

REVISTA PERUANA DE DERECHO INTERNACIONAL

ISSN: 0035-0370 / ISSN-e: 2663-0222

Tomo LXXIV. Septiembre-Diciembre 2024, No. 178, pp. 125-149

Recepción: 30/05/2024. Aceptación: 03/07/2024

DOI: <https://doi.org/10.38180/rpdi.v74i178.797>

LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA, LA DECLARACIÓN DE GUERRA Y EL DERECHO INTERNACIONAL

**THE POLITICAL CONSTITUTION, THE DECLARATION OF WAR AND
INTERNATIONAL LAW**

Silvio Mezarina García^(*)

Universidad Nacional Mayor de San Marcos
(Lima, Perú)

<https://orcid.org/0000-0003-2666-1176>

RESUMEN

En el Artículo 118, numeral 16, de la actual Constitución Política del Perú, al igual que en muchas de sus anteriores cartas políticas, se le otorga al Presidente de la República la facultad de declarar la guerra y firmar la paz, sin considerar la necesidad de concordar el ordenamiento jurídico nacional con las normas del sistema internacional. La disposición que permite al Presidente declarar la guerra con autorización del Congreso es un vestigio legal de las constituciones del siglo XIX, período en el cual el recurso jurídico a la guerra estaba permitido. Esta regla, presente en el vigente

^(*) Abogado y Magíster en Derecho Constitucional y Derechos Humanos por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Profesor de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales en la UNMSM. Profesor de Derecho de los Tratados en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC).

Con el presente artículo, el autor formaliza su incorporación como Miembro Asociado, conforme a lo dispuesto por el Consejo Directivo de la Sociedad Peruana de Derecho Internacional, mediante Acta del 13 de diciembre de 2018.

sistema constitucional desde hace mucho tiempo, ha sido una constante en las diversas constituciones que ha tenido el Perú. Desde el siglo XIX, cuando el recurso a la guerra era aceptado por el derecho internacional, esta norma ha sido repetida casi mecánicamente. Sin embargo, hoy en día, se percibe como una reliquia de un sistema ya en desuso. En ese entendido, la Constitución de 1993 no está alineada con los tratados que el Perú ha suscrito y ratificado. La guerra, una institución jurídica que fue regulada por el derecho internacional, ha quedado obsoleta. Así, existe una clara incompatibilidad entre la Constitución Política del Perú y el sistema jurídico internacional, respecto de la figura jurídica llamada guerra.

Palabras clave: Declaración de guerra, uso de la fuerza, derecho internacional, derecho constitucional.

ABSTRACT

In Article 118, paragraph 16, of the current Political Constitution of Peru, as in many of its previous political charters, the President of the Republic is granted the power to declare war and sign peace, without considering the necessity to align the national legal system with the norms of the international system. The provision that allows the President to declare war with the authorization of Congress is a legal vestige of the constitutions of the 19th century, a period in which legal recourse to war was permitted. This rule, present in the current constitutional system for a long time, has been a constant in the various constitutions that Peru has had. Since the 19th century, when resorting to war was accepted by international law, this norm has been repeated almost mechanically. However, today, it is perceived as a relic of a system that is no longer in use. In this understanding, the 1993 Constitution is not aligned with the treaties that Peru has signed and ratified. War, a legal institution that was regulated by international law, has become obsolete. There is a clear incompatibility between the Political Constitution of Peru and the international legal system, regarding the legal figure called war.

Keywords: Declaration of war, use of force, international law, constitutional law.

* * * * *

INTRODUCCIÓN

La palabra “guerra” puede emplearse en diversos sentidos, alguno de ellos tan generales como cuando las autoridades manifiestan que han emprendido una lucha contra la corrupción o contra la pobreza. No obstante, en el caso que tratamos, nos referimos a la situación jurídica que enfrenta a dos países, legitimando el uso de la fuerza armada para imponer condiciones políticas o económicas a la parte vencida. Esta es la acepción que se encuentra presente en el espíritu de las normas constitucionales del siglo XIX y que pretendemos comentar. Consideramos que esta norma ha perdido validez jurídica, a menos que se interprete en concordancia con el uso legítimo de la fuerza que prescribe la Carta de las Naciones Unidas. Cabe recordar que los Estados renunciaron formalmente a la guerra por primera vez con el famoso Tratado de Renuncia a la Guerra, también conocido como Pacto Briand-Kellog de 1928.

Así, la figura jurídica denominada “guerra” fue legítima en nuestro ordenamiento jurídico hasta la entrada en vigor del Pacto Briand-Kellogg (cuando en el Perú regía la Constitución de 1920). En efecto, las constituciones peruanas, desde 1823 hasta 1920, regularon correctamente el derecho del Estado a utilizar la declaración de guerra como parte de su política exterior. Sin embargo, en el siglo XX, las constituciones de 1933 (dentro del ámbito del Pacto Briand-Kellogg y la Carta de las Naciones Unidas de 1945), así como las de 1979 y 1993 (bajo el marco legal de la Carta de las Naciones Unidas de 1945), simplemente recogieron una norma que carecía ya de validez jurídica.

Desde el siglo XX, el recurso a la guerra ha experimentado una disminución progresiva como instrumento de los Estados soberanos en sus relaciones internacionales.

Este cambio se ha manifestado a lo largo de varias etapas históricas, en tanto que la guerra ha sido una constante en el devenir de las sociedades humanas, tanto así que el derecho internacional se ha ocupado desde temprano sobre dos aspectos cardinales de las relaciones internacionales de carácter bélico: La justicia de la guerra y los medios lícitos que pueden emplearse en ella, es decir, el *ius ad bellum* y el *ius in bello* (Fernández, 2001, pp. 155-165).

La Conferencia de la Haya de 1907 marcó un hito al prohibir el uso de la guerra para el cobro de deudas a Estados que se habían sometido a arbitraje internacional. Sólo se permitía declarar la guerra a Estados que se negaban a aceptar un fallo arbitral o que, habiéndolo aceptado, no cumplían con sus compromisos.

