

LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS LIMITAN LA LABOR DEL PODER LEGISLATIVO

AUGUSTO MEDINA OTAZU¹

I. INTRODUCCION

El presente artículo pretende darle consistencia a las facultades, atribuciones y limitaciones del Congreso de la República, cuando legisla² asuntos vinculados a derechos humanos.

Si nos remontamos a los orígenes históricos del Parlamento, ubicamos como una institución que limita el poder de la monarquía; y, en esta orientación se ha convertido en garante de la libertad de la persona humana, pero a su vez es importante establecer límites a su poder, lo que en doctrina se denomina *Balance de poderes*:

“(…) no impide en todos los casos que una ley aprobada por el Parlamento llegue a ser violatoria de los derechos humanos, posibilidad que reclama la necesidad de algún régimen de control posterior (…)”³

Ya el notable pensador inglés Jhon Locke⁴ había establecido excesos del legislativo en sus ensayos sobre el Gobierno Civil:

¹ Representante del Colegio de Abogados Penal Internacional en el Perú; miembro de la Comisión de Derechos Humanos y de Derecho Internacional Humanitario del CAL 205, 2006 y 2007; conferencista en el Centro de Derecho Internacional Humanitario de las Fuerzas Armadas, docente de la Escuela Militar de Chorrillos (2007), Expositor en Bogota - Colombia con ocasión del Congreso organizado por los familiares de las víctimas, con el tema de “Juicios Pendientes de Desaparición Forzada y violación a los DDHH en el Perú”, Maestría de Derecho Constitucional en la PUCP y Maestría de Derecho Laboral y Seguridad Social en la Universidad Nacional de San Marcos. Email. medinaotazu@yahoo.com

² Tradicionalmente se ha entendido que la función esencial de los Parlamentos es la función legislativa. Sin embargo, la importancia del control parlamentario de los actos del Poder Ejecutivo ha trastocado el rol de los parlamentos modernos, y eso implica que no es más la función legislativa, sino que esta ha sido desplazada por la función de control. (César Landa. El Control Parlamentario en la Constitución Política de 1993. Balances y Perspectivas. Pensamiento Constitucional. PUCP. Fondo Editorial 2004. Año X N°. 10 Tomo. 1. pág. 92).

³ Opinión Consultiva del 09.05.86 párrafo 22.

⁴ Jhon Locke rodea con determinados requisitos el ejercicio de los gobernantes los que dan sustento a un cargo, a una autoridad, o a un mandato de poder. Entre estos requisitos tenemos: Derecho, legitimidad; leyes; título e investidura.

“(...) el poder de la sociedad o legislatura constituida por ellos no puede suponerse que vaya más allá de lo que pide el bien común.”⁵

En América, todavía está atravesando por un largo proceso de maduración de la internacionalización de la tutela de los derechos fundamentales, proceso que además encuentra oposición de los gobiernos demandados, en tanto el Sistema Interamericano limita la soberanía nacional de los gobiernos y de sus cortes nacionales, en aras de la defensa internacional de los derechos y libertades de la persona humana⁶.

Para realizar esta evaluación de las facultades y funciones del Parlamento peruano se tomará en cuenta, principalmente las Opiniones Consultivas absueltas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

- Opinión Consultiva del 08.09.83 sobre la Restricción a la Pena de Muerte (Art. 4.2 y 4.4 de la Convención) solicitada por la Convención Americana. **(Opinión Consultiva del 08.09.83).**
- Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, sobre la colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 convención americana sobre derechos humanos) solicitada por el gobierno de Costa Rica. **(Opinión Consultiva del 13.11.85.)**
- Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986, sobre la expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención americana sobre derechos humanos solicitada por el gobierno de la república oriental del Uruguay. **(Opinión Consultiva del 09.05.86).**
- Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987 garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre

En primer lugar el Poder Legislativo debe respetar las leyes fundamentales del acuerdo de la sociedad política, en consecuencia las leyes dictadas por este poder no pueden vulnerar la norma mayor.

En segundo lugar las leyes del Poder Legislativo debe señalar la forma de gobierno de la sociedad política y la forma de cómo se accede a los cargos de autoridad, es decir como son designadas las autoridades. Ambas requisitos le rodean de legalidad a las autoridades.

En tercer lugar siempre y en todo caso, el Poder Legislativo es el poder supremo mientras subsiste el gobierno. Cualquier otro poder debe derivar del Poder Legislativo y debe estar subordinado a él. (John Locke. Ensayo sobre el Gobierno Civil. Ediciones Orbis S.A. Aguilar editor. 1983 N° 150)

En consecuencia el Poder legislativo y el Monarca estará sujeta al acuerdo de la sociedad política.

⁵ Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil. Alianza Editorial Madrid. 1990 pag. 136, 137.

⁶ César Landa. Tribunal Constitucional y Estado Democrático. Palestra Editores, Lima, 2003. Pág. 800

Derechos Humanos), solicitada por el gobierno de la República Oriental del Uruguay. (**Opinión Consultiva del 06.10.87**).

- Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990 excepciones al agotamiento de los recursos internos (art. 46.1, 46.2.a y 46.2.b convención americana sobre derechos humanos) solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (**Opinión Consultiva de 1990**).
- Opinión Consultiva OC-12/91 del 6 de diciembre de 1991 sobre compatibilidad de un Proyecto de Ley con el Artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos solicitada por Costa Rica. (**Opinión Consultiva del 06.12.91**).
- Opinión Consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993 sobre Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). (**Opinión Consultiva del 16.07.93**).
- Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre Responsabilidad Internacional de la Convención (art. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos), solicitada por la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos. (**Opinión Consultiva del 09.12.94**).
- Opinión Consultiva OC – 19/05 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 28 de noviembre del 2005 sobre Control de legalidad en el ejercicio de las atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (art. 41 y 44 a 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). (**Opinión Consultiva del 28.11.05**).

Todas estas Consultas absueltas se han realizado a petición de los estados y de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos (Comisión Interamericana) y nos servirán para darnos luces en el proceso legislativo.

II. OBJETO DE LAS CONSULTAS ABSUELTAS POR LA CORTE INTERAMERICANA

Las opiniones consultivas tienen el propósito de analizar en abstracto la interpretación de los Tratados de Derechos Humanos.

En tal sentido, debe distinguirse⁷ la opinión consultiva de la Corte Interamericana, respecto del asunto contencioso que resuelve la misma Corte, mediante una sentencia:

⁷ “ 28. La Corte entiende que una respuesta a las preguntas de Costa Rica, que podría traer como resultado una solución de manera encubierta, por la vía de la opinión consultiva, de asuntos litigiosos aún no sometidos a consideración de la Corte, sin que las víctimas tengan oportunidad en el proceso, distorsionaría el sistema de la Convención. El procedimiento contencioso es, por definición, una oportunidad en la que los asuntos son

- En el primero (Consulta) no existe una violación de los derechos humanos, en el segundo (Contencioso) la Corte se debe pronunciar sobre un caso concreto de violación de derechos humanos.
- De acuerdo al artículo 62.1 de la Convención Americana el contencioso se refiere a los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención Americana y el artículo 64 de la misma Convención dispone que las opiniones consultivas podrán versar sobre la interpretación no solo de la Convención, sino de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, como puede ser el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre el Derechos del Niño, entre otros⁸.
- La Consulta es solicitada solo por los Estados partes o por la Comisión Interamericana, los contenciosos son llevados a la Corte únicamente por la Comisión Interamericana.
- El Perú no ha solicitado ninguna Consulta a la Corte Interamericana, sin embargo le es vinculante las Consultas absueltas. Curiosamente es uno de los países que tiene más casos contenciosos, donde el Perú es el demandado y es el sancionado. Eso nos puede llevar a pensar que cuanto más consultas pueda solicitar un estado, menos propenso a la violación puede estar; por que la Consulta es un mecanismo preventivo.

La relación que tienen los estados suscriptores de la Convención Americana con las Consultas que resuelve la Corte Interamericana

“(...) no puede ser vista sino como lo que ella es en realidad: un instrumento o marco jurídico multilateral que capacita a los Estados para comprometerse, unilateralmente, a no violar los derechos humanos de los individuos bajo su jurisdicción.”⁹

III. UBICACIÓN DEL ARTICULO

discutidos y confrontados de una manera mucho más directa que en el proceso consultivo, de lo cual no se puede privar a los individuos que no participan en éste. Los individuos son representados en el proceso contencioso ante la Corte por la Comisión, cuyos intereses pueden ser de otro orden en el proceso consultivo”. Opinión Consultiva OC-12/91 del 6 de diciembre de 1991 emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre compatibilidad de un Proyecto de Ley con el Artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos solicitada por Costa Rica.

⁸ Puede revisarse la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana del 08.09.83 sobre la Restricción a la Pena de Muerte (Art. 4.2 y 4.4 de la Convención) solicitada por la Convención Americana.

