

Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico del Perú

Autor: Luis Alfonso García Corrochano Moyano

Tesis doctoral UDC / 2021

Director: Jorge Antonio Quindimil López

Tutor: Jorge Antonio Quindimil López

Programa de doctorado en Derecho



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

Tesis para optar al grado de Doctor presentada por el licenciado Luis Alfonso García Corrochano Moyano y realizada bajo la dirección del Prof. Dr. D. Jorge Antonio Quindimil López, Profesor Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de A Coruña.

A Coruña, octubre de 2021

DocuSigned by:

Luis Alfonso García Corrochano Moyano

Vº Bº

El Director

DEDICATORIA

Dedico esta tesis doctoral a mi esposa Rosa Francisca Zavala Correa, y a nuestros hijos, Luis Jaime y Jerónimo García Corrochano Zavala, por todo lo que significan en mi vida.

RESUMO

A Tese busca situar os tratados internacionais na pirámide normativa, os efectos que producen e a súa relación coas demais normas do sistema jurídico peruano, de xeito que a súa adecuada comprensión permita unha mellor aplicación por parte da administración pública e da administración de xustiza.

RESUMEN

La tesis busca situar de los tratados internacionales en la pirámide normativa, los efectos que producen y su relación con las demás normas del sistema jurídicos peruano, de manera que su adecuada comprensión permita una mejor aplicación por parte de la administración pública y la administración de justicia

ABSTRACT

The thesis seeks to place international treaties in the regulatory pyramid, the effects they produce and their relationship with the other norms of the Peruvian legal system, so that their proper understanding allows for better application by the Public Administration and the Justice.

INDICE

Introducción

Parte I. Las relaciones del derecho internacional con el derecho interno y el proceso de formación de los tratados internacionales

Capítulo I

Las relaciones entre el orden jurídico internacional y el ordenamiento jurídico interno: marco general

1. Revisión de la regulación de los tratados internacionales en el derecho interno peruano,
2. El sistema de fuentes del derecho y la posición monista que adopta ordenamiento jurídico peruano

Capítulo II

Las competencias en materia de celebración y el proceso de celebración de tratados internacionales, o cómo articular un proceso fragmentado en diversas normas

1. Aspectos generales
2. La competencia exclusiva del Poder Ejecutivo en la celebración de tratados internacionales
 - 2.1. Competencia de Presidente de la República
 - 2.2. Competencia del Consejo de Ministros
 - 2.3. Competencia del Ministerio de Relaciones Exteriores
 - 2.4. Competencia de los restantes Ministerios
3. La representación internacional del Estado
 - 3.1. La denominación del Estado en los tratados internacionales: entre la práctica y a la ausencia de regulación
 - 3.2. El nombramiento de los representantes del Estado
 - 3.3. El otorgamiento de plenos poderes
4. El proceso de celebración de los tratados internacionales
 - 4.1. La negociación

- 4.2. La adopción
- 4.3. La autenticación
- 4.4. La autorización de firma y actos de naturaleza análoga
- 4.5. La aplicación provisional
- 4.6. Los acuerdos internacionales administrativos o políticos sin carácter normativo
 - 4.6.1. Los acuerdos Interinstitucionales
 - 4.6.2. Los actos concertados no convencionales
- 4.7. La calificación de los tratados, fuente de no pocos desencuentros
- 5. La manifestación del consentimiento en obligarse
 - 5.1. El consentimiento en obligarse en tratados ejecutivos
 - 5.1.1. La obligación de informar al Poder Legislativo
 - 5.1.2. El envío al Congreso para revisión
 - 5.2. La aprobación parlamentaria previa al consentimiento en obligarse por un tratado
 - a. La aprobación de tratados que afectan la Constitución por la forma o por el fondo
 - b. La imposibilidad de delegar la aprobación legislativa
 - c. Los tratados sobre soberanía, dominio o integridad del Estado
 - d. Los tratados sobre derechos humanos
 - e. Los tratados sobre defensa nacional
 - f. Los tratados sobre obligaciones financieras del Estado
 - g. Los tratados que crean, modifican o suprimen tributos
 - h. Los tratados que requieren la modificación o derogación de una ley y los que requieran medidas legislativas para su ejecución
 - i. Los tratados que requieren de medidas legislativas para su cumplimiento
 - j. La delegación de facultades legislativas necesarias para dar cumplimiento a un tratado
 - 5.2.1. El control previo de constitucionalidad
 - 5.3. La expresión del consentimiento definitivo del Estado
 - 5.3.1. La firma del instrumento por el presidente de la República
 - 5.3.2. El canje o depósito de los instrumentos de ratificación, aprobación, aceptación y adhesión
 - 5.4. Las reservas y las declaraciones interpretativas
 - 5.5. La publicación y el registro de los tratados