Posteriormente, el Tratado de Versalles de 1919 instituyó un procedimiento riguroso para la declaración de guerra, exigiendo un período de tres meses tras la recepción del laudo arbitral correspondiente o del informe del Consejo de la Sociedad de Naciones. Además, la declaración de guerra solo era permitida si el Estado no había acatado las decisiones emitidas por estas instancias.

En 1928, el Pacto Briand-Kellogg supuso otro paso significativo al comprometer a los Estados a renunciar a la guerra como instrumento de política exterior. Dicho tratado de carácter multilateral vinculó a sesenta Estados de una sociedad de entonces setenta miembros en total. El gran inconveniente provino de la interpretación del concepto de guerra y de su declaración en tanto varios Estados “alegaron que sus acciones armadas no constituyán una violación del Pacto al no haber declarado previamente la guerra” (Brotóns, 2010, pp. 604 y 666).

Finalmente, con la Carta de las Naciones Unidas en 1945, se consagró en la ley internacional la prohibición del uso de la fuerza, excepto en casos de legítima defensa individual o de manera colectiva para preservar la paz y la seguridad mundiales de acuerdo con los principios y objetivos de las Naciones Unidas.

Estos hitos históricos marcan un cambio fundamental en la manera en que se concibe y se ejerce el uso de la fuerza en las relaciones internacionales.

La Constitución vigente de 1993, al igual que muchas de sus predecesoras, confiere al Presidente de la República la facultad de declarar la guerra, lo cual entra en abierta contradicción con las normas del derecho internacional.

Es por lo señalado, que consideramos necesaria una interpretación del respectivo artículo de la Constitución que otorga la facultad de declarar

Silvio Mezarina García

la guerra al Jefe de Estado, para que guarde armonía con las normas del derecho internacional.

Ello sin perjuicio de dejar en claro que el Presidente de la República es el jefe supremo de las fuerzas armadas y posee la capacidad jurídica para movilizar a las tropas con el propósito de preservar la soberanía e integridad territorial del Estado.

¿Es necesaria una modificación constitucional? Consideramos que no es imprescindible. Es posible realizar una interpretación sistemática. Por ejemplo, el término “guerra” puede entenderse de manera evolutiva como el uso de la fuerza armada en legítima defensa del territorio e intereses nacionales. De manera similar, la “declaración de guerra” podría interpretarse como un mandato para iniciar acciones militares defensivas. Posteriormente, se podría activar el sistema de seguridad de las Naciones Unidas y seguir el procedimiento de solución de controversias que la ONU indica, si fuera necesario.

1. LA GUERRA: CONCEPTO Y APROXIMACIONES.

La guerra puede ser entendida de manera general como el choque entre las fuerzas armadas de dos o más Estados que buscan hacer prevalecer sus intereses políticos empleando la violencia al haber agotado los medios pacíficos a su alcance para solucionar una controversia.

De acuerdo con Vattel, la guerra era entendida como la situación jurídica internacional por la cual un Estado hacía valer sus derechos a través del uso de la fuerza, pudiendo ser defensiva u ofensiva, siendo la primera caracterizada por el recurso a las armas ante la agresión de un enemigo y la segunda por tomar las armas contra una nación que se encuentra en paz. Esta guerra ofensiva tiene entre sus propósitos hacer valer derechos, asegurar la seguridad o vengar la injuria (Vattel, 1820, T. III).

En Roma existió un derecho sagrado conocido como *ius fetiale*. Se trataba de un sistema jurídico especial aplicado por un colegiado de sacerdotes llamado *collegium fetialium*, el mismo que se pronunciaba antes

de ir a la guerra, firmar la paz o tratados de alianza o al reclamar la reparación de una ofensa sufrida por Roma (Casado, 2014, p. 19).

Si bien es cierto que las polis griegas tenían instituciones que caracterizaban sus diversos sistemas de gobierno (democracia, tiranía, aristocracia, oligarquía) tres instituciones eran comunes al mundo griego: la Asamblea, el Consejo y la Magistratura. La Asamblea también conocida como *Ecclesia* tenía como funciones: Aprobar o rechazar leyes, controlar a los Arcontes o magistrados, elegir autoridades, y, sobre todo, declarar la guerra y firmar la paz (Gonzales, 2004, pp. 49 y 50).

Los fenicios, una antigua civilización mediterránea, efectivamente tenían magistrados conocidos como “Suffetes”, que desempeñaban diversas funciones gubernamentales, incluida la regulación de asuntos relacionados con la guerra. Según Heródoto y otras fuentes históricas, los Suffetes tenían la responsabilidad de establecer normas para la distribución del botín de guerra. Este botín se entregaba de manera equitativa y en proporción directa con la cantidad de tropas que cada ciudad o región había proporcionado para la campaña militar. Esta distribución equitativa del botín de guerra reflejaba la importancia de la cooperación y la participación de todas las partes involucradas en el conflicto (Hawa, 2000, p. 2).

Aristóteles, el filósofo griego, desarrolló el concepto de “causa justa” para argumentar la recurrencia a la guerra. Según Aristóteles, una causa justa para la guerra podría surgir de la confianza en el propio poder y la necesidad de defenderse o enfrentarse a una amenaza externa. Aristóteles sostenía que, aunque la guerra podría comenzar como un acto honorable en defensa propia o en busca de un objetivo justo, a menudo degeneraba debido a la naturaleza humana y a los intereses en conflicto. Por lo tanto, argumentaba que era necesario establecer normas y regulaciones para controlar y limitar el desencadenamiento del conflicto armado, con el fin de evitar sus peores consecuencias (Hawa, 2000, pp. 2 y 3).

La Biblia, particularmente en libros como Deuteronomio, Josué, Jueces, Samuel y Reyes, aborda extensamente el tema de la guerra. En estos relatos, el ejército es considerado el “Pueblo de Yahvé” y se le atribuye un carácter sagrado. Se espera que los hombres mantengan una conducta recta y libre de impurezas. La derrota en la guerra conduce a la penitencia y al ayuno.