⁹ Opinión consultiva del 24.09.82 párrafo 22

Para el desarrollo del artículo no nos centraremos en el análisis, desde la constitución peruana, sino más bien abordaremos las facultades legislativas desde la normatividad internacional:

“(…) se refiere únicamente a los efectos jurídicos de la ley desde el punto de vista del derecho internacional, ya que no le corresponde a la Corte pronunciarse sobre los mismos en el orden interno del Estado interesado.”¹⁰

En el orden interno, el control constitucional de la Ley es realizado por el control concentrado y por el difuso, aspecto que no analizaremos. Sin embargo queremos dejar sentado que

“la suma de los derechos en la parte dogmática de la Constitución y de los establecidos en los Tratados de Derechos Humanos debe interpretarse como una totalidad: Allí donde el estándar del derecho interno suponga un grado de protección mayor, ello eleva el rigor de las obligaciones del estado; inversamente, cuando el estándar internacional sea más exigente, ésta será la medida de la obligación estatal. La determinación de las obligaciones del estado surgirá entonces de una comparación de los estándares interno e internacional ante cada derecho.”¹¹

Más bien nuestro interés es analizar los mensajes de la Corte Interamericana, en las Consultas absueltas donde compatibiliza los Tratados de Derechos Humanos suscritos por el Perú versus los efectos, en el orden internacional, de las leyes aprobadas por el Congreso de la República. Es decir analiza cuándo una Ley es violatoria de normas que están resguardadas por la comunidad internacional.

IV.- JERARQUIA DE LOS CONVENIOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS EN EL PERU

Para dar sustento nos corresponde efectuar una visión breve y panorámica sobre el nivel o jerarquía que tiene los Convenios Internacionales sobre derechos humanos en el ordenamiento interno peruano.

Los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos no solo abarcan el listado del artículo 2 de nuestra Constitución, sino todos aquellos derechos de la persona consagrados en instrumentos internacionales (tratados, declaraciones, etc. de los que el Perú forma parte; todos los cuales pueden ser considerados derechos con rango constitucional en nuestro ordenamiento jurídico. Más aún el artículo 3 de nuestra Constitución extiende el rango constitucional no solo a los

¹⁰ Opinión Consultiva del 09.12.94 párrafo 34.

¹¹ Victor Abramovich /Christian Courtis. *Hacia la Exigibilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Editorial Porrú. Mexico 2001. pag. 210.

derechos expresamente reconocidos en el artículo 2 de la Constitución, sino también a todos los demás derechos fundamentales contenidos en otros instrumentos (entiéndase tratados) obligatorios para el Perú.¹²

La Cuarta Disposición Final y Complementaria¹³ de la Constitución establece que las normas constitucionales se interpretan de acuerdo a las normas internacionales sobre Derechos Humanos. Para el Tribunal Constitucional peruano

“(…) en materia de derechos fundamentales, las normas que los reconocen, regulan o limitan deben interpretarse de conformidad con los tratados sobre derechos humanos (…) no solo es una exigencia que se deriva directamente de la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución, sino también del hecho de que los tratados, una vez ratificados por el Estado peruano, forman parte del derecho nacional.”¹⁴

Si los Convenios sirven para interpretar los artículos de la Constitución Peruana, no puede haber una interpretación constitucional con una norma de inferior categoría; se interpreta con una norma de igual o superior jerarquía. El Tribunal Constitucional incluso esboza la supremacía del Tratado de Derechos Humanos:

“(…) podría argumentarse que este papel rector o delimitador de los tratados sobre derechos humanos, para efectos de la interpretación del contenido y alcances de los derechos constitucionales, los colocaría en una suerte de rango o posición supraconstitucional”¹⁵.

En consecuencia, el Congreso de la República, al dictar las leyes, referentes a derechos humanos, no solo debe tomar en consideración la Constitución sino también las normas internacionales de derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Por otro lado, la Convención de Viena, sobre derechos de los Tratados, en su artículo 27 proscribe que los estados planteen excusas sobre limitaciones de su normatividad interna para dejar de cumplir con los tratados.

“(…) no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.”

¹² Puede revisarse Gaceta Jurídica. La Constitución Comentada. De los Tratados. Fabián Novak Talavera. Primera Edición, diciembre 2005, pág. 766.

¹³ Puede revisarse también el Informe que preparo la Comisión de Derechos Humanos y Derecho Internacional del Colegio de Abogados de Lima, aprobada por la Comisión y la Junta Directiva del CAL en agosto de 2005.

¹⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional, exp. N.º 1230-2002-HC/TC del 20.06.2002.

¹⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional, exp. N.º 1230-2002-HC/TC del 20.06.2002.

La Corte Interamericana en ese sentido ha fijado posición, llegando a señalar que ni siquiera la normatividad de la Constitución del Estado debe ser motivo para no cumplir con las obligaciones de los Tratados de Derechos Humanos:

“(...) Según el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe¹⁶ y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno (...) aún tratándose de disposiciones de carácter constitucional”¹⁷ }

Si se permitiera a los Estados invocar sus normas internas para excusarse de dar satisfacción a obligaciones internacionales, el Derecho Internacional resultaría desmembrado y sus normas se tomarían completamente ineficaces¹⁸.

Los Tratados de Derechos Humanos difieren en su aplicación a los tratados ordinarios, por cuanto un Tratado de Derechos Humanos tiene determinadas particularidades:

“(...) Los tratados concernientes a la protección de los derechos humanos están orientados a garantizar el goce de derechos y libertades del ser humano, más que a fijar las normas de relación entre los Estados. (...) sirven al fin de proteger los derechos fundamentales de los seres humanos frente a su propio Estado y ante los otros Estados contratantes¹⁹. Se inspiran en valores comunes superiores, centrados en la protección del ser humano (...). Los tratados, convenciones y declaraciones del sistema interamericano en materia de derechos humanos son la fuente principal de obligaciones de los Estados en esta materia (...)”²⁰

Al decir por el Profesor Miaja de la Muela no se concibe un Derecho Internacional merecedor de este nombre, si no se afirma superior al Derecho dictado por los Estados, destinatarios de las normas de aquel.²¹ En igual sentido se pronuncia Bidart Campos para quién la Constitución debe reconocer la prevalencia de los tratados, en todos los casos.²²

¹⁶ El artículo 26 señala: "Pacta sunt servanda". Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

¹⁷ Opinión Consultiva del 09.12.94. Párrafo 35.

¹⁸ Cesar Landa. Tribunal Constitucional y Estado Democrático. Palestra Segunda Edición. Nov. 2003. pag. 785.

¹⁹ *El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos* (arts. 74 y 75). Opinión Consultiva OC-2/82 de 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 2, párrafo 27.

²⁰ Opinión Consultiva del 28.11.05

²¹ Tomado de Gaceta Jurídica. La Constitución Comentada. De los Tratados. Fabián Novak Talavera. Primera Edición diciembre 2005, pág. 766.

²² Bidart Campos. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana N°. 20, 1990 – 1991. Pág.

Para el Dr. Cesar Landa queda establecido que los tratados en materia de derechos humanos, tienen una jerarquía no solo constitucional, sino que también gozan de una fuerza material constitucional. Lo cual se extiende, formalmente, cuando al incorporar al derecho interno un tratado modificador de disposiciones constitucionales, este debe ser aprobado, previamente, por el Congreso, siguiendo las normas establecidas para la reforma constitucional, antes de su ratificación por el Presidente de la República. Ello, ciertamente se condice con la tendencia histórica de la supremacía del Derecho internacional sobre el Derecho Interno.²³

Para Carolina Loayza la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos se deriva no solo de la intención de los legisladores sino del espíritu de la Constitución y de una adecuada interpretación de sus normas, que debe efectuarse de buena fe, teniendo en cuenta su objeto y fin²⁴.

La anterior Constitución de 1979 en su artículo 105 señalaba que “*los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos, tiene jerarquía constitucional*”. El proyecto de Reforma Constitucional del 2002²⁵ en su artículo 82 repite similar normativa.

Con estas interpretaciones jurisprudenciales y normativas podemos concluir que el estado peruano tiene una obligación de resguardar y cumplir los Convenios y Tratados sobre derechos humanos en un nivel constitucional, e incluso en algunos casos por encima de su propia Constitución cuando se trata de resguardar derechos tan importantes, como la vida por ejemplo.

V. EFECTOS JURÍDICOS DE LA LEY EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Responsabilidades por una Ley y las responsabilidades del Estado en el orden internacional

Lo que interesa en el presente trabajo es precisar cuáles son las limitaciones del Poder Legislativo para dictar normas legislativas y cómo pueden afectar el sistema internacional, cuando se hacen obviando los compromisos con la comunidad internacional:

107 – 108.

²³ César Landa. Tribunal Constitucional y Estado Democrático. Palestra Segunda Edición. Nov. 2003, pág. 787.

²⁴ Carolina Loayza Tamayo. Recepción de los Tratados de Derechos Humanos en la Constitución Peruana de 1993 y su aplicación por el Poder Judicial. Gaceta Jurídica. Año 3, Julio 96. págs. 47 y 48.

²⁵ Proyecto de Ley de Reforma Constitucional. Lima 2002. Edición realizada con el auspicio de USAID. pág. 48

“(...) la promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir a la Convención constituye una violación de ésta y (...) genera responsabilidad internacional para el Estado.”²⁶

Entonces el Poder Legislativo no solo debe hacer una evaluación del test de constitucionalidad al momento de emitir sus normas sino también complementar con un test de cumplimiento de tratados internacionales de derechos humanos.

Dos tipos de responsabilidad:

Responsabilidad del Estado y responsabilidad personal

La dación y aplicación de una Ley por el Poder Legislativo que violente derechos humanos puede generar, por un lado la responsabilidad internacional del estado por ser titular de esta facultad, ejercida irregularmente; y por otro, la responsabilidad personal de los funcionarios que la aplicaron, como crimen internacional cuando corresponda:

“(...) El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley manifiestamente violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado. En caso de que el acto de cumplimiento constituya un crimen internacional, genera también la responsabilidad internacional de los agentes o funcionarios que lo ejecutaron.”²⁷

Estos dos tipos de responsabilidad de la comunidad internacional:

“(...) representa una evolución de la doctrina clásica de que el derecho internacional concernía exclusivamente a los Estados.”²⁸

Sin embargo, en el presente trabajo nos referiremos únicamente a la responsabilidad de los estados por cuanto esa es la misión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La responsabilidad personal del crimen internacional puede ser ventilada en la Corte Penal Internacional.