Capítulo III

Vicisitudes en la vida de los tratados

1. La modificación o la enmienda de los tratados
2. La suspensión de un tratado
3. La denuncia, terminación o retiro de los tratados

Parte II. La integración, vigencia y aplicación de los tratados internacionales en el derecho interno del Perú

Capítulo IV

Los tratados y el derecho interno, una cohabitación no exenta de dificultades

1. La entrada en vigor de los tratados
2. La recepción de los tratados en el orden jurídico interno
3. La observancia de los tratados
4. La ejecución de los tratados
5. Algo más que un dilema conceptual: prevalencia o jerarquía de los tratados respecto de las leyes
6. La interpretación de los tratados

Capítulo V

El control posterior de los tratados

1. El control parlamentario de los tratados ejecutivos
2. El control de la constitucionalidad de los tratados por el Poder Judicial
3. El control de la constitucionalidad de los tratados por el Tribunal Constitucional
 - 3.1. La legitimación activa para interponer la acción de inconstitucionalidad
4. La inconstitucionalidad interna y la vigencia internacional de los tratados
5. El remedio para el error de calificación: procedimiento interno de subsanación de los tratados

Conclusiones

Bibliografía

Siglas

CAN – Comunidad Andina de Naciones

CIADI – Centro Internacional de Arreglos de Disputas sobre Inversiones

Corte IDH – Corte Interamericana de Derechos Humanos

CIJ – Corte Internacional de Justicia

CS ONU – Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas

MEF – Ministerio de Economía y Finanzas

MINCETUR – Ministerio de Comercio Exterior y Turismo

MINDEF – Ministerio de Defensa

MININTER – Ministerio del Interior

MRE – Ministerio de Relaciones Exteriores

MTC – Ministerio de Transportes y Comunicaciones

OMC – Organización Mundial de Comercio

ONU – Organización de las Naciones Unidas

TJCA – Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

TC – Tribunal Constitucional

TF – Tribunal Fiscal

UE – Unión Europea

Abreviaturas

APRIS – Acuerdos de protección recíproca de inversiones

CC84 – Código Civil peruano de 1984

CONVEMAR – Convención sobre derecho del Mar 1982

CP79 – Constitución Política del Perú 1979

CP93 – Constitución Política del Perú 1993

CPC – Código Procesal Constitucional

CSJ – Corte Suprema de Justicia

CV69 – Convención de Viena de 1969 en materia de tratados

DSPP – Decreto Supremo sobre Plenos Poderes

LOFMRE – Ley de Organización y Funciones del MRE

LOPE – Ley Orgánica del Poder Ejecutivo

LOPJ – Ley Orgánica del Poder Judicial

LSDR – Ley del Servicio Diplomático de la República

LT – Ley sobre Tratados

OoII – Organizaciones Internacionales

RC – Reglamento del Congreso

RC – Reglamento del Congreso

RM01 – Resolución Ministerial N° 1 – Lineamientos sobre tratados

RM02 – Resolución Ministerial N° 2 – Lineamientos sobre tratados

ROFMRE – Reglamento de Organización y Funciones del MRE

TLC – Tratado de Libre Comercio

INTRODUCCIÓN

Las relaciones entre el derecho internacional público y los derechos nacionales (o derechos internos), con ser largas, no han sido siempre pacíficas. Los sistemas jurídicos nacionales con frecuencia han recelado de las normas que provienen de fuentes extranjeras, al punto que en el ordenamiento privado se tienen herramientas para controlar su incorporación o aplicación, como las bien conocidas excepciones de orden público, fraude a la ley o la prohibición del reenvío.