Silvio Mezarina García

Se presenta a Yahvé como el líder y conductor del ejército, incluso a través de metáforas que lo describen asumiendo este papel. En estas narrativas, al tratarse de guerras consideradas como parte de los designios divinos, los enemigos son percibidos como enemigos de Dios mismo (Berciano, 2005, pp. 23-28).

Se ha hecho la distinción entre religiones contemplativas o de quietud (hinduismo, budismo) con las religiones dinámicas, proselitistas o de combate (judaísmo, cristianismo, islamismo). Estas últimas tienden a legitimar la guerra como acto de difusión de la fe. Esto tendrá un fuerte impacto en la historia de las relaciones internacionales, tanto en las cruzadas en el viejo mundo como en las empresas de evangelización que se darán en el continente americano (Trebolle, 1994, p. 384).

En efecto, en el caso de las religiones dinámicas, la legitimación de la guerra estaba estrechamente relacionada con el acto de difusión de la fe. Las cruzadas en el viejo mundo fueron una serie de conflictos militares promovidos por líderes cristianos europeos con el objetivo de recuperar Tierra Santa de manos musulmanas y expandir la influencia cristiana en la región. Del mismo modo, en el continente americano, las empresas de evangelización llevadas a cabo por misioneros cristianos tuvieron un impacto profundo en las culturas locales y en la forma como se condujeron las relaciones entre las potencias europeas y los pueblos indígenas (Zomosa, 2003, pp. 60-61).

Francisco de Vitoria sostiene que la guerra defensiva es inherentemente justa, dado que responde a una agresión. En contraste, una guerra ofensiva solo se consideraría justa si cumple con tres requisitos: primero, que sea dirigida por una autoridad legítima; segundo, que se base en una causa justa, que implica oponerse a quienes infringen el derecho natural; y tercero, que se guíe por la rectitud de intención, la cual busca la paz y la restauración del derecho vulnerado (Hawa, 2000, p. 8).

Según Juan Ginés de Sepúlveda, el objetivo primordial de la guerra es alcanzar la paz y la tranquilidad social. No obstante, para recurrir a ella, era imperativo que se hubieran agotado todos los mecanismos pacíficos disponibles para las partes involucradas. En cuanto a las condiciones que deben cumplirse para que una guerra sea considerada justa, Sepúlveda

establece lo siguiente: la declaración de guerra debe ser realizada por una autoridad legítima; debe existir una intención recta al emplear la violencia; la guerra debe desarrollarse de acuerdo con principios de rectitud; y, finalmente, debe basarse en una causa justa. Respecto a esta última condición, Sepúlveda precisa tres criterios para considerar una guerra como justa: la defensa contra injurias y violencia, la corrección de errores de los pueblos bárbaros, y la conversión de estos pueblos al cristianismo (Martínez, 2006, p. 123).

En el contexto de la conquista de América por los europeos, que representó una gran empresa bélica, Sepúlveda añadió a las causas generales de la guerra algunas causas adicionales. Estas incluían la superioridad cultural de los occidentales, la violación de la ley natural por parte de los pueblos del Nuevo Mundo, la protección de los inocentes frente a los sacrificios sangrientos, y la predicación de la verdadera religión a los pueblos paganos (Martínez, 2006, p. 123).

El análisis de Francisco de Vitoria sobre la justificación de la guerra de conquista en América por parte de España se centra en tres preguntas fundamentales: ¿Por qué los indios pasaron al poder de los españoles?, ¿Qué autoridad tenían los gobernantes españoles sobre los indios en asuntos civiles?, y ¿Cuál era el papel de la Iglesia en asuntos espirituales? Vitoria proporciona respuestas a estas interrogantes, argumentando que la sociabilidad natural entre los hombres, la falta ausencia de daño causado por los españoles en el Nuevo Mundo y la injuria infligida al impedirles la entrada en tanto que extranjeros, son motivos legítimos para la ocupación española de las Indias occidentales. Además, defiende que las leyes humanas que prohíben la comunicación entre personas contravienen el derecho natural y divino, y que los españoles, debiendo ser considerados prójimo de los indios según el Evangelio del buen samaritano, no pueden ser excluidos de las Indias sin una causa justa (De Vitoria, 1989).

2. LA DECLARACIÓN DE GUERRA EN EL DERECHO INTERNACIONAL CLÁSICO

Tradicionalmente, en el derecho internacional clásico, se concebía la declaración de guerra como un procedimiento formal entre Estados. Este acto

solemne marcaba el fin de las relaciones pacíficas y establecía claramente los motivos de la disputa o agravio que se buscaba resolver mediante el recurso a la violencia (Almirante, 1869, p. 324).

Tal declaración refiere al estatus jurídico mediante el cual dos Estados se reconocen mutuamente como beligerantes, con igual derecho para emplear la fuerza armada. Este estatus implica el reconocimiento internacional de ambos Estados como actores legítimos en el uso de la fuerza militar para imponer condiciones políticas y aceptar el predominio de la fuerza como medio de resolución de conflictos.

Así pues, la declaración de guerra o declarar la guerra vendría a ser la notificación que se realizaba a otro Estado con respecto al rompimiento de relaciones amistosas y el paso a un estado de violencia armada en general (Almirante, 1869, p. 247).

Entre las declaraciones de guerra más famosas de la historia, la que Austria-Hungría le hace a Serbia en 1914 tiene un lugar destacado. Se trató del acto internacional que desencadenó toda una serie de declaraciones de guerra entre las diversas potencias aliadas en bandos contrarios y que dio paso a la tragedia de la Primera Guerra Mundial (Carrico, 1917, pp. 55-62).

En el Siglo XX, con particular énfasis después de 1945 con la Carta de la ONU, los Estados han reconocido universalmente que la guerra, como institución jurídica, ha dejado de existir. Se reconoce el uso legítimo de la fuerza en determinados supuestos y un procedimiento por el cual el Consejo de Seguridad de la ONU se hace cargo de restaurar la paz internacional en el caso de agresión a uno de los Estados parte de la organización, con lo que se descarta la guerra como figura jurídica y por ende la capacidad de un Estado para declararla.

3. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ Y LA DECLARACIÓN DE GUERRA

En el ámbito del derecho constitucional no se suele abordar el tema de manera directa. Marcial Rubio Correa, comentando el Artículo 118, numeral 16 de la Constitución de 1993, señala que la guerra será abolida

en el futuro cuando se alcance la paz entre las naciones (Rubio, 2009, p. 205). En otro de sus trabajos dice que el artículo que estudiamos tiene su antecedente inmediato en el de la Constitución de 1979 y hace un repaso a las características de la guerra moderna en la que la velocidad del ataque es fulminante. Sin embargo, señala que la mayoría de los conflictos en el mundo son guerras no declaradas (Rubio, 1999, pp. 353-354).

Al respecto Chirinos Soto se limita a señalar que es atribución del Jefe Supremo de las fuerzas armadas conducir la política exterior por ser el Presidente Jefe de Estado (Chirinos Soto, 2007, p. 311).

Enrique Bernales Ballesteros, en su comentario al Artículo 188, incisos 14, 15 y 16, se refiere al Sistema de Defensa Nacional, a la seguridad nacional y a las fuerzas armadas. No ingresa en el tema de la declaración de guerra (Bernales, 1996, pp. 487-488). En una edición posterior del mismo libro no varía el concepto general vertido y señala que el Sistema de Defensa Nacional es bastante nuevo en nuestro país y data del año 1979 en el que se crea la referida estructura mediante Decreto Ley N.º 22623 (Bernales, 1998, pp. 565- 566).

Alberto Otárola se limita a señalar que la posibilidad de que el Perú entre en guerra se hace cada vez más lejana y que el presidente sí se encuentra habilitado para realizar una declaratoria de guerra (Otárola, 1997, p. 186).

En la voluminosa obra dirigida por Walter Gutiérrez que lleva por título: “La Constitución Comentada – análisis artículo por artículo”, la misma que cuenta con dos tomos de más de dos mil de páginas, se convoca a connotados especialistas nacionales en el tema constitucional. Cuando se llega al artículo 118, facultades del Presidente de la República, el autor del respectivo análisis se limita a señalar que corresponde al más alto mandatario de la nación velar por el orden interno y la seguridad exterior de la República, organizar, distribuir y disponer el empleo de las Fuerzas Armadas, así como adoptar las medidas necesarias para la defensa de la República, la integridad del territorio y la soberanía del Estado, declarar la guerra y firmar la paz, con autorización del Congreso (Cairo, 2005, pp. 320-322).

La obra “Constitución Política del Perú, Sumillada, Concordada y Anotada artículo por artículo, con los precedentes y jurisprudencia

Silvio Mezarina García

vinculante del Tribunal Constitucional”, voluminosa obra de investigación realizada por el Centro de Estudios de Derecho Constitucional de la USMP, bajo la dirección de Gino Ríos Patio, Ernesto Álvarez Miranda y Omar Sar Suárez, al estudiar el artículo 118 de la Constitución vigente, se repasa la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la competencia del Presidente de la República para dirigir la política exterior, los límites constitucionales de la amnistía, indulto y gracias presidenciales, el control político que ejerce el Parlamento de los actos normativos del Presidente de la República, etc. pero no se tiene mayores referencias al inciso 16 (Declarar la guerra y firmar la paz, con autorización del Congreso) (Ríos, 2013, pp. 526-537).

El Libro Blanco de la Defensa Nacional es un documento oficial del Estado peruano. Mediante Decreto Supremo N.º 009/SG del 9 de septiembre de 2002 se dispuso la redacción de un texto que compilara los temas sobre seguridad y defensa del Estado peruano. Se encargó al Ministerio de Defensa que coordinara con el Ministerio de Relaciones Exteriores y otros actores de la escena interna la elaboración del referido documento. El texto final fue aprobado por el Consejo de Seguridad Nacional el 14 de abril de 2005. En la introducción del Libro se refiere que éste tiene por propósito dar a conocer tanto a nivel interno como externo que el Perú, fiel a los principios del derecho internacional que se ha comprometido a respetar en diversos tratados, cree en la solución pacífica de las controversias internacionales, en la no intervención en asuntos internos de otros Estados y en que no es legítimo hacer uso de la fuerza ni amenazar con ella. Todo esto en concordancia con lo que señalan tanto la carta de la ONU como la de la OEA (Ministerio de Defensa del Perú, 2005, p. 7).

En el citado libro se afirma que Perú sostiene como política de Estado un estricto respeto al derecho internacional, la igualdad jurídica y soberana de los Estados, el principio de no intervención en los asuntos internos de otros países, la libre determinación de los pueblos, el fiel cumplimiento de los tratados, la solución pacífica de controversias y la prohibición del uso de la fuerza. Además, el Perú reconoce el derecho de cada Estado a elegir libremente su sistema socioeconómico y político, conforme a su propia voluntad (Ministerio de Defensa del Perú, 2005, p. 61).

Estos interesantes conceptos están en concordancia con lo que señala la Carta de las Naciones Unidas en el Capítulo I – Propósitos y Principios, y con los argumentos que desarrollamos en el presente trabajo.

4. EL ARTÍCULO 118, NUMERAL 16, DE LA ACTUAL CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ

El Perú es un Estado que se ha dotado de una carta política que busca cumplir con los postulados básicos que las ideas del constitucionalismo liberal exigen plasmar en la regulación del poder estatal: Separación de poderes, reconocimiento de derechos y libertades del ciudadano, garantías a los derechos fundamentales, etc.

Además, vivimos en un sistema internacional que busca la paz y la seguridad internacionales, fomentar la cooperación internacional y las relaciones de amistad entre los países del mundo (Carta de las Naciones Unidas) con lo que el tener una norma en la Constitución que refleja lo que sucedía en el mundo en el siglo XIX y principios del siglo XX le resta coherencia al sistema jurídico nacional. En efecto, esta idea de seguridad internacional del siglo XXI es producto de la evolución del derecho internacional en pro de un sistema más pacífico que ha tenido entre sus hitos “el Concierto europeo a lo largo del siglo XIX y el sistema de seguridad creado por la Sociedad de las Naciones” (Casanovas, 2018, p. 551).