VI.- LA DEFINICIÓN DE LA LEY PARA LA CORTE INTERAMERICANA

a. Sentido Material de la Ley

²⁶ Opinión Consultiva del 09.12.94. párrafo 23.

²⁷ Opinión Consultiva del 09.12.94. párrafo 57.

²⁸ Opinión Consultiva del 09.12.94

La Ley, como ya expresamos, resulta una limitación a la monarquía y como tal es una auténtica preservación de los derechos por el mismo pueblo que esta en la representación parlamentaria, es decir, por lógica no podría el pueblo agredir al mismo pueblo:

“La expresión **leyes**, en el marco de la protección a los derechos humanos (...) cobra todo su sentido lógico e histórico si se le considera como una exigencia de la necesaria limitación a la interferencia del poder público en la esfera de los derechos y libertades de la persona humana.”²⁹

En el artículo 30 de la Convención Americana se refiere exclusivamente a la Ley dada por el Poder Legislativo o por el Ejecutivo cuando dicta decretos legislativos. De la interpretación de ésta normatividad podemos extraer más específicamente el sentido de la Ley material.

“No es posible desvincular el significado de la expresión **leyes** en el artículo 30 de (...) un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre. La democracia representativa es determinante en todo el sistema del que la Convención forma parte.”³⁰

La democracia representativa es fundamental para la validez de la ley, siendo implícito el mensaje de la Corte, que las normas dadas por gobiernos de facto carecerían de validez.

En América Latina a partir de los años 80 después de casi dos décadas se produjo un masivo retorno de las democracias representativas lo que supuso el restablecimiento renovado del constitucionalismo latinoamericano. Este proceso se llevo adelante mediante reforma totales o parciales de las constituciones que se caracterizaron básicamente por la incorporación de la protección de los derechos fundamentales.

Asimismo, la Corte ingresa a detallar algunos hechos que le da consistencia a la norma, como es la participación de las minorías en el Parlamento y los controles ínter orgánicos.

La democracia parlamentaria:

“(…) no solo se inviste a tales actos del asentimiento de la representación popular, sino que se permite a las minorías expresar su inconformidad, proponer iniciativas distintas, participar en la formación de la voluntad

²⁹ Opinión Consultiva del 09.05.86. párrafo 27.

³⁰ Opinión Consultiva del 09.05.86. párrafo 33.

política o influir sobre la opinión pública para evitar que la mayoría actúe arbitrariamente (y) (...) la necesidad de algún régimen de control posterior (...)”³¹

Nuestro ordenamiento Parlamentario no ha sabido integrar en la protección y promoción del pluralismo político y de las minorías políticas. La defensa jurisdiccional de las minorías parlamentarias, de sus derechos y prerrogativas, permitirá que éstas no se vean avasalladas por las decisiones de una mayoría ocasional y lograría que la activación de los mecanismos de exigencia de responsabilidad política o utilización de los instrumentos de información puestos a disposición de los parlamentarios, por ejemplo, se logre cuando las minorías así lo decidan, logrando con ello que la separación de poderes no sea solo un principio organizativo del poder sino un principio de aplicación en cada caso de ejercicio concreto de poder³².

La participación de la minoría puede notarse en las composiciones de la Comisiones Ordinarias del Congreso e incluso en la Mesa Directiva, aún cuando a veces los pactos políticos se hacen no en base a un plan de gobierno, como debía ser, sino a pactos que sirven únicamente para atacar y arrinconar a la minoría. Sin embargo la minoría no deja de tener presencia por ejemplo en las Presidencias de las Comisiones. Por otro lado es importante también que las Leyes legislen sobre las minorías sociales, que son los indígenas, los gays, los de extrema pobreza, etc., y todo lo relacionado con la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales.

En consecuencia, la Ley debe ser el

“(...) producto de la discusión democrática de un proceso que garantiza la intervención de las minorías en la toma de decisiones trascendentales de la sociedad a través del debate político (...) y el ejercicio del derecho de participación política ciudadana.”³³

b. Sentido formal de la ley

El sentido formal de la Ley está definido como aquella:

³¹ Opinión Consultiva del 09.05.86. Párrafo 22.

³² Puede revisarse a José Antonio Tirado. Los Derechos de las Minorías Políticas en el Parlamento. Ius Et Veritas.

³³ Sentencia del Tribunal Constitucional, expediente 0005-2006-PI/TC del 26 de marzo del 2007, contra los artículos 2º, 4º, 5º, 6º y 7º de la Ley N.º 28476 y, por conexión, contra los artículos 5º y 10º del Decreto de Urgencia N.º 122-2001.. párrafo 17.

“(…) Norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgado por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado.”³⁴

En su definición se respeta el procedimiento interno del Estado, siendo básico el debido proceso parlamentario, que actualmente se constituye también como un derecho humano.

El artículo 8 de la Convención Americana consagra los lineamientos generales del debido proceso legal. Los artículos 103 al 109 de la Constitución Política establecen la formalidad de la gestación de las Leyes por el Congreso de la República. El procedimiento legislativo se encuentra precisado además en los artículos 72 al 81 del Reglamento del Congreso de la República.

El debido proceso es un derecho humano o fundamental que se encuentra protegido por la Constitución del Estado y por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros instrumentos internacionales. Tiene una ámbito de aplicación mucho mayor que el judicial, pues se aplica a todo proceso o procedimiento en el que se vaya a resolver o prevenir un conflicto, imponer una sanción o determinar los derechos y obligaciones de las personas, sin importar que tales procesos o **procedimientos** sean de naturaleza judicial, administrativa, **legislativa** o cualquier otro carácter³⁵.

En consecuencia, si una ley ventila temas de derechos humanos, como el derecho a la vida, salud, trabajo, libertad individual, debido proceso, etc, puede violentar los Tratados Internacionales, por el fondo o la forma, en cuyo caso será pasible de ser recurrido ante la Corte Interamericana, luego de haber concluido con las instancias internas.

VII.- LAS DISTINTAS NORMATIVIDADES QUE CONSIDERA LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA Y SU INTEPRETACION POR LA CORTE INTERAMERICANA

Introducción

La Convención Americana, en sus artículos 2³⁶, 30³⁷ y 64.2³⁸, hace alusión a diferentes normas legales, sin que en todos los casos se refieran a Ley expedida

³⁴ Opinión Consultiva del 09.05.86

³⁵ Reynaldo Bustamante Alarcón. El debido proceso en los Procedimientos Parlamentarios. Revista Proceso y Justicia. N°. 4, 2003. PUCP. Pág. 95

³⁶ Artículo 2. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a

por el Poder Legislativo. El artículo 2 se refiere a “medidas legislativas”, en el artículo 30 se refiere a “Leyes” y en el artículo 64.2 a “leyes internas”

En ese sentido la Corte Interamericana en cada caso (medidas legislativas, leyes y leyes internas y otros) se refiere a distintos tipos de normas legales:

“(…) Cuando la Corte interpretó la expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención fue precisa en recalcar que no se trataba de dar una respuesta aplicable a todos los casos en que la Convención utiliza expresiones como “leyes”, “ley”, “disposiciones legislativas”, “disposiciones legales”, “medidas legislativas”, “restricciones legales” o “leyes internas”. En cada ocasión en que tales expresiones son usadas, su sentido ha de ser determinado específicamente.”³⁹

La Ley en el artículo 2 de la Convención Americana

En el artículo 2 de la Convención Americana se hace referencia a “medidas legislativas o de otro carácter” y, en ese caso, la Corte Interamericana interpreta que son las normas que deben dictar los estados para

“(…) garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sometida a su jurisdicción y a adoptar, en su caso, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades (…)”⁴⁰

En este caso la Corte se refiere a cualquier norma que dicte el estado peruano, sea una Ley, un Decreto Supremo, una Resolución Ministerial y cualquier norma que puedan emitir los organismos constitucionales autónomos o los gobiernos regionales o municipales, siempre ellas satisfaga la exigencia de la jurisdicción internacional.

La Ley en el artículo 30 de la Convención

las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

³⁷ Artículo 30. Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

³⁸ Artículo 64.2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.

³⁹ Opinión Consultiva del 06.12.91

⁴⁰ opinión Consultiva del 09.12.94

En el artículo 30 de la Convención, sí queda claro que se refiere únicamente a la Ley dictada por el Legislativo o por delegación de facultades. No puede haber otra interpretación:

“El artículo 30 de la Convención es una norma de carácter especial que presupone que ciertas restricciones al ejercicio de derechos y libertades solo pueden ser aplicadas conforme a leyes que han entrado en vigor.”⁴¹

La Corte reitera esta precisión hasta el cansancio para que quede bastante claro:

“(…) la expresión **leyes**, utilizada en el artículo 30 (…) no puede tener otro sentido que el de ley formal, es decir, norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgado por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado.”⁴²

La Ley en el artículo 64.2 de la Convención Americana

El artículo 64.2 de la Convención Americana hace alusión al término de “Leyes Internas” y para el caso la Corte se refiere a cualquier disposición dado por el estado peruano. (Ley, Decreto Supremo, etc.). En este caso la Corte puede evaluar la compatibilidad de los efectos de cualquier norma versus los instrumentos internacionales.