Con igual o mayor razón, la incorporación de normas provenientes directamente del derecho internacional público suscita inquietud en los ordenamientos internos, que primero buscan precisar las competencias de los poderes públicos (usualmente Ejecutivo y Legislativo, pero no necesariamente solo estos dos) para negociar y comprometer internacionalmente la voluntad del Estado; luego determinar el procedimiento de incorporación o recepción; y finalmente regular la forma en que las normas internacionales se relacionan e interactúan con el derecho interno. Prueba de esa inquietud es que la asignación de competencias, así como regulación de la incorporación y nivel de las normas que provienen de fuente internacional se suele establecer, al menos en sus aspectos más generales, por disposiciones constitucionales.

Suele ser la constitución del Estado la que determina el sistema de recepción de las normas internacionales, adhiriendo a una de las dos posiciones ya clásicas, monismo o dualismo; y la que generalmente dicta la pauta para situar a las normas internacionales en el ordenamiento interno, sea homologándola con un determinado tipo de norma o bien asignándole una ubicación dentro de la estructura normativa.

No obstante, encontramos también una cierta resistencia, en ocasiones disfrazada de olvido, para regular algunas normas provenientes de una fuente

internacional que no encuentra fácilmente ubicación legislativa, bien sea por su contenido, o incluso por su procedimiento de elaboración, lejos de la formalidad positivista, como es el caso de las normas consuetudinarias, especialmente sensible en muchos sistemas jurídicos nacionales.¹

Sin embargo, puede ser también la situación de normas que cumplen con las exigencias del positivismo al uso. Es el caso de las normas convencionales, que aun cuando su recepción e incorporación esté prevista en las normas constitucionales, no por ello se libran de conflictos en su interpretación y aplicación u observancia cuando concurren con normas internas.

Los tratados, en tanto fuente del derecho internacional, y por lo tanto causa directa de relaciones jurídicas, derechos y obligaciones, que se generan entre los sujetos de la Comunidad internacional, han sido y son materia de interés constante para los iuspublicistas. A su vez, en tanto normas jurídicas aplicables en el espacio y en el tiempo, los tratados tienen también efectos en el territorio de los Estados, y en esa tesitura, se relacionan con los sistemas jurídicos nacionales y sus diversas normas.

Desde la perspectiva del derecho interno, constatamos a lo largo de la historia de nuestras constituciones, que los tratados siempre han estado reservados al ejercicio de la función de representación internacional del jefe de Estado en lo relativo a su negociación y suscripción, y a su vez han requerido de la

¹ García Corrochano, L. "Las normas internacionales y la constitución. Reflexiones sobre la vigencia de la Constitución Política del Perú de 1993", en *Agenda Internacional*, Año XX, N° 31, 2013: "Salta a la vista de cualquiera que ejerza la profesión, que hoy las normas internacionales han permeado a prácticamente todo el sistema jurídico. Sin embargo, suelen presentarse problemas al momento de comprender la exacta ubicación o la aplicación de los tratados en el derecho interno, y el problema se torna más complejo si no se trata de una norma convencional, peor aún si es una norma no escrita. Nuestro *nacional – positivismo* digiere mal la intromisión de las normas internacionales y se desconcierta frente a aquellas que no están en negro sobre blanco.