La Constitución de 1993 permite al Presidente de la República declarar la guerra. Ello entra en conflicto con el derecho internacional y los tratados suscritos por el Perú. Nuestra carta constitutiva le otorga al Presidente de la República la capacidad jurídica de “declarar la guerra y firmar la paz”. Resulta evidente que no se hizo un previo análisis jurídico de la institución denominada guerra. Para el derecho internacional y los tratados que vinculan al Perú, la guerra como fenómeno jurídico es un concepto ya en desuso y prohibido por el sistema internacional de manera expresa por el Tratado de renuncia a la guerra – Pacto Briand Kellogg y por la Carta de las Naciones Unidas.

El presidente de la República no tiene la capacidad jurídica de declarar la guerra, entendida esta como la institución jurídica de derecho internacional

que legitimaba el uso de la fuerza armada entre Estados soberanos en el sistema internacional previo a la Carta de las Naciones Unidas, por lo que es necesario desarrollar una doctrina que explique este desfase entre el derecho nacional y el derecho internacional.

A lo largo de las distintas Constituciones que ha tenido el país (Vid. García Belaunde, Domingo (2005) *Las Constituciones del Perú*), en el siglo XIX, se ha ido variando la atribución para declarar la guerra, del ejecutivo al congreso. En la Constitución de 1823, se establecía como facultad exclusiva del presidente (artículo 60.6). La Constitución de 1826, conocida también como Vitalicia o bolivariana, otorgaba al presidente de la República la facultad de declarar la guerra en nombre del país (artículo 83.17). En 1828, la llamada “madre de todas nuestras constituciones” atribuía esta potestad al Poder Ejecutivo en conjunto con el Congreso en dos tiempos (artículos 48.5 y 90.10). La Constitución de 1834 mantenía la atribución conjunta del Poder Ejecutivo y el Congreso (artículos 51.4 y 85.10). La Ley Fundamental de la Confederación Perú Boliviana de 1837 establecía que era el Protector quien podía declarar la guerra, con la aprobación del Congreso General (artículo 30.6).

La Constitución de 1839 otorgaba al presidente la atribución de declarar la guerra y hacer la paz (artículo 87.13). En 1856, la facultad pasaba al Congreso, previa consulta al Poder Ejecutivo (artículo 55.14). La Constitución de 1860 establecía que era el Congreso quien debía resolver sobre la declaración de guerra, con informe o petición del Poder Ejecutivo (artículo 59.15). Finalmente, la Constitución de 1867 reafirmaba que era el Congreso quien debía decidir sobre la declaración de guerra, previo informe del Poder Ejecutivo (artículo 59.17).

En el caso de las Constituciones del siglo XX, no se observan cambios significativos en cuanto a la atribución de declarar la guerra. La Constitución de 1920 establecía que era responsabilidad del Congreso resolver sobre la declaración de guerra, ya sea por iniciativa propia o previo informe del Poder Ejecutivo (artículo 83.17). En 1933, ya vigente el Pacto Briand-Kellogg, la Constitución reafirmaba esta atribución al Congreso (artículo 123.19).

Luego, la Constitución de 1979, que debería haber sido influenciada por la firma de la Carta de las Naciones Unidas, señalaba que es una

atribución y obligación del Presidente de la República declarar la guerra y firmar la paz, con autorización del Congreso (artículo 211.19). Finalmente, la actual Constitución de 1993 establece que es el Presidente de la República quien tiene la facultad de declarar la guerra y firmar la paz, siempre con la autorización del Congreso (artículo 118.16).

Según lo estipulado en la Constitución vigente de 1993, ¿está facultado el Presidente de la República del Perú, como Jefe de Estado y de Gobierno, para declarar la guerra a un Estado extranjero sin contravenir las normas del derecho internacional, las cuales son fuente de derecho para el Perú?

Una lectura sistemática del texto constitucional, en conjunto con las normas internacionales, nos lleva a concluir que la respuesta es negativa. La Constitución de 1993 del Perú no otorga al Jefe de Estado la facultad jurídica de declarar la guerra. Las disposiciones en ese sentido dentro de nuestra carta magna contradicen el derecho internacional vigente, así como los tratados de los cuales el Perú es parte.

En efecto, aunque la Constitución de 1993 establece expresamente que el Presidente puede declarar la guerra, en la práctica, el Jefe de Estado carece de la capacidad jurídica para llevar a cabo tal acción. Esta limitación se debe a que las normas del derecho internacional que vinculan al Perú prohíben el recurso a la guerra como parte de su política exterior.

Es importante recordar que la prohibición de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza se considera una norma ius cogens, lo que significa que los diversos sistemas jurídicos del mundo están obligados por esta prohibición. En tal sentido, si los sistemas constitucionales admiten la declaración de guerra como una posibilidad, la interpretación debería darse en el sentido de permitir o preparar la organización de la defensa nacional ante una agresión externa.

En todo caso, y si afirmamos que el Artículo 118, numeral 16, de la Constitución de 1993 no es aplicable, ¿cómo se debería conducir el Presidente ante una agresión externa al país?

Entendemos que no cabe la aplicación del Convenio de La Haya relativo a la ruptura de hostilidades de 1907, que señala que estas no

Silvio Mezarina García

deberán comenzar sin un aviso previo e inequívoco bajo la forma de una declaración de guerra motivada, o de un ultimátum, con declaración de guerra condicional (artículo I), sino que el Estado agredido militarmente tendría que repeler las fuerzas extranjeras valiéndose para ello de sus normas internas y, en el ámbito internacional, notificar al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas para activar el sistema de seguridad colectivo de la ONU, pudiendo recurrir a mecanismos regionales como la OEA y el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (en el caso de los países de América).

En nuestro ordenamiento jurídico está previsto que se declare el Estado de emergencia y el Estado de sitio por Decreto Supremo emitido por el Presidente de la República con acuerdo del Consejo de Ministros. Ambos se encuentran dentro del ámbito de los llamados regímenes de excepción. El Estado de emergencia se decreta cuando se presentan convulsiones sociales que amenazan la seguridad de la población al alterar el orden interno. Puede tratarse de actos vandálicos, el accionar de la criminalidad organizada, el desgobierno y caos producto de un terremoto o desastre natural, pandemia, etc.