“(…) en ejercicio de su competencia consultiva y en aplicación del artículo 64.2, la Corte puede referirse a la eventual violación de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos por una norma interna o meramente a la compatibilidad entre esos instrumentos.”⁴³

VIII.- DISTINTAS MANERAS DE CÓMO EL PODER LEGISLATIVO PERUANO PUEDE VIOLENTAR O AMENAZAR CON VIOLENTAR LA CONVENCIÓN AMERICANA

POR EL TIPO DE NORMAS

Violación por omitir dictar normas o violación por distorsionar el sentido de la convención.

El Poder Legislativo puede violentar un Tratado de Derechos Humanos por dos razones. Por inacción o por distorsión de sus obligaciones internacionales:

⁴¹ Opinión Consultiva del 06.12.91

⁴² Opinión Consultiva del 09.05.86

⁴³ Opinión Consultiva del 09.12.94 Párrafo 40

1). La primera vinculada a la voluntad omisiva del legislativo, cuando existe el compromiso de dictar leyes con el objeto de garantizar el ejercicio de los derechos y libertades del instrumento internacional.

“(…) Son muchas las maneras como un Estado puede violar un tratado internacional y, específicamente, la Convención. En este último caso, puede hacerlo, por ejemplo, **omitiendo dictar las normas** a que está obligado por el artículo 2”⁴⁴.

En consecuencia existe una obligación de hacer o un deber positivo que el Estado, que es un compromiso con la comunidad internacional; y esa inacción puede generarle responsabilidad al estado peruano:

“El artículo 1 de la Convención obliga a los Estados Partes no solamente a *respetar los derechos y libertades reconocidos en ella*, sino a *garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción*. La Corte ya ha expresado que esta disposición **contiene un deber positivo para los Estados** (...) de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce.”⁴⁵.

Una forma concreta de deber positivo que exige la Corte, se manifiesta en el tema de los niños y la obligación del estado:

“(…) los niños requieren no solo que el Estado se abstenga de interferir indebidamente en las relaciones privadas o familiares del niño, sino también que, según las circunstancias, **adopte providencias positivas** para asegurar el ejercicio y disfrute pleno de los derechos (...) resguardar el rol preponderante de la familia en la protección del niño; y prestar asistencia del poder público a la familia, **mediante la adopción de medidas que promuevan la unidad familiar**.”⁴⁶

Similar obligación normativa se da para proscribir actos discriminatorios:

“(…) los Estados están obligados **a adoptar medidas positivas** para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a

⁴⁴ Opinión Consultiva del 16.07.93. párrafo 37

⁴⁵ Opinión Consultiva de 1990) Párrafo 34

⁴⁶ Opinión Consultiva OC-17/2002 del 28 de agosto del 2002 solicitada por la solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Párrafo 88.

actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias”⁴⁷.

En ese sentido no debemos abordar un control de constitucionalidad de las leyes, sino un sistema de control de la función legislativa. Porque el control no solo debe recaer por las leyes que se produce, sino por la leyes que debieran producirse y no se producen⁴⁸.

2.)- Por otro lado, el legislativo puede generar responsabilidad del estado peruano:

(...) dictando **disposiciones que no estén en conformidad** con lo que de él exigen sus obligaciones dentro de la Convención⁴⁹.

Cuando se ha dictado una ley que violenta el Tratado, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos puede recomendar incluso su derogatoria:

(...) la Comisión⁵⁰ (...) es competente para calificar cualquier norma del derecho interno de un Estado Parte como violatoria de las obligaciones que éste ha asumido al ratificarla o adherir a ella (...) Como consecuencia de esta calificación, podrá la Comisión recomendar al Estado la derogación o reforma de la norma violatoria (...) ⁵¹

Normas en calidad de *Vacatio Legis*

Las leyes que han sido dictadas y pospuestas su vigencia, por cualquier razón, tiene ciertas limitaciones para ser llevadas a la Corte básicamente en asuntos contenciosos, donde si es necesario acreditar la violación de derechos humanos:

“(...) una ley que entra en vigor no necesariamente afecta la esfera jurídica de personas determinadas. **Puede suceder que esté sujeta a actos normativos posteriores**, al cumplimiento de ciertas condiciones o, llanamente, a su aplicación por funcionarios del Estado, antes de afectar esa esfera.” ⁵²

⁴⁷ opinión Consultiva del 09.12.94. párrafo 104

⁴⁸ Puede revisarse. Juan Carlos Morón. La Omisión Legislativa Inconstitucional y su tratamiento jurídico. Revista Peruana de Derecho Constitucional. Primera Edición. Lima Octubre 1999.

⁴⁹ Opinión Consultiva del 16.07.93

⁵⁰ Puede revisarse los artículos 41 y 42 de la Convención Americana sobre las facultades de la Comisión Interamericana.

⁵¹ Opinión Consultiva del 09.12.94

⁵² Opinión Consultiva del 09.12.94. párrafo 41.

En ese sentido

“(…) La ley que no es de aplicación inmediata es mera facultad dada a las autoridades para tomar medidas de acuerdo con ella. No representa, *per se*, violación de los derechos humanos.”⁵³

Limitaciones a los Decretos Legislativos:

La Corte Interamericana también hace referencia a los Decretos Legislativo y fija las pautas para su validez:

“(…) la posibilidad de delegaciones legislativas en esta materia, **siempre que tales delegaciones estén autorizadas por la propia Constitución, que se ejerzan dentro de los límites impuestos por ella y por la ley delegante, y que el ejercicio de la potestad delegada esté sujeto a controles eficaces, de manera que no desvirtúe**, ni pueda utilizarse para desvirtuar, el carácter fundamental de los derechos y libertades protegidos por la Convención.”⁵⁴

En el Perú la reserva de la titularidad de la función legislativa se encuentra en el Congreso de la República (artículo 102 inciso 1 de la Constitución).

El segundo párrafo del inciso 4 del artículo 101 de la Constitución señala taxativamente como materias indelegables las leyes de reforma constitucional, de aprobación de tratados, las leyes orgánicas, la ley de Presupuesto y la Ley de la Cuenta General de la República.

Si bien la delegación de facultades es del Congreso hacía el Ejecutivo, sin embargo también es factible la delegación de facultades hacía la Comisión Permanente del Congreso de la República, acto que a decir de Francisco Eguiguren, no es congruente, porque lo razonable hubiese sido potenciar la actuación de las distintas comisiones parlamentarias, en vez de concentrar dicha tarea en la Comisión Permanente⁵⁵.

Sobre los Proyectos de Ley, normas en trámite

⁵³ Opinión Consultiva del 09.12.94

⁵⁴ Opinión Consultiva del 09.05.86

⁵⁵ Ver Francisco Eguiguren. La legislación delegada y los Decretos de Urgencia. La Constitución de 1993. Comisión Andina de Juristas. Lima CAJ 1994. Pag. 182

Los Proyectos de Ley también pueden ser objeto de evaluación en una Consulta por la Corte Interamericana, para que este alto Tribunal ilustre si la norma en gestación puede poner en peligro algún Tratado.

“(…) en determinadas circunstancias, la Corte, en ejercicio de la facultad contemplada en el artículo 64.2 puede contestar consultas sobre compatibilidad entre “proyectos de ley” y la Convención.”⁵⁶

El propósito de este trámite es:

“(…) ayudar a los Estados y órganos a cumplir y a aplicar tratados en materia de derechos humanos, sin someterlos al formalismo y al sistema de sanciones que caracteriza el proceso contencioso.”⁵⁷

Este objetivo tiene una razón práctica, por cuanto de negarse a evaluar la compatibilidad del Proyecto de Ley con la Convención Americana

“(…) equivale a forzar a dicho Gobierno a la violación de la Convención, mediante la adopción formal y posiblemente la aplicación de la medida legislativa, para luego acudir a la Corte en busca de la opinión (…).”⁵⁸

Esta función es preventiva y ayuda a ilustrar al estado para que incorpore en el derecho público el respeto de los derechos humanos en todos los actos normativos.

POR LA MATERIA

Limitaciones a la facultad legislativa cuando se trata de legislar sobre la pena de muerte.