Frente a estas situaciones ¿qué hacer? Debemos tratar de comprender que las normas internacionales también forman parte del derecho peruano, y que pueden encontrar una ubicación en la pirámide normativa así como una explicación lógica y convincente que permita aplicarlas preferentemente a las normas internas (leyes o decretos), de manera que el Estado Peruano, que internacionalmente las ha aceptado, pueda darles internamente cumplimiento y de esa manera evite incurrir en responsabilidad internacional por la inobservancia de un tratado o cualquier otra norma internacional."

aprobación legislativa para su ratificación y entrada en vigor. Esa tónica se mantuvo a lo largo de la mayoría de los textos constitucionales, hasta que, durante la vigencia de la Constitución de 1933 se dio inicio a una práctica de tratados ejecutivos, que luego sería consagrada en la Constitución de 1979 y continúa en la vigente Constitución de 1933.

La presente investigación se justifica porque, si bien encontramos muchos trabajos sobre el sistema jurídico peruano y su relación con el derecho internacional público, especialmente con los tratados, la mayoría de dichos trabajos lo hacen desde la perspectiva del derecho constitucional, y es muy poco lo que se ha trabajado desde la perspectiva del derecho internacional. En esa línea de análisis jurídico, el estudio de los tratados desde la perspectiva del derecho interno peruano, constitucional y administrativo, consagró una serie de conceptos que, lejos de ayudar a una mejor comprensión de la actividad contractual internacional del Estado, generan confusión respecto a la posición de los tratados en el ordenamiento jurídico interno, por ejemplo, al identificar a los tratados con el instrumento normativo nacional empleado para su aprobación o ratificación; o al establecer internamente jerarquías entre los tratados, que el derecho internacional no reconoce; o al determinar las consecuencias que las normas internas o decisiones jurisdiccionales pueden tener sobre los tratados en vigor, desconociendo que esas situaciones son posibles de generar la responsabilidad internacionales del estado por el incumplimiento de las obligaciones convencionales.

En tal sentido, nuestra intención es estudiar los tratados en su relación con el ordenamiento jurídico nacional, y desarrollar un análisis pormenorizado de las normas de derecho interno en relación con las obligaciones internacionales del Estado, desde la misma perspectiva de unidad del derecho y de primacía del derecho internacional que consagra la Constitución Política del Perú de 1993.

El derecho peruano adhiere a la concepción monista según la cual derecho interno y derecho internacional son parte de un mismo y único ordenamiento jurídico. Esta postura es la que recoge la Constitución Política del Perú de 1993 en el Título II Del Estado y la Nación, Capítulo II De los tratados, que dispone

en su Artículo 55°: “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.”

Si bien la CP93 no hace referencia a ninguna otra fuente formal del derecho internacional público en el sentido de incorporar sus normas a la legislación nacional, ello no obsta para que vayamos más allá de la fuente convencional e indagemos que lugar asigna el derecho peruano a las otras normas internacionales a los principios generales del derecho (donde convergen el derecho interno y el derecho internacional) y al cumplimiento de las sentencias internacionales.

El objetivo central de este trabajo de investigación es mostrar la necesidad de adecuar las normas nacionales sobre los tratados con las normas internacionales que el Perú ha aceptado e incorporado a su derecho interno, de manera que exista un tratamiento coherente de los tratados en todo el proceso internacional de formación, así como en el proceso interno de incorporación y aplicación, que haga posible el correcto empleo de las normas internacionales por todos los operadores del derecho. Como objetivos secundarios podemos mencionar el análisis crítico acerca del contenido y aplicación de los tratados internacionales por parte de las entidades involucradas en su negociación, aprobación, entrada en vigor y aplicación, y respecto de la aplicación de los tratados en el ámbito interno, facilitando criterios para su adecuado empleo por parte de los operadores del derecho.

Aceptando la premisa constitucional de la incorporación de las obligaciones convencionales al derecho interno cabe preguntarse si dentro de esa concepción monista se le confiere primacía al orden jurídico nacional o al orden jurídico internacional. En la medida que desarrollemos el presente trabajo se irá esclareciendo la posición monista moderada con primacía del orden internacional que adopta la CP93 e informa al derecho peruano, aun cuando algunas normas o la opinión de algunos autores pudieran aparentar o indicar lo contrario.

