rango igual o superior, nunca inferior.”<sup>29</sup> Según Enrique Bernalles, es una forma “de hacer prevalecer los tratados, pero exclusivamente para los asuntos referidos a los derechos fundamentales”.<sup>30</sup>

Rubio sostiene la tesis de que la Convención Americana de Derechos Humanos sigue manteniendo su categoría de norma constitucional<sup>31</sup>, y lo hace con argumentos muy sólidos. Yo estimo que está por encima de la propia Constitución por los razonamientos a los que me referiré seguidamente.

Había afirmado de los riesgos que puede tener una apreciación fragmentaria o parcelaria de la Constitución pues siempre puede dejarse de lado aspectos muy importantes que están en relación con otros puntos. En el contexto de todo lo tratado, quiero referirme a la cuestión de la pena de muerte en el Perú. En la presente oportunidad no voy a entrar en el debate de si debe o no haber pena de muerte, tema sobre el cual se ha escrito mucho y se seguirá haciéndolo. Baste en esta oportunidad reafirmar que he sido y soy opuesto a la pena capital y a la incongruencia jurídica que significa el artículo 140 de la Constitución, cuya redacción obedeció a intereses políticos, distantes del respeto que nítidamente el Perú debió tener al artículo 4º de la Convención Americana de Derechos Humanos, que establece la prohibición de ampliar las causales de la pena de muerte.

En la presente ocasión, tan sólo deseo analizar algunos puntos de carácter jurídico que pretenden cubrir el “vacío” que la actual constitución presenta frente al artículo 105 de su inmediata antecesora.

El texto del artículo 235 de la Constitución de 1979 era como sigue:

“No hay pena de muerte, sino por traición a la patria en caso de guerra exterior.”

El texto pertinente de la Constitución de 1993, artículo 140 dice:

---

<sup>29</sup> RUBIO CORREA, Marcial. Op. Cit. p. 109.

<sup>30</sup> BERNALES BALLESTEROS, Enrique. “La Constitución de 1993. Análisis Comparado. ICS Editores, Lima, 1997, p. 341.

<sup>31</sup> RUBIO CORREA, Marcial. Op. Cit. p. 112.

“ La pena de muerte sólo puede aplicarse por el delito de traición a la patria en caso de guerra, y el de terrorismo, conforme a las leyes y tratados de los que el Perú es Parte obligada.”

Como se puede apreciar, la nueva norma amplía la aplicación de la pena de muerte, expresamente prohibida por el inciso 2 del artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de la cual el Perú es Parte, que a la letra dice: “...Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente.”

Los largos debates que la nueva norma constitucional motivó, gestaron el texto actual cuya nitidez, en cuanto a la supeditación de la norma constitucional a los tratados, resulta incuestionable.

Consecuentemente, ante el silencio guardado en la nueva Carta Política del Perú, podemos afirmar que del contexto de todo su articulado, queda claro que en el Perú sigue primando el tratado sobre la ley y si el tratado es de derechos humanos, como es el caso de aquellos aludidos en el citado artículo 140 de la Constitución de 1993, tiene, un valor superior al de la propia Constitución, toda vez que la norma constitucional está supeditada a esos tratados.

## CONCLUSIONES Y SUGERENCIAS

Con respecto a los derechos económicos, sociales y culturales, y en concreto en relación en el caso « Cinco Pensionistas », es posible llegar a formular las siguientes conclusiones y sugerencias:

1. Son derechos que se aplican en dos esferas, una al interior de los Estados y la otra a nivel internacional.

2. Los titulares de estos derechos son la persona humana y también las colectividades humanas.

3. A nivel internacional, su promoción y cumplimiento debe realizarse a la luz de la legislación interna de cada Estado y de lo estipulado en todos los tratados internacionales de los cuales sea parte un Estado. También es susceptible de aplicación el derecho consuetudinario y los principios generales de derecho.

4. Las normas establecidas en los tratados internacionales, en lo que se refiere a los derechos económicos, económicos, sociales y culturales, deben ser interpretadas « mutatis mutandis ».

5. Al igual que todos los derechos humanos, los derechos económicos, sociales y culturales deben ser considerados teniendo en cuenta su carácter de indivisibilidad, interdependencia e interrelación con todos los demás derechos humanos.

6. El lograr el más alto nivel en el goce de los derechos económicos, sociales y culturales, corresponde a los Estados, individual y colectivamente; a las entidades no estatales y a la persona humana. Corresponde a la comunidad internacional velar y adoptar medidas que permitan que todos los pueblos del mundo alcancen el mismo nivel de disfrute de esos derechos.

7. El Estado, frente a los derechos humanos -comprendidos los derechos económicos, sociales y culturales- tiene obligaciones de hacer y de no hacer.

8. Los derechos económicos, sociales y culturales tienen, en su evolución actual, un grado de justiciabilidad diferente del que tienen los derechos civiles y políticos.

9. Los derechos económicos, sociales y culturales y los derechos civiles y políticos tienen un carácter común de progresividad pues éste no es exclusivo de los derechos económicos, sociales y culturales.

10. Los derechos económicos, sociales y culturales no son regresivos.

11. El mayor o menor goce de los derechos civiles y políticos y de los derechos económicos, sociales y culturales, incide directamente en el disfrute del derecho al desarrollo del cual son titulares la persona humana y los colectivos humanos.

12. Los tratados internacionales sobre Derechos Humanos deben interpretarse « mutatis mutandis ».

13. La Constitución Política del Perú de 1993 despojó de la nitidez necesaria a las normas que en la precedente Constitución de 1979 establecían categoría constitucional a los preceptos sobre derechos humanos contenidos en los tratados de los que el Perú es Parte. La Constitución vigente –en actual proceso de reforma- sólo permite llegar a esa conclusión a través de la vía hermenéutica.

14. Desde un punto de vista estrictamente jurídico, la justicia peruana debe considerar el tratado internacional como norma de jerarquía superior a la ley.

15. Que luego de recuperada la democracia en el Perú, el país se encuentra en un proceso de retorno a un correcto ordenamiento jurídico y a una correcta administración de justicia. En este marco, conviene destacar que diversas resoluciones del Tribunal Constitucional han establecido claramente la supremacía de los tratados, siendo el caso más reciente el publicado en el diario oficial El Peruano el 29 de agosto de 2002. (Expediente N° 1297-1999-AA/TC)

16. Que el caso « Cinco Pensionistas » debe ser resuelto a la luz de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado peruano y teniendo en cuenta las

---

opiniones doctrinarias que en los últimos años ha venido emitiendo el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, que es el órgano universal que más ha avanzado en el variado espectro de esos derechos, entre los que se encuentra el derecho a la seguridad social.

San José de Costa Rica, 4 de septiembre de 2002.