En el presente caso al tratarse del derecho más importante, la vida, la Corte Interamericana ha sido más explícito para ingresar en desarrollar ciertas limitaciones pero a su vez ciertas licencias que no se darían en otros casos, aplicando el artículo 4 de la Convención Interamericana.

a).- La Pena de Muerte solo puede esta reservada para los casos mas graves y ésta medida nunca será retroactiva:

⁵⁶ Opinión Consultiva del 06.12.91. párrafo 22

⁵⁷ Opinión Consultiva del 06.12.91. párrafo 20

⁵⁸ Opinión Consultiva del 06.12.91

“(...) En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta solo podrá imponerse por los delitos más graves (...) dictada con anterioridad a la comisión del delito.”⁵⁹

b).- No podrá extenderse la pena de muerte a otros casos de los que ya se encuentran legislados al momento de la ratificación de la Convención:

“(...) Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente”.⁶⁰

c).- Queda proscrita la posibilidad que el Poder Legislativo norme la pena de muerte para los delitos políticos o sus conexos:

“(...) En ningún caso se puede aplicar la pena de muerte por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos.”⁶¹

d).- No puede imponerse la pena de muerte a las personas que

“(...) en el momento de la comisión del delito, tuvieren menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez”.⁶²

e).- El Poder Legislativo también puede intervenir si se solicita la amnistía del autor de delito:

“Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente”.⁶³

En este extremo es importante señalar que la amnistía será procedente siempre y cuando la sanción sea la pena capital, no siendo viable cuando sea otra pena y pretenda impunidad sobre todo por delitos de lesa humanidad; en ese último caso la Ley será nula por colisionar con el mandato de que la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el estado (art. 1 de la Constitución) y porque el derecho de gracia no puede violar el derecho supremo a la vida. Al respecto puede revisarse los trabajos realizados por César Landa y Carolina Loayza con quienes comparto sus posiciones.⁶⁴ Pero otros contrarios a

⁵⁹ Opinión Consultiva del 08.09.83

⁶⁰ Opinión Consultiva del 08.09.83

⁶¹ Opinión Consultiva del 08.09.83

⁶² Opinión Consultiva del 08.09.83

⁶³ Opinión Consultiva del 08.09.83

⁶⁴ César Landa El Control Constitucional difuso y la jerarquía de los Tratados

esa posición de Sigifredo Orbegozo Venegas⁶⁵ para quien la amnistía no puede tener limitaciones en su aplicación.

f).- Si el estado decide la abolición de la pena de muerte no podrá reestablecer la medida por ninguna razón:

“(...) prohíbe de modo absoluto el restablecimiento de la pena capital para todo tipo de delito, de tal manera que la decisión de un Estado Parte en la Convención, cualquiera sea el tiempo en que la haya adoptado, en el sentido de abolir la pena de muerte se convierte, ipso jure, en una resolución definitiva e irrevocable.”⁶⁶

La Corte adopta este criterio por cuanto:

“(...) expresa una clara nota de progresividad, consistente en que, sin llegar a decidir la abolición de la pena de muerte, adopta las disposiciones requeridas para limitar definitivamente su aplicación y su ámbito, de modo que éste se vaya reduciendo hasta su supresión final.”⁶⁷

Sobre las reservas y las ratificaciones de los Estados

El derecho que tienen los estados, a través del Poder Legislativo, para hacer las reservas al momento de ratificar los Tratados de Derechos Humanos tiene también ciertas limitaciones:

La reserva que incorpore el estado al ratificar el Tratado, deberá ser analizado si la misma

“(...) es compatible con el objeto y fin del tratado (...).”⁶⁸

La reserva no es discrecional de los estados, por cuanto si es violatoria del Tratado entonces no tiene ningún efecto:

“En esa perspectiva, toda reserva destinada a permitir al Estado la suspensión de uno de esos derechos fundamentales, cuya derogación está

Inernacionales de Derechos Humanos en la Sentencia de la Juez Saquiquaray. *Ius Et Veritas*. Año 6, N°. 1995 y Carolina Loayza, Recepción de los Tratados de Derechos Humanos en la Constitución Peruana de 1993 y su aplicación por el Poder Judicial. *Dialogo con la Jurisprudencia*. Año 3, Gaceta Jurídica. Julio 96.

⁶⁵ Amnistía: Luces y sombras de un debate nacional. Año XLV N°. 3, Julio Setiembre de 1995.

⁶⁶ Opinión Consultiva del 08.09.83

⁶⁷ Opinión Consultiva del 08.09.83

⁶⁸ Opinión Consultiva del 08.09.83

en toda hipótesis prohibida⁶⁹ debe ser considerada como incompatible con el objeto y fin de la Convención y, en consecuencia, no autorizada por ésta.”⁷⁰

Distinto sería el caso si la reserva pretendería no la suspensión sino la restricción del derecho humano:

“Otra sería la situación, en cambio, si la reserva persiguiera simplemente restringir algunos aspectos de un derecho no derogable sin privar al derecho en conjunto de su propósito básico.”⁷¹

Si no existiría estas limitaciones entonces llegaremos a concebir que el

“Estado es el único árbitro del cumplimiento de sus obligaciones internacionales en todas las materias vinculadas con la reserva (...)”

Pero existe una razón lógica también, no puede un tratado pretender garantizar la intangibilidad de los derechos humanos y a su vez facultarle o dotarle de “patente de corso” a un estado para violentar un derecho, que a su vez se comprometió a proteger. La incoherencia queda a la vista:

“(...) Naturalmente, si se ha contraído la obligación de adoptar las medidas aludidas, con mayor razón lo está la de no adoptar aquellas que contradigan el objeto y fin de la Convención”.⁷²

Sobre la prohibición de aprobar leyes discriminatorias

El parlamento no puede dictar normas que directa o indirectamente promueva discriminación:

“los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación *de jure* o *de facto*. Esto se traduce, por ejemplo, en la **prohibición de emitir leyes**, en sentido amplio, de dictar disposiciones civiles, administrativas o de cualquier otro carácter (...) **que discriminen a determinado grupo de personas en razón de su raza, género, color, u otras causales**”⁷³.

⁶⁹ Por ejemplo el derecho a la Vida no puede ser suspendido en ningún caso..

⁷⁰ Opinión Consultiva del 08.09.83

⁷¹ Opinión Consultiva del 08.09.83

⁷² Opinión Consultiva del 09.12.94. párrafo 33

⁷³ opinión Consultiva del 09.12.94. párrafo 103

Se hace una diferencia entre discriminación y distinción; estando proscrita la primera, y habilitada la segunda para proteger sectores sociales vulnerables:

(...) los Estados solo podrán establecer distinciones objetivas y razonables, cuando éstas se realicen con el debido respeto a los derechos humanos y de conformidad con el principio de la aplicación de la norma que mejor proteja a la persona humana⁷⁴.

En la doctrina se conoce con el nombre de “discriminación inversa”, esto es un caso en el cual se debe realizar un tratamiento diferenciado precisamente para promover la igualdad. Para ello se incita a que el estado adopte una labor legislativa positiva y diligente, ya sea para corregir las disparidades en el goce de los derechos fundamentales o para alcanzar su integral realización.⁷⁵

Sobre las normas laborales de la política de los migrantes

El derecho laboral en esta parte tiene una protección bastante tuitiva, al margen de la forma como se concibe la relación laboral, priorizando y garantizando derechos humanos laborales de los trabajadores extranjeros que inmigran al Perú pero que a veces pueden caer en algunas irregularidades en su estadía:

“El derecho del trabajo, sea regulado a nivel nacional o internacional, es un ordenamiento tutelar de los trabajadores (...) **Una persona** que ingresa a un Estado y entabla relaciones laborales, **adquiere sus derechos humanos laborales** en ese Estado de empleo, **independientemente de su situación migratoria**, puesto que el respeto y garantía del goce y ejercicio de esos derechos deben realizarse sin discriminación alguna.”⁷⁶

El migrante cuya estadía en el Perú sea irregular, no puede ser desprovisto de sus derechos laborales:

“El migrante, al asumir una relación de trabajo, adquiere derechos por ser trabajador, que deben ser reconocidos y garantizados, independientemente de su situación regular o irregular en el Estado de empleo. Estos derechos son consecuencia de la relación laboral.”⁷⁷

Un trabajador extranjero que se encuentra indocumentado en el Perú es titular de derechos laborales, al margen de los efectos de la irregularidad:

⁷⁴ Opinión Consultiva del 09.12.94. párrafo 105

⁷⁵ Puede revisarse la Sentencia del Tribunal Constitucional del 26.03.2003 exp. 261-2003-AA-TC.

⁷⁶ Opinión Consultiva del 09.12.94. párrafo 133

⁷⁷ Opinión Consultiva del 09.12.94. párrafo 134.

“si los migrantes indocumentados son contratados para trabajar, inmediatamente se convierten en titulares de los derechos laborales que corresponden a los trabajadores, sin que exista posibilidad de discriminación por su situación irregular.”⁷⁸

El respeto a los derechos laborales de los migrantes indocumentados, queda garantizado, cualquiera sea la relación, estatal o privada:

“Las relaciones laborales se establecen tanto en el derecho público como en el derecho privado, y en ambos ámbitos el Estado tiene un rol importante **(...) una relación laboral en la cual el Estado se constituye en empleador, éste evidentemente debe garantizar y respetar los derechos humanos laborales** de todos sus funcionarios públicos, **sean éstos nacionales o migrantes, documentados o indocumentados** (...) En una **relación laboral regida por el derecho privado**, se debe tener en cuenta que existe una **obligación de respeto de los derechos humanos entre particulares**.”⁷⁹

Incluso debe permitirse recurrir a la vía judicial para reclamar sus derechos laborales o utilizar el servicio medico si se desprende de su relación laboral. En estas obligaciones el estado es el garante del respeto de los derechos humanos:

“En muchas ocasiones los trabajadores migrantes deben acudir al aparato estatal para la protección de sus derechos. Así, por ejemplo, los trabajadores de empresas privadas **recurren al Poder Judicial para reclamar el pago de salarios, indemnizaciones, etc.** Estos trabajadores también **utilizan muchas veces los servicios de salud estatales o cotizan para el sistema estatal de pensiones.** En todas estas ocasiones el Estado también está involucrado en esta relación entre particulares como garante de los derechos fundamentales, puesto que se requiere la prestación de un servicio determinado de su parte”⁸⁰

En consecuencia, los trabajadores nacionales y los trabajadores migrantes irregulares tienen los mismos derechos:

“La Corte considera que los **trabajadores migrantes indocumentados, que se encuentran en una situación de vulnerabilidad y discriminación con respecto a los trabajadores nacionales, poseen los mismos derechos laborales que corresponden a los demás trabajadores del Estado de empleo**, y este último debe tomar todas las medidas necesarias

⁷⁸ Opinión Consultiva del 09.12.94. párrafo 136

⁷⁹ Opinión Consultiva del 09.12.94. párrafo 138, 139 y 140.