El estudio de todos estos aspectos, muchos de ellos desatendidos por la doctrina nacional, y más aún por el derecho interno, justifican la presente investigación, cuya hipótesis central es la complementariedad del derecho interno con el derecho internacional público, la preeminencia de éste sobre aquel, y la forma en que dicha complementariedad se puede apreciar precisamente en la relación entre los tratados y el orden jurídico interno.

Teniendo en cuenta lo señalado, se justifica en este trabajo la breve revisión que el Capítulo I realiza de la legislación constitucional peruana, para encontrar referencias a como se ha desarrollado el tema a lo largo del tiempo, y cómo ha evolucionado su tratamiento constitucional.

Dentro de ese orden de ideas, en el Capítulo II nos interesa tratar la formación de la voluntad internacional del Estado y el papel que en ella cumplen los poderes Ejecutivo y Legislativo; el primero, como conductor de la política exterior, y dentro de ella como gestor de las obligaciones internacionales del Estado, legitimado para negociar, acordar, dar cumplimiento o denunciar los tratados y demás instrumentos de derecho internacional; el segundo, como fuente de la voluntad popular y poder legítimo que interviene, aprobando o desaprobando, aquellos actos de mayor trascendencia en la vida del Estado y sus relaciones con los demás sujetos de la Comunidad Internacional.

Resulta fundamental para cumplir estos objetivos estudiar las competencias que los poderes Ejecutivo y Legislativo poseen y ejercen en la formación de la voluntad internacional del Estado. Este proceso complejo, que abarca las diversas etapas de la formación de los tratados, no siempre ha recibido una adecuada atención legislativa, pues el tratamiento que ha recibido hasta la fecha es disperso, fragmentario, insuficiente, y no siempre coherente.

A las pocas disposiciones constitucionales sobre la materia, se añade tan solo una ley que esencialmente se refiere a la publicidad de los tratados, una norma reglamentaria sobre plenos poderes, algunas menciones dispersas en el vasto sistema normativo, y apenas dos disposiciones administrativas que, tímidamente, señalan unas pocas definiciones y procedimientos relativos a proceso interno de formación de los tratados y las competencias de los órganos estatales en la materia. Una jurisprudencia (constitucional, judicial y

administrativa) igualmente breve, ha tratado de sistematizar y dar coherencia a las normas nacionales sobre la materia.

De igual forma, en el Capítulo III analizaremos como las normas internacionales se incorporan al derecho interno y que jerarquía les corresponde dentro de él, así como la manera en que se resuelven los conflictos normativos o las antinomias que se presentan en su ejecución y cumplimiento o aplicación. En ese sentido, partiendo de las disposiciones constitucionales, analizaremos el tratamiento y valoración que reciben los tratados en la práctica administrativa y jurisprudencial.

De esa manera, podremos evaluar si el tratamiento constitucional y legal que se da a las normas de derecho internacional permite cumplir con el mandato de su incorporación al derecho interno, de la primacía en su aplicación, y del cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado.

El Capítulo IV hace un breve análisis de las que denomina vicisitudes en la vida de los tratados, como son los casos de la enmienda o modificación, y la denuncia o terminación, que no han recibido mayor atención a nivel interno.

Finalmente, en el Capítulo V se estudiarán los métodos de control constitucional previo y posterior de los tratados, los remedios que establece la legislación nacional en caso de vulneración de la constitución por el fondo o por la forma, y la compatibilidad de dichos remedios con las normas internacionales, formulando una propuesta que pueda hacer compatible el control de la constitucionalidad y el cumplimiento de las normas de derecho interno con la observancia de las obligaciones internacionales.

El presente trabajo tiene como punto de partida lo que supone una insuficiente regulación legal de la materia, así como algunos llamativos vacíos que, en la práctica, se han llenado por la interpretación constitucional o legal, unas veces literal, otras analógica y otras extensiva, de forma tal que dificultan un estudio sistemático del proceso interno de formación de los tratados y de su posterior aplicación.