El Estado de sitio implica la inminencia o la efectiva ocurrencia de una invasión, guerra exterior o guerra civil (Constitución Política del Perú, artículo 137.2). Al respecto el Tribunal Constitucional ha señalado que el régimen de excepción se refiere, en términos conceptuales, a aquellas “competencias de crisis” otorgadas por la Constitución al Estado de manera extraordinaria. Estas competencias permiten al Estado hacer frente a hechos, sucesos o acontecimientos que, por su naturaleza, ponen en peligro el funcionamiento normal de los poderes públicos o amenazan la continuidad de las instituciones estatales y los principios fundamentales de convivencia dentro de la comunidad política (Tribunal Constitucional del Perú. Exp. 00017-2003-AI/TC. Fj.14.).

En particular sobre el estado de sitio el TC nos dice que se decreta en situaciones que amenazan la integridad territorial de la nación, como casos de invasión, guerra exterior o guerra civil. En los casos de conflictos armados, se aplican las disposiciones del Derecho Internacional Humanitario, destacando los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y sus dos Protocolos

Adicionales de 1977 (Tribunal Constitucional del Perú. Exp. 00002-2008-AI/TC, Fj.18).

No consideramos imprescindible una modificación constitucional. En la práctica tenemos un caso similar al que acontece con el artículo 140 de la carta magna nacional, referido a la pena de muerte que es inaplicable por contravenir normas de derecho internacional (en este caso la Convención interamericana de derechos humanos), tal como ha sido amplia y claramente expresado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de setiembre de 1983 y Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994).

Se puede interpretar el artículo 118, inciso 16 que señala: “Corresponde al Presidente de la República: Declarar la guerra y firmar la paz, con autorización del Congreso” de la siguiente manera: “Corresponde al Presidente de la República dirigir la defensa nacional y, en su calidad de Jefe supremo de las fuerzas armadas, ordenar el uso de la fuerza para repeler cualquier amenaza externa o interna que ponga en peligro la integridad del territorio, la soberanía del Estado y la seguridad de la población. En el ejercicio de esta acción deberá dar cuenta al Congreso y actuar en concordancia con el Derecho Internacional”.

5. PANORAMA CONSTITUCIONAL EN TORNO A LA DECLARACIÓN DE GUERRA

Existen algunas cartas fundamentales que claramente mantienen una visión decimonónica con respecto a las relaciones internacionales y el derecho internacional al tener sendos dispositivos que acogen la institución del *ius ad bellum* como prerrogativa estatal, mientras que otros documentos constitucionales, acordes con las normas internacionales vigentes, han adecuado el tenor de sus normas a la Carta de las Naciones Unidas.

5.1. PRIMER GRUPO: CONSTITUCIONES QUE MANTIENEN LA FIGURA DE LA DECLARACIÓN DE GUERRA

Dentro del primer grupo de Cartas Nacionales con un contenido contrario al espíritu del moderno derecho internacional, es decir que señalan como

Silvio Mezarina García

potestad de su estado el declarar jurídicamente la guerra, podemos señalar las siguientes:

En la Constitución política de la República Federativa de Brasil de 1988, esta facultad es privativa del Presidente de la República en caso de agresión extranjera (Artículo 84. XIX). Por otro lado, la Constitución de la República Francesa de 1958 establece que la declaración de guerra debe ser autorizada por el Parlamento (Artículo 35).

En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, al Presidente le corresponde declarar la guerra en nombre del país, pero previa ley del Congreso de la Unión (Artículo 89. VIII). En la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787, se otorga al Congreso la facultad de declarar la guerra (Artículo I, Sección 8).

Mientras tanto, la Constitución de la República Argentina de 1853 (reformada en 1994) establece que el Presidente puede declarar la guerra y ordenar represalias con autorización y aprobación del Congreso (Artículo 99.15). La Constitución Política de la República de Chile de 1980 otorga al Presidente la atribución especial de declarar la guerra, previa autorización por ley, y debe dejar constancia de haber oído al Consejo de Seguridad Nacional (Artículo 32.19). Por último, la Constitución Política de Colombia de 1991 establece que al Presidente le corresponde, como Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa, declarar la guerra con permiso del Senado, o hacerlo sin tal autorización para repeler una agresión extranjera (Artículo 189.6).

En relación con la Constitución Española de 1978, esta señala que “Al Rey corresponde, previa autorización de las Cortes Generales, declarar la guerra y hacer la paz” (artículo 63.3). Respecto de ello, Pastor Ridruejo ha indicado que dicho texto se encuentra desactualizado debido a que el derecho internacional contemporáneo prohíbe la guerra. Además, señala que una declaración de guerra no concuerda con la urgencia de la legítima defensa, el único uso de la fuerza aceptado por el derecho internacional. Este último se presenta habitualmente como una respuesta ante situaciones de emergencia.

Además, según el profesor español citado, la declaración de guerra es innecesaria para aplicar las normas del derecho internacional humanitario.

Estas normas sólo requieren la existencia de hostilidades, independientemente de si han sido declaradas o no (Pastor, 2003, p. 467).

5.2. SEGUNDO GRUPO: CONSTITUCIONES QUE HAN ABOLIDO LA FIGURA DE LA DECLARACIÓN DE GUERRA.

Dentro del segundo grupo de constituciones, tenemos las cartas fundamentales que, acorde con la Carta de la ONU, han proscrito la guerra y el uso de la fuerza como camino para conducir sus relaciones exteriores. Entre ellas tenemos a las siguientes constituciones:

La Constitución de la República del Ecuador de 2008 propugna la solución pacífica de las controversias y rechaza el uso de la fuerza para resolvérlas (artículo 416.2). De manera similar, la Constitución de la República Italiana de 1948 repudia la guerra como un instrumento de ataque a la libertad de otros pueblos y como medio de solución de controversias internacionales (artículo 11).