⁸⁰ ⁸⁰ Opinión Consultiva del 09.12.94. párrafo 150.

para que así se reconozca y se cumpla en la práctica. **Los trabajadores, al ser titulares de los derechos laborales, deben contar con todos los medios adecuados para ejercerlos.**⁸¹

Estas prescripciones aún en el Perú no tienen un correlato porque las normas laborales de los migrantes es muy excesiva por cuanto debe cumplir con trámite ante la Autoridad Migratoria y ante la Autoridad de Trabajo, sin cuyos trámites previos no se goza de derechos laborales. Basta con revisar el Decreto Legislativo 689 y sus reglamentaciones, así como las normas sancionatorias del D. Leg. 703.

IX.- LOS TRATADOS COMO SE INSERTAN EN LA SUPRESIÓN, SUSPENSIÓN Y RESTRICCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

Supresión de los derechos humanos

Ingresamos a un tema bastante conflictivo, relacionado si los derechos estipulados en los Tratados de Derechos Humanos pueden ser suprimidos por la normatividad interna de un país, mediante leyes de la república u otras normas de menor jerarquía.

En ese aspecto es muy categórica la Corte; rechaza cualquier acción tendiente a anular un derecho fundamental.

“(...) según la Convención (art. 29.a⁸²), es ilícito todo acto orientado hacia la supresión de cualquiera de los derechos proclamados por ella. (...)”⁸³

La Constitución Peruana no contiene una autorización para la supresión de derecho fundamental alguno, pero si existe una prohibición expresa en el artículo 32 para no someter a *referéndum la supresión o la disminución de los derechos fundamentales de la persona, (...) ni los tratados internacionales en vigor.*

Al respecto el Tribunal Constitucional Peruano, con relación a la supresión de derechos fundamentales, ha señalado que:

⁸¹ Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre del 2003 solicitada por los estados unidos mexicanos, condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados

⁸² Artículo 29 de la Convención Americana. Normas de Interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a). permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;

⁸³ Opinión Consultiva del 09.05.86. párrafo 14.

“el Congreso de la República, en el ejercicio de su función legislativa, no puede "suprimir o disminuir los derechos fundamentales", pues, en su condición de poder constituido, se encuentra vinculado no solo por los derechos fundamentales (...) sino por todos los derechos de la persona reconocidos en dicho texto (...)”⁸⁴

Incluso existen limitaciones al Poder Constituyente para no disminuir o suprimir derechos:

“(...) el hecho que la "supresión y disminución de los derechos fundamentales" no puedan ser sometidas a referéndum (...) constituye verdaderos límites materiales sobre la potestad de reforma parcial de la Constitución. De esta forma, el órgano autorizado a realizarla no podrá disponer "la disminución o supresión de los derechos fundamentales", ni siquiera siguiendo el procedimiento señalado en el artículo 206° de la Carta Política”⁸⁵.

Entonces existen claras limitaciones (incluso podríamos afirmar prohibiciones) al Congreso de la República Peruano ya sea esta ejercida en su función legiferante (Poder Legislativo) o en su facultad de reformar la constitución (Poder Constituyente) para suprimir y disminuir derechos fundamentales.

Restricción y suspensión de los derechos humanos

1). Cosa distinta ocurre con la restricción de un derecho humano que si es permitido en situaciones normales, bajo determinados requisitos que será expuesto más adelante:

“(...) En condiciones normales, únicamente caben restricciones al goce y ejercicio de tales derechos”.⁸⁶

2). Una situación más complicada se presenta cuando la suspensión de un derecho fundamental, es muy excepcional en el derecho internacional:

“En circunstancias excepcionales y bajo condiciones precisas, la Convención permite suspender temporalmente algunas de las obligaciones contraídas por los Estados”⁸⁷

⁸⁴ Exp. Tribunal Constitucional N.º 014-2002-AI/TC interpuesto por el Colegio de Abogados del Cusco del 21.01.2002. párrafo 92.c.1

⁸⁵ Exp. Tribunal Constitucional N.º 014-2002-AI/TC interpuesto por el Colegio de Abogados del Cusco del 21.01.2002

⁸⁶ Opinión Consultiva del 09.05.86. párrafo 14.

⁸⁷ Opinión Consultiva del 09.05.86. párrafo 14

3).- La Constitución Peruana en su artículo 137 regula las suspensiones de derechos en situaciones excepcionales:

”El Presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Ministros, puede decretar, por plazo determinado (...) y dando cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente, los estados de excepción que en este Artículo se contemplan:

1. Estado de emergencia⁸⁸ (...) **puede** restringirse o **suspenderse** el ejercicio de los derechos constitucionales relativos a la libertad y la seguridad personales, la inviolabilidad del domicilio, y la libertad de reunión y de tránsito en el territorio⁸⁹ comprendidos en los incisos 9, 11 y 12 del

⁸⁸ Los derechos que se suspenden en el Estado de Emergencias son: Artículo 2º
Toda persona tiene derecho:

9. A la inviolabilidad del domicilio. Nadie puede ingresar en él ni efectuar investigaciones o registros sin autorización de la persona que lo habita o sin mandato judicial, salvo flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración. Las excepciones por motivos de sanidad o de grave riesgo son reguladas por la ley.

11. A elegir su lugar de residencia, a transitar por el territorio nacional y a salir de él y entrar en él, salvo limitaciones por razones de sanidad o por mandato judicial o por aplicación de la ley de extranjería.

12. A reunirse pacíficamente sin armas. Las reuniones en locales privados o abiertos al público no requieren aviso previo. Las que se convocan en plazas y vías públicas exigen anuncio anticipado a la autoridad, la que puede prohibirlas solamente por motivos probados de seguridad o de sanidad públicas.

24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:

f. Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del Juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito.

El detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente, dentro de las veinticuatro horas o en el término de la distancia.

Estos plazos no se aplican a los casos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas. En tales casos, las autoridades policiales pueden efectuar la detención preventiva de los presuntos implicados por un término no mayor de quince días naturales. Deben dar cuenta al Ministerio Público y al Juez, quien puede asumir jurisdicción antes de vencido dicho término.

⁸⁹ Veamos cuales de los derechos restringidos o suspendidos tienen amparo de la Convención Americana:

El derecho de tránsito:

Artículo 22. Derecho de Circulación y de Residencia

1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y, a residir en él con sujeción a las disposiciones legales.

2. Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio.

3. El ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir

Artículo 2º y en el inciso 24, apartado f del mismo Artículo. En ninguna circunstancia se puede desterrar a nadie.

2. Estado de sitio (...) con mención de los derechos fundamentales cuyo ejercicio no se restringe o suspende.”

El Reglamento del Congreso de la República no contiene normas para regular la forma de dar cuenta al Congreso de una decisión política de Estado de Emergencia o el Estado de Sitio⁹⁰, sin embargo queda aún vigente la Ley 25397, “Ley de Control de los Actos Normativos del Presidente” a pesar de las intenciones de quitarle vigencia⁹¹.

infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás.

4. El ejercicio de los derechos reconocidos en el inciso 1 puede asimismo ser restringido por la ley, en zonas determinadas, por razones de interés público.

(nota) Puede apreciarse que el inciso 3 y 4 establecen determinados requisitos para efectuar esta restricción o suspensión del derecho

El derecho de reunión lo tiene en el artículo 15.

Artículo 15. Derecho de Reunión. Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de tal derecho solo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás.

El derecho a no ser detenido sino por razones judiciales:

Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.

2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.

3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.

⁹⁰ En el Reglamento del Congreso no existe un control político de estos decretos de emergencia, solo existe normatividad para el control político respecto de los decretos de urgencia y los decretos legislativos (artículo 90 y 91 del Reglamento del Congreso de la República)

⁹¹ En el mensaje del autogolpe del 05 de abril de 1992, Alberto Fujimori señaló: “La actitud irresponsable y negativa de los parlamentarios no respeta, tampoco, los mandatos constitucionales, los cuales son violados conscientemente. Tal es el caso de la promulgación de la Ley N° 25397, denominada Ley de Control Parlamentario sobre los actos normativos del Presidente de la República que pretende maniatar a éste, recortándole atribuciones elementales para gobernar. Esto en aspectos tan importantes como la política económica o la lucha antiterrorista, cuando se niega al Presidente la facultad de señalar cuáles son las zonas de emergencia”.