En ese sentido, es que la presente tesis propone una metodología para abordar las etapas internas de formación de la voluntad del Estado que habrá de

expresarse en los tratados, así como los criterios normativos para que estos se incardinan en el ordenamiento jurídico peruano, la forma en que se relacionan con las diversas normas, los criterios de interpretación aplicables, y su interacción con las normas constitucionales y legales.

De otro lado, es importante para el objeto de nuestra investigación estudiar los mecanismos nacionales para enmendar, modificar, suspender o poner fin a un tratado, así como los mecanismos internos de control que pueden llevar a la denuncia de un tratado, a través del control parlamentario, judicial o constitucional del mismo, y los efectos que las medidas de carácter interno pueden o deben tener en el nivel internacional, así como la situación que se podría presentar si un tratado es declarado inválido (ilegal o inconstitucional, por defecto de forma o fondo) por una instancia interna, pero que conserva su validez internacional, pues no ha sido debidamente terminado conforme a las normas de derecho internacional que gobiernan el derecho de los tratados.

Esperamos que estas páginas constituyan un aporte al estudio de la materia, desde el punto de vista del derecho internacional público.

PARTE I. LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO

CAPÍTULO I

LAS RELACIONES ENTRE EL ORDEN JURÍDICO INTERNACIONAL Y EL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNO

1.1. Revisión de la regulación de los tratados en el derecho interno peruano, revisión sumaria

En las constituciones del Perú y en el derecho constitucional peruano, la capacidad para obligar al Estado a través de tratados ha sido, históricamente, una competencia del Poder Ejecutivo, con aprobación del Poder Legislativo.

La primera constitución del Perú fue la Constitución Política de la Monarquía Española o Constitución de Cádiz de 1812 (conocida popularmente como “La Pepa”), jurada en Lima bajo el Gobierno del Virrey José de Abascal los primeros días de octubre del mismo año.² Dicho texto establecía en el Título III. De las Cortes, Capítulo VII. De las facultades de las Cortes, Art. 131. Las facultades de las Cortes son – [...] Séptima: “Aprobar antes de su ratificación los tratados de alianza ofensiva, los de subsidios, y los especiales de comercio.”³ En concordancia con la citada disposición, las prerrogativas reales en materia de contratación internacional eran reguladas en el Título IV. Del Rey, Capítulo I. De la inviolabilidad del Rey y de su autoridad:

Art. 171. “Además de la prerrogativa que compete al Rey de sancionar las leyes y promulgarlas, le corresponden como principales las facultades

² Ugarte del Pino, J. *Historia de las constituciones del Perú*. Lima: Editorial Andina, 1978, pp. 107 – 140. Álvarez, J. *Tratados internacionales y ley interna*. Lima: Universidad de Lima – FCE, 2001, p. 25: “La Constitución de Cádiz, indudable jalón de progreso frente al absolutismo fue, durante muchos años, un símbolo de liberalismo. La “Pepa”, nombre con el que popularmente se conoció a esa Constitución, fue común en todo el mundo de lengua castellana como sinónimo de libertad irrestricta. La expresión “Viva la Pepa”, era muy frecuente oírla en el Perú del siglo XIX y aun hoy tiene mucha vida en los países del Río de la Plata.”

³ García Belaunde, D. *Las constituciones del Perú*. 3ª edición. Lima: Jurado Nacional de Elecciones, 2016, p. 58.

siguientes – [...] Décima. Dirigir las relaciones diplomáticas y comerciales con las demás potencias, y nombrar los Embajadores, ministros y cónsules (sic).”⁴

En concordancia con esa disposición, se estableció:

Art. 172. Las restricciones de la autoridad del Rey son las siguientes – [...] Quinta: No puede hacer el Rey alianza ofensiva, ni tratado especial de comercio con ninguna potencia extranjera sin el conocimiento de las Cortes. Sexta: No puede tampoco obligarse por ningún tratado a dar subsidios a ninguna potencia extranjera sin el conocimiento de las Cortes. (sic)⁵