En la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia de 2009, se establece el rechazo a la guerra de agresión como medio de solución de conflictos entre Estados, reservando el derecho a la legítima defensa en caso de agresión que comprometa la independencia y la integridad del Estado (artículo 10). Asimismo, la Ley Fundamental para la República Federal Alemana de 1949 considera inconstitucional y punible todo acto destinado a perturbar la convivencia pacífica de los pueblos, especialmente aquellos actos que preparan una guerra de agresión (artículo 26.1). Finalmente, la Constitución de Japón establece el compromiso del pueblo japonés con una paz internacional basada en la justicia y el orden, renunciando para siempre a la guerra como derecho soberano de la nación y al uso de la fuerza como medio de solución en disputas internacionales (Artículo 9).

La Constitución del reino de Bután de 2008, es bastante particular en tanto apela a los principios del Estado heredados del budismo: La paz, la no violencia, la compasión y la tolerancia: “*Buddhism is the spiritual heritage of Bhutan, which promotes the principles and values of peace, non-violence, compassion and tolerance*” (Artículo 3.1). Y en ese sentido, proclama que: “*Bhutan shall not use military force against a foreign State except in self-*

defence or for the purpose of maintaining its security, territorial integrity and sovereignty” (Artículo 28.6).

5.3. TERCER GRUPO: CONSTITUCIONES EN UN PUNTO INTERMEDIO

Se trata de un punto intermedio, es decir de constituciones que guardan silencio en cuanto al tema de la declaración de guerra, que proscriben la creación de un ejército o que por sus disposiciones parecieran estar a medio camino en la modernización de su sistema constitucional y la preservación de la figura de la declaración de guerra.

La Constitución Política de Costa Rica de 1949 prohíbe el establecimiento de un Ejército como institución permanente, permitiendo la organización de fuerzas militares sólo por convenio continental o para la defensa nacional, además de contemplar el estado de defensa nacional, que puede ser decretado por el Poder Ejecutivo (artículo 12 y 121.6).

Por otro lado, la Constitución de la República de Cuba de 1976 repudia la intervención en los asuntos internos o externos de otros Estados, así como cualquier forma de agresión armada o coerción económica o política, calificando la guerra de agresión como delito internacional, y otorga a la Asamblea Nacional del Poder Popular la facultad de declarar el estado de guerra en caso de agresión militar (artículo 9.2, 9.4 y 75.Ch.6). Asimismo, la Constitución de la República Popular de China de 1982 establece que la Asamblea Popular Nacional decide sobre cuestiones de guerra y paz, y su Comité Permanente puede declarar el estado de guerra en caso de agresión armada o para cumplir obligaciones internacionales en la defensa común contra una agresión (artículo 62.14 y 67.18).

CONCLUSIONES

1. Consideramos que la interpretación correcta del inciso 16 del artículo 118 de la Constitución Política del Perú, que otorga al Presidente de la República la facultad de “Declarar la guerra y firmar la paz, con autorización del Congreso”, es como sigue: “Corresponde al Presidente de la República dirigir la defensa nacional y, en su calidad

de Jefe supremo de las fuerzas armadas, ordenar el uso de la fuerza para repeler cualquier amenaza externa o interna que ponga en peligro la integridad del territorio, la soberanía del Estado y la seguridad de la población. En el ejercicio de esta acción deberá dar cuenta al Congreso y actuar en concordancia con el Derecho Internacional”.

2. Esta interpretación se basa en el derecho internacional y en las disposiciones de la propia Constitución (según su artículo 55: “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”). El tema de la autorización del Congreso entendemos que debe ser apreciada en relación con la situación que tratamos, es decir la de un ataque armado externo ante el que no cabe sino una respuesta inmediata. En ese orden de ideas, la autorización del Congreso no tiene mayor sentido y sólo podría ser entendido a la luz de la idea original del siglo XIX como parte de la planificación y de actividades armadas y su autorización como parte de la política exterior estatal.
3. Existe una notable diferencia del inciso 16 con respecto al inciso 15 del artículo 118 de nuestra Constitución, el cual establece que al Presidente de la República le corresponde “Adoptar las medidas necesarias para la defensa de la República, la integridad del territorio y la soberanía del Estado”. En este caso, se refiere a una variedad de acciones que incluyen iniciativas diplomáticas, políticas, adquisición de armamento, políticas estatales generales y alianzas con otras naciones, todas dirigidas a salvaguardar nuestra soberanía. En contraste, el inciso 16 del mismo artículo parece referirse específicamente a la movilización de tropas para su participación en combate.
4. Con respecto a la movilización de tropas y su entrada en combate, es importante tener en cuenta lo establecido en el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas. Este artículo enfatiza que ninguna disposición de la Carta podrá socavar el derecho inherente a la legítima defensa, tanto individual como colectiva, en caso de un ataque armado contra cualquier Estado miembro de las Naciones Unidas. Este derecho es fundamental para garantizar la integridad de los Estados y no puede ser objeto de renuncia. Es crucial destacar que, en general, este

Silvio Mezarina García

derecho persiste hasta que el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas tome las medidas necesarias y efectivas para mantener la paz y la seguridad internacionales.

5. El Tratado General de Renuncia a la Guerra de 1928, conocido como Pacto Briand-Kellogg, establece en su artículo primero que “Las Altas Partes Contratantes, en nombre de sus respectivos pueblos, declaran solemnemente que condenan el recurso a la guerra para la solución de controversias internacionales y renuncian a él como instrumento de política nacional en sus relaciones mutuas”. Este pacto representa un compromiso firme de los Estados signatarios de abstenerse de emplear la guerra como medio de resolver disputas internacionales. Por ello, una declaración formal de guerra sería percibida como una amenaza contra la paz y colocaría al Estado que la emite en una posición jurídica desfavorable al poder ser percibido como agresor y quebrantador del derecho internacional. Esta acción sería altamente contraproducente y desaconsejada en el contexto global actual. Por lo tanto, resulta inviable que un Estado proceda de esta manera. La disposición de nuestra Constitución en su redacción actual no puede ser aplicada literalmente en este sentido. En su lugar, requiere una interpretación que se alinee con los principios del derecho internacional y las normas contemporáneas de convivencia pacífica entre naciones.
6. Sin embargo, no creemos necesaria una modificación constitucional activando el poder constituyente derivado. Nos inclinamos por la interpretación doctrinaria, que llegado el caso podría convertirse en base para la interpretación jurisprudencial.
7. La Ley Orgánica del Ejecutivo debería ser modificada en su artículo respectivo “(Artículo 8.- Corresponde al Presidente de la República, el ejercicio de las siguientes funciones: 1. En su calidad de Jefe de Estado: n) Declarar la guerra y firmar la paz, con autorización del Congreso)” en el sentido señalado en este trabajo a fin de que sirva como norma de desarrollo de la Constitución. Aquí la tarea corresponde al legislador.