Sin embargo en la página web del Congreso de la República del Perú se reconoce la vigencia de la Ley 25397: (...) Se complementa este procedimiento de control con la ley

Precisiones sobre el término de SUSPENSIÓN empleado por la Carta Política:

Primero: Según el Dr. Francisco Eguiguren, refiriéndose al artículo 231 de la Constitución 1979 que contiene similar normativa que el artículo 137 de la Constitución señala: “persiste la confusión, de tipo conceptual y técnico, de seguir denominando garantías a los derechos o de tratar impropriamente como sinónimos a ambos términos. Como acertadamente señala el profesor Domingo García Belaunde las constituciones peruanas de los siglos XIX y XX utilizaron la clásica nomenclatura de “garantías” individuales y sociales (como equivalentes a derechos) y la “suspensión de garantías”, como su correlato para las situaciones de excepción ¿que significa la suspensión de garantías? En el sentido latinoamericano, proveniente de la tradición francesa y filtrada a través de la experiencia española, la suspensión de garantías significa inequívocadamente suspensión de derechos”.⁹²

Sin embargo, vale la pena señalar que la Corte Interamericana si hace un desarrollo correcto de esa diferenciación: _

“No es el propósito de la Corte hacer un desarrollo teórico sobre la relación entre derechos y garantías. Basta señalar qué debe entenderse por garantía en el sentido en que el término está utilizado por el artículo 27.2. Las garantías sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho. Como los Estados Partes tienen la obligación de reconocer y respetar los derechos y libertades de la persona, también tienen la de proteger y asegurar su ejercicio a través de las respectivas garantías (art. 1.1), vale decir, de los medios idóneos para que los derechos y libertades sean efectivos en toda circunstancia”.⁹³

Nº 25397 “De Control de los actos normativos del Presidente” que el Congreso expidió en febrero de 1992 y con el artículo Nº 90 del Reglamento del Congreso de la República.

http://www.congreso.gob.pe/participa/cursos/textos/CURSO_IV_LECCION_4.pdf

Igualmente en la Defensoría del Pueblo mediante Resolución Defensorial Nº. 020 – 2003/DP se indica su vigencia: Al respecto, debe recordarse que las normas sobre los estados de excepción, aun vigentes, de la Ley Nº 25397, ley de Control Parlamentario sobre los actos normativos del Presidente de la República, prescriben que el decreto supremo que declara el estado de excepción debe contener, además de lo ya indicado por el propio artículo 137º de la Constitución, "el marco de competencia de las fuerzas armadas, cuando el decreto les asigna la función de control del orden interno."

<http://www.cajpe.org.pe/rij/bases/excep/rdp.htm>

⁹² Francisco Eguiguren Praeli. Las situaciones de emergencia y su tratamiento. Lecturas sobre Temas Constitucionales. CAJ. Nov. 1990. pág. 22.

⁹³ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987 garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2,

Segundo en la Constitución de 1993, parece que se mantuvo similar confusión de garantías y derechos. En el acta de sesiones del Plenario del Congreso Constituyente Democrático, el Congresista Carlos Ferrero Costa señaló: “Considero errado en el texto se establezca la suspensión de las garantías constitucionales (...) propuso se sustituyera dicha locución por la frase suspenderse el ejercicio de los derechos constitucionales”.⁹⁴

Como los términos son similares, suspensión de garantías puede significar suspensión de derechos y viceversa, suspensión de derecho nos llevaría al término de suspensión de garantías.

Tercero: Considero que la Corte Interamericana hace una precisión que será necesario tomar en cuenta al interpretar el artículo 137 de la Constitución.

El artículo 27 de la Convención Americana contiene diferentes alocuciones como “suspensión de garantías”, y “suspensión de derechos” y finalmente “derecho de suspensión”, todos los cuales tienen un solo sentido para la Corte:

“E1 artículo 27 contiene determinadas locuciones que merecen ser destacadas (...) Del análisis de los términos de la Convención en el contexto de éstos, resulta que no se trata de una "suspensión de garantías" en sentido absoluto, ni de la "suspensión de los derechos" ya que siendo éstos consustanciales con la persona **lo único que podría suspenderse o impedirse sería su pleno y efectivo ejercicio.** (...) la Corte utilizará la expresión empleada por la Convención de " suspensión de garantías".⁹⁵

Esto nos conduce a establecer una línea divisoria entre suspensión y restricción, sobre la base del goce y ejercicio del derecho, entendiendo que nunca se suspende un derecho, lo que puede suspenderse es su ejercicio:

“(...) La distinción entre restricción y supresión del goce y ejercicio de los derechos y libertades resulta de la propia Convención (arts. 16.3)⁹⁶,

25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos, solicitada por el gobierno de la República Oriental del Uruguay. Párrafo 25.

⁹⁴ Actas de la Sesión del Plenario del CCD Constitución de 1993. Pag. 187

⁹⁵ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987 garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos, solicitada por el gobierno de la República Oriental del Uruguay. Párrafo 18.

⁹⁶ Artículo 16 de la Convención Americana. Libertad de Asociación. 3). Lo dispuesto en este artículo no impide la imposición de restricciones legales, y aun la privación del ejercicio del derecho de asociación, a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía.

29.a⁹⁷ y 30⁹⁸). Se trata de una distinción importante (...) las palabras "al goce y ejercicio", clarificó conceptualmente la cuestión.”⁹⁹

Finalmente entonces cuando la Constitución se refiere a suspensión de derechos debemos entender que se esta refiriendo a suspensión de garantías. A su vez debe quedar claro que un derecho no se restringe, lo que más bien se restringe es su ejercicio.

Pasaremos a abordar a reglón seguido, que el término de SUPENSION, puede ser peligroso para la actividad tuitiva de los derechos humanos y que es mejor adoptar el termino de RESTRICCION, incluso en aquellos caso en que expresamente se hace mención a suspensión.

Distinción entre supresión y restricción del ejercicio de los derechos humanos.

La supresión de derechos humanos habíamos considerado que se encuentra prohibida por el ordenamiento internacional y que más bien la restricción de su ejercicio si esta aceptada, pero con determinadas reglas.

“Una cosa, en efecto, es limitar o restringir el ejercicio de un derecho constitucional, y otra, muy distinta, disminuirlo o suprimirlo. La limitación de un derecho no comporta su disminución o supresión, sino solo el establecimiento de las condiciones dentro de las cuales deberá realizarse su ejercicio. (...) no se puede despojar de contenido a un derecho so pretexto de limitarlo o, acaso, suprimirlo¹⁰⁰.

Uno de los temas que se debate aún en la doctrina es el referido a si durante la vigencia de un estado de excepción ocurre una suspensión del ejercicio de determinados derechos fundamentales o estamos más bien ante un escenario en el cual el ejercicio de ciertos derechos es materia de limitación. Debe tenerse presente que existen posiciones en la doctrina que al aludir a una suspensión de

⁹⁷ Artículo 29 de la Convención Americana. Normas de Interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a). permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;

⁹⁸ Artículo 30 de la Convención Americana. Alcance de las Restricciones. Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

⁹⁹ Opinión Consultiva del 09.05.86

¹⁰⁰ Expediente del Tribunal Constitucional N.º 014-2002-AI/TC interpuesta por el Colegio de Abogados del Cusco del 21.01.2002. párrafo 93

derechos no hacen referencia a lo que comúnmente se entiende por ello, esto es, la pérdida temporal de la posibilidad de ejercerlos, sino solo a una sustitución de la regulación ordinaria existente para tal efecto. No obstante lo interesante de esta postura, el texto constitucional y toda norma general, máxime si regula el ejercicio de los derechos fundamentales, los mecanismos previstos para su protección, debe buscar ser lo más comprensible posible para el ciudadano común. De allí que resultaría aconsejable adoptar expresamente la fórmula de “restricción” y no la de “suspensión”.¹⁰¹

En esa misma orientación el texto de la Comisión de Estudios de las Bases de la Reforma Constitucional señala también que: Durante los regímenes de excepción se incrementan las facultades ordinarias del Poder Ejecutivo y **se autoriza la restricción** de derechos fundamentales¹⁰² no se hace referencia a la suspensión de los derechos.

La Corte Interamericana considera que entre la suspensión y la restricción de un derecho humano existe una diferencia sustancial de grado de afectación y cuando se refiere al derecho a la vida señala:

“(…) el derecho a la vida, garantizado por el artículo 4. En esa perspectiva, toda reserva destinada a permitir al Estado la suspensión de uno de esos derechos fundamentales, cuya derogación está en toda hipótesis prohibida, debe ser considerada como incompatible con el objeto y fin de la Convención y, en consecuencia, no autorizada por ésta. Otra sería la situación, en cambio, si la reserva persiguiera simplemente restringir algunos aspectos de un derecho no derogable sin privar al derecho en conjunto de su propósito básico (...) (Opinión Consultiva 3/83; 8 de setiembre de 1983).”¹⁰³

La experiencia peruana nos ha entregado una gran enseñanza, en los 20 años de violencia política, para exigir que todos ciudadanos no permitamos más la suspensión de derechos y tampoco de las garantías:

“(…) En este sentido es esencial la función que cumple el hábeas corpus como medio para controlar el respeto a la vida e integridad de la persona, para impedir su desaparición o la indeterminación de su lugar de detención, así como para protegerla contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (...) Esa realidad ha demostrado una y otra vez

¹⁰¹ La Constitución Comentada. Tomo II. Gaceta Jurídica. Febrero 2006. pág. 465.

¹⁰² Ministerio de Justicia. Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú. Lima, Julio 2001. pág. 60.