Adicionalmente, el ejercicio de la prerrogativa real debía ser sometida a otro órgano, establecido en el mismo título constitucional, en el Capítulo VII. Del Consejo de Estado. Art. 236. “El Consejo de Estado es el único Consejo del Rey, que oirá su dictamen en los asuntos graves gubernativos, y señaladamente para dar o negar la sanción a las leyes, declarar la guerra y hacer los tratados.”⁶

La Constitución de 1812 rigió hasta el 4 de mayo de 1814, en que fue desconocida por el Rey Fernando VII. Su corta duración impidió que tuviera efectos en los reinos americanos. Al ser restablecida en 1820 no tuvo ya vigencia efectiva en América, que en ese momento desarrollaba su proceso emancipador.

El primer documento constitucional del Perú independiente (más precisamente, en tránsito de independizarse), fue el Estatuto Provisional de 1821, dado por el Libertador don José de San Martín en su calidad de “Protector del Perú”, el 8 de octubre de 1821. Dicho texto estableció en su Sección Segunda, Art. 8:

“Nombrará los enviados y cónsules cerca de las cortes extrajeras y promoverá el reconocimiento de la independencia del Perú, ajustando los tratados diplomáticos o comerciales que sean conformes a los intereses del país, todo con consulta de su Consejo de Estado.”⁷

⁴ García Belaunde, D. *Ob. Cit.*, pp. 64 – 65.

⁵ García Belaunde, D. *Ob. Cit.*, p. 66.

⁶ García Belaunde, D. *Ob. Cit.*, p. 74.

⁷ García Belaunde, D. *Ob. Cit.*, p. 107.

El mencionado Consejo de Estado, establecido en la Sección Cuarta del mismo texto, tenía funciones generales para dictaminar y proponer, sin que de ellas se desprendiese una facultad de autorizar o controlar los poderes del Protector.⁸

El Congreso Constituyente, elegido e instalado en 1822, asumió los poderes Legislativo y Ejecutivo, por decreto de 21 de setiembre de 1822 delegó el Poder Ejecutivo en una comisión de tres congresistas denominada Junta Gubernativa del Perú, estableciendo el Artículo 5. “Esta comisión consultará al Congreso en los negocios diplomáticos, y cualquiera otros arduos.”⁹ La Ley de 15 de octubre de 1822, dada por la Suprema Junta Gubernativa como Reglamento Provisional del Poder Ejecutivo, estableció en el Capítulo VI, De la Junta Gubernativa con relación a los Negocios Diplomáticos, Art. 2.

“Sólo el Presidente de la Junta firmará las correspondencias oficiales con los demás gobiernos en los casos necesarios, añadiendo siempre el título de *presidente*, pero los tres individuos acordarán las contestaciones. Los convenios y tratados que se acordaren conforme al artículo 5° del decreto de 21 de Setiembre; los decretos, órdenes, despachos, títulos, nombramientos, proclamas y pasaportes, se firmarán siempre por los tres individuos de la Junta.”¹⁰

El Congreso Constituyente dictó el 16 de diciembre de 1822 las “Bases de la Constitución Política de la República Peruana”, que contenían diversas disposiciones, ninguna de las cuáles se refería a la contratación internacional; sin embargo, es el primer documento que establece el nombre oficial del Estado en el Art. 3. “La nación se denominará República Peruana.”¹¹ Al amparo de dicho texto constitucional se celebraron los primeros tratados de la naciente república.¹²

⁸ García Belaunde, D. *Ob. Cit.*, p. 108.

⁹ García Belaunde, D. *Ob. Cit.*, p. 113.

¹⁰ García Belaunde, D. *Ob. Cit.*, p. 118.

¹¹ García Belaunde, D. *Ob. Cit.*, p. 121.