8. En el caso de ser agredidos por una potencia extranjera, no es posible declarar la guerra en el caso de legítima defensa. Existe todo un procedimiento que impone las Naciones Unidas. Se repele la agresión (derecho inmanente de legítima defensa que posee todo Estado) e inmediatamente se debe comunicar al Consejo de Seguridad de la ONU para que ésta entidad internacional tome las medidas correspondientes para asegurar la paz en la región. Todo esto desde el punto de vista jurídico. La política internacional responde a otros principios.
9. Comprobamos que los sucesivos procesos constituyentes que se han devenido en nuestra historia constitucional no han hecho otra cosa que reproducir un artículo que, en su concepción original del siglo XIX, fue diseñado para una etapa ya superada de las relaciones internacionales y el derecho internacional.
10. En ese sentido nuestra Constitución política vigente no hace otra cosa que recoger casi de manera textual y sin mayores modificaciones lo que todas las constituciones que nos han regido a través de nuestra historia han regulado: El derecho a hacer la guerra que poseían los Estados según el Derecho Internacional clásico: El denominado *ius ad bellum* absoluto, hoy devenido en *ius contra bellum*.

REFERENCIAS

- Almirante, J. (1869). *Diccionario Militar. Imprenta y litografía del depósito de la guerra.*
- Berciano Villalibre, M. (2005). La Guerra Santa en el Antiguo Testamento. *Revista Lucus*. N.º 4. Asociación Asturiana de Ciencias de las Religiones.
- Bernales Ballesteros, E. (1996). La Constitución de 1993. *Análisis Comparado*. Konrad Adenauer.
- Bernales Ballesteros, E. (1998). *La Constitución de 1993. Análisis Comparado*. RAO Editora.
- Remiro Brotóns, A. (2010). *Derecho Internacional. Curso General*. Tirant lo blanch.
- Cairo Roldán, O. (2005). En: *La Constitución comentada – análisis artículo por artículo*. Director Walter Gutiérrez. Tomo II. Gaceta Jurídica.
- Carrico, N. (1917). *El enigma de la guerra*.
- Casado Raigón, R. (2014). *Derecho Internacional*. Tecnos.
- Casanovas, O. y Rodrigo A. (2018) *Compendio de Derecho Internacional Público*. Tecnos.
- Chirinos Soto, E. (2007). *La Constitución: Lectura y comentario*. Ed. Rodhas.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1983). Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de setiembre de 1983
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1994). Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994).
- García Belaunde, D. (2005). *Las Constituciones del Perú*.
- De Vitoria, F. (1989). *Doctrina sobre los indios (1539)*. Editorial San Esteban.

- Fernández, A. (2001). *Filosofía del Derecho Internacional*. UNAM.
- Hawa Arellano, S. (2000). Historia y Concepto de Guerra Justa. *Revista de Marina*. Armada de Chile. Enero - febrero de 2000.
- J.D.W.M (1863) *Diccionario Militar*. Imprenta de Luis Palacios.
- Martínez Castilla, S. (2006). Juan Ginés de Sepúlveda y la guerra justa en la conquista de América. *Revista Pensamiento y Cultura*. N° 9, Instituto de Humanidades de la Universidad de La Sabana. Bogotá – Colombia.
- Ministerio de Defensa del Perú. (2005). *Libro Blanco de la Defensa Nacional*. Edición Oficial.
- Otárola Peñaranda, A. (1997). *La Constitución explicada*. Constitución y Sociedad.
- Pastor Ridruejo, J. (2003). *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. Tecnos.
- Ríos Patio, G., Álvarez Miranda, E. y Sar Suárez, O. (2013). *Constitución Política del Perú, Sumillada, Concordada y Anotada artículo por artículo, con los precedentes y jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional*. Centro de Estudios de Derecho Constitucional de la USMP.
- Rubio Correa, M. (1999). *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Tomo I. Pontificia Universidad Católica del Perú - Fondo Editorial.
- Rubio Correa, M. (1999). *Estudio de la Constitución Política de 1993 – Tomo IV*. Fondo Editorial PUCP.
- Rubio Correa, M. (2009). *Para Conocer la Constitución de 1993*. Fondo Editorial PUCP.
- Trebolle Barrera, J. (1994). Violencia y Guerra en el Antiguo Testamento. *Revista Espacio, Tiempo y Forma*. Serie II, Historia antigua. Año 1994, N.º 7.
- Tribunal Constitucional del Perú. Exp. 00017-2003-AI/TC.
- Tribunal Constitucional del Perú. Exp. 00002-2008-AI/TC.

Vattel, E. (1820). *El Derecho de Gentes o principios de la ley natural*. Tomo III.

Zomosa Signoret, A. (2003). El concepto de Jihad en la tradición de la guerra justa. En: Estudios de Asia y África, enero-abril, año/vol. XXXVIII, Número 001. El Colegio de México. Universidad Autónoma del Estado de México.

Financiamiento

Autofinanciado.

Conflicto de interés

El autor declara no tener conflicto de interés.

Contribución de autoría

El autor ha participado en el desarrollo del proceso de investigación, así como en la elaboración y la redacción del artículo.

Agradecimientos

Sin agradecimientos.

Correspondencia

smezarinag@unmsm.edu.pe