¹⁰³ Opinión Consultiva del 08.09.83. párrafo 34 y 35.

que el derecho a la vida y a la integridad personal son amenazados cuando el hábeas corpus es parcial o totalmente suspendido.¹⁰⁴

A pesar que la Corte Interamericana hace referencia a la “suspensión de garantías”, cuando se refiere al artículo 27 de la Convención, estamos seguros que de acuerdo a la interpretación esta refiriéndose a una restricción, sino veámoslo:

“Esto no significa, sin embargo, que **la suspensión de garantías comporte la suspensión temporal del Estado de Derecho** o que autorice a los gobernantes a apartar su conducta de la legalidad a la que en todo momento deben ceñirse. Estando suspendidas las garantías, algunos de los límites legales de la actuación del poder público **pueden ser distintos de los vigentes en condiciones normales, pero no deben considerarse inexistentes ni cabe, en consecuencia, entender que el gobierno esté investido de poderes absolutos más allá de las condiciones en que tal legalidad excepcional está autorizada.** Como ya lo ha señalado la Corte en otra oportunidad, el principio de legalidad, las instituciones democráticas y el Estado de Derecho son inseparables¹⁰⁵”

Al respecto el Dr. Christian Donayre Montesinos señala acertadamente que:

“Si asumimos que durante un estado de excepción el ejercicio de los derechos fundamentales (...) es suspendido, querría decir, en consecuencia que no podrán ser ejercidos durante el lapso de tiempo que el dure. En otras palabras, una persona no podría transitar libremente al interior de su domicilio en medio de una reunión, sin el temor de que cualquier personal pueda ingresar en él, pues si el ejercicio de la libertad de tránsito es suspendido, tendría que permanecer quieto (...). Como bien puede deducir el lector nada de lo dicho ocurre durante la vigencia de un estado de excepción. Ello se debe a que en sentido estricto, lo que sucede es que aquellos derechos se ven restringidos o limitados en su ejercicio mientras dure el estado de emergencia.”¹⁰⁶

En este aspecto concordamos con la Defensoría del Pueblo cuando afirma:

Conforme a la Constitución, durante el estado de emergencia (artículo 137º) **puede restringirse** el ejercicio de los derechos a la libertad y seguridad personales, la inviolabilidad de domicilio, de reunión y de tránsito. **La declaratoria de un régimen de excepción no importa la ausencia de un Estado de Derecho ni anula los derechos fundamentales,** tampoco deja

¹⁰⁴ Opinión Consultiva del 06.10.87

¹⁰⁵ Opinión Consultiva del 09.05.86

¹⁰⁶ La Constitución Comentada. Tomo II Gaceta Jurídica. Diciembre del 2005. Pag. 463

de lado la vigencia de la Constitución y los tratados sobre derechos humanos.

El estado de emergencia solo autoriza a la autoridad competente a restringir los derechos a que se refiere el objeto de la declaratoria del régimen de excepción, en aquellos casos que se justifique en función de los motivos de dicha declaración.¹⁰⁷

Requisitos para la restricción en el artículo 30 de la Convención Americana

La Corte Interamericana ha establecido determinados requisitos para que el Poder Legislativo legisle la restricción de derechos humanos, a efecto que no se produzca un abuso de poder y se exceda a las facultades concedidas por los órganos constituidos.

El artículo 30 de la Convención ha establecido el cumplimiento concurrente de determinados requisitos para restringir una garantía constitucional:

- a. Que se trate de una restricción expresamente autorizada por la Convención y en las condiciones particulares en que la misma ha sido permitida;
- b. Que los fines para los cuales se establece la restricción sean legítimos, es decir, que obedezcan a "razones de interés general" y no se aparten del "propósito para el cual han sido establecidas" (...); y
- c. Que tales restricciones estén dispuestas por las leyes y se apliquen de conformidad con ellas.¹⁰⁸

Por ejemplo para la restricción de la libertad de expresión la Corte Interamericana ha señalado a tenor del artículo 13.2 de la Convención:

“(...) por ende, la legalidad de **las restricciones a la libertad de expresión fundadas sobre el artículo 13.2, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo.** Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido. Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno; **para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia,**

¹⁰⁷ Directiva para la intervención defensorial durante la vigencia de un estado de emergencia aprobada por Resolución Defensorial N° 020 - 2003/DP de 30 de mayo, publicada el 31 de mayo de 2003.

¹⁰⁸ Opinión Consultiva del 09.05.86

preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en el artículo 13. Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo”¹⁰⁹

Qué tipo de norma legal permite restringir derechos

Para restringir derechos, la Corte Interamericana ha establecido que debe hacerlo mediante leyes de la República, a fin de otorgarle la mayor de las garantías a los derechos de libertad de las personas.

“En tal perspectiva no es posible interpretar la expresión **leyes**, utilizada en el artículo 30, como sinónimo de cualquier norma jurídica, pues ello equivaldría a admitir que los derechos fundamentales pueden ser restringidos por la sola determinación del poder público (...) la expresión leyes, (...) no puede tener otro sentido que el de ley formal, es decir, norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgado por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado.”¹¹⁰

En consecuencia

“(...) Solo la ley formal, entendida como lo ha hecho la Corte, tiene aptitud para restringir el goce o ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención.”¹¹¹

Los derechos fundamentales en cuanto elementos de un ordenamiento como es la Constitución, están sujetos a límites ya sea para armonizar su ejercicio con otros derechos de su misma clase, ya sea con la finalidad de permitir la efectividad de otros bienes, principios o valores constitucionales. En el Estado Constitucional de Derecho, la regla general es que los derechos son susceptibles de ser limitados, siendo la excepción que solo alguno de ellos pueda considerarse absolutos (v.gr. el derecho a no ser torturado)¹¹² y agregaríamos también el derecho a no ser desaparecido, señalado en la el Convención Internacional para la Protección de

¹⁰⁹ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, sobre la colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 convención americana sobre derechos humanos) solicitada por el gobierno de Costa Rica. Párrafo 45.

¹¹⁰ Opinión Consultiva del 09.05.86. párrafo 26 y 27

¹¹¹ Opinión Consultiva del 09.05.86. párrafo 35.

¹¹² Puede leerse en Edgar Carpio. La interpretación de los derechos fundamentales. Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP. N°. 56. Diciembre 2003. pagina 494.

todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas aprobada por Naciones Unidas en diciembre del 2006 y que el estado peruano aún no ratifica¹¹³.

Para su comprensión podemos ubicar también el tema dentro de los derechos limitables y no limitables esbozados en los trabajos de Martín Borowski, siendo posible restringir los primeros mas no los segundo¹¹⁴.

Al respecto, puede revisarse el artículo 2 inciso 24, letra b) de la Constitución Política:

No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley.

Enrique Varsi Rospigliosi, comentando a Víctor García Toma, señala al comentar el artículo: “Son tres las restricciones que la ley establece: Detención, condena penal y sanidad, debiendo agregar que el régimen de excepción, en el estado de emergencia también restringe ese derecho, siempre y cuando las autoridades consideren pertinente limitar tal derecho”.¹¹⁵

Asimismo, el artículo 139 inciso 9 de la Carta Política:

El principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos.

Comentando el referido artículo, José Urquiza Olaechea, señala: “obedece (...) a la superlativa importancia que los padres de la Constitución le han dado a los derechos fundamentales, cuando estos son menoscabados en el derecho penal”

CONCLUSIONES

PRIMERO: Los Tratados de Derechos Humanos tienen jerarquía constitucional en el Perú y en algunos casos gozan del nivel de supraconstitucionalidad, especialmente cuando se trata de resguardar bienes jurídicos valiosos como la vida.

El derecho parlamentario esta limitado en su labor legislativa por los Tratados Internacionales de los Derechos Humanos, por cuanto la soberanía de los derechos humanos no tiene fronteras territoriales.

¹¹³ Convención Internacional contra la Desaparición Forzada en su Artículo 1. ***Nadie será sometido a una desaparición forzada.***

¹¹⁴ Puede leerse al respecto. Martín Borowski. La restricción de los derechos fundamentales.

¹¹⁵ La Constitución Comentada Tomo I. Gaceta Jurídica Diciembre 2005. pag. 245.

SEGUNDO: Las Consultas absueltas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos dentro del principio de buena fé, debiera ser observado por el Estado Peruano, por cuanto corresponde a un compromiso de la Convención Americana. El análisis en las Consultas abarca todos los Tratados de Derechos Humanos suscritos por el Perú.

TERCERO: La función legislativa debe merecer un control, no solo de aquello que se produce, sino de aquellas normas que debieran aprobarse pero no se hace, lo que en doctrina se denomina: Omisión legislativa. Por cuanto un violación a los derechos humanos, es recurrible ante la Corte, no solo cuando una norma viola en su aplicación inmediata, sino también por la ausencia de Ley, cuando es obligatorio su legislación.

CUARTO: La supresión y suspensión de derechos y garantías fundamentales esta prohibida en la labor legiferante del Congreso de la República.

QUINTO: Existe derechos que no pueden ser restringidos por cuanto son absolutos, como el derecho a no ser torturado, el derecho a no ser desaparecido.

SEXTO: Los derechos y la garantías de los derechos fundamentales puede ser restringido pero con las limitaciones que la Corte ha señalado claramente. Por ejemplo un derecho reconocido por la Convención Americana solo puede ser restringido por Ley, dictado por el Congreso de la República en forma directa o delegada, entre otros requisitos que deben ser cumplidos en forma concurrente. Esta restricción no es arbitraria por cuanto deberá cumplir con el test de adecuación a los Tratados de Derechos Humanos.

SEPTIMO: El Estado Peruano debiera solicitar Consultas a la Corte Interamericana para evitar conflictos que podrían terminar en la Corte en casos contenciosos. Es un valioso mecanismo preventivo. De esta manera puede evitarse la dación de leyes que resultan contrarios al ordenamiento internacional.

OCTAVO: Igualmente se puede recurrir en Consulta sobre determinados Proyectos de Ley, durante su procedimiento parlamentario, y que no requieren atención inmediata. Ese mecanismo podría llevarnos a evitar conflictos mayores incluso en las etapas de gestación.

NOVENO: El Estado Peruano es uno de los países que mas casos contenciosos tiene en la Corte Interamericana y a su vez es el estado que más sanciones ha recibido de ese organismo. Entonces la Consulta puede ser un buen mecanismo para aminorar este lamentable antecedente. De esa manera los funcionarios del estado pueden mejorar en su tarea legislativa, incorporando teorías modernas de los derechos fundamentales.