¹² *Colección Documental de la Independencia del Perú. Tomo XI Misiones Peruanas 1820 – 1826, Volumen 1° Las Primeras Misiones Diplomáticas en América.* Comisión Nacional del Sesquicentenario de la Independencia del Perú, Lima, 1975, pp. 252 – 256: El ministro del Perú en Chile, Juan Salazar, remite al Secretario General del Libertador, copia de los Tratados de Amistad y Alianza entre Chile y el Perú de fecha 23 de diciembre de 1822, que fueron

La primera Constitución Política del Perú independiente fue aprobada el 12 de noviembre de 1823. En ella se confirió al Poder Ejecutivo la conducción de las relaciones exteriores y la negociación de los tratados (Art. 80.- Además, son facultades exclusivas del Presidente: 5. Entrar en tratados de paz y de alianza, y otros convenios procedentes de relaciones extranjeras con arreglo a la Constitución.),¹³ y al Poder Legislativo la facultad de aprobarlos (Art. 60.- Son facultades exclusivas del Congreso: 7. Aprobar los tratados de paz, y demás convenios de relaciones exteriores en todos los respectos.),¹⁴ marcando la tónica general de las constituciones peruanas desde el siglo XIX hasta buena parte del siglo XX.¹⁵

Esa constitución, sin embargo, fue suspendida en febrero de 1824 para otorgar a Simón Bolívar plenos poderes para culminar la independencia, sin que volviera a regir de forma permanente, pues cumplido el objetivo emancipador se propuso la creación de una Federación de los Andes que incluyera a la Gran Colombia (que abarcaba los actuales territorios de Colombia, Venezuela, Ecuador y Panamá), el Perú y la recién creada República de Bolívar (Bolivia), que tendrían una misma constitución. Así se gestó la Constitución de 1826, también conocida como Constitución Vitalicia, y que, paradójicamente, duró únicamente seis semanas.

La Constitución de 1826 estableció un Poder Legislativo compuesto por tres cámaras, Tribunales, Senadores y Censores. Correspondía a la Cámara de

aprobados por el Congreso chileno. Dichos tratados llevan las firmas de Joaquín Echeverría – José Aníbal Rodríguez – José Cavero y Salazar (ministro del Perú) Santiago, 27 de agosto de 1824.

¹³ García Belaunde, D. *Ob. Cit.*, p. 137.

¹⁴ García Belaunde, D. *Ob. Cit.*, pp. 133 – 134.

¹⁵ Granda, A. M. *Acuerdos simplificados en la Constitución Política del Perú en “Materias de Exclusiva competencia del presidente de la República”*. Tesis para optar el título de Abogado. Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho, Lima, 1992, p. 96 “En el Derecho Constitucional Peruano, desde nuestra primera Constitución de 1823 estuvo presente a institución de la aprobación parlamentaria en la celebración de tratados como instancia de decisión obligatoria e indispensable para los mismos.”

Tribunos “aprobar la propuesta del gobierno para declarar la guerra o firmar la paz, la iniciativa de proponer alianzas y en los negocios extranjeros” (Art. 43, numerales 9°, 10° y 14°),¹⁶ en tanto que el Poder Ejecutivo contaba con un Presidente vitalicio,¹⁷ entre cuyas atribuciones se encontraba “Dirigir las negociaciones diplomáticas, y celebrar tratados de paz, amistad, federación, alianza, treguas, neutralidad armada, comercio y cualesquiera otros, debiendo preceder siempre la aprobación del cuerpo legislativo”, a tenor del Art. 83, numeral 21°.¹⁸ Jurada el 9 de diciembre de 1826 (en el segundo aniversario de la victoria de Ayacucho), su legitimidad era puesta en entredicho por un decreto de 24 de enero de 1827, que llamaba a un Congreso extraordinario constituyente, que en junio restablecía de manera provisional la Constitución de 1823,¹⁹ y facultaba al presidente de la República para “Hacer tratados de amistad, de alianza y otros convenios procedentes de relaciones extranjeras, con aprobación del Congreso.”²⁰

El 18 de marzo de 1828 se aprobó una nueva constitución, definida por el maestro Manuel Vicente Villarán como “la madre de las constituciones”, pues modelará definitivamente la forma republicana de gobierno de tipo presidencialista y las instituciones que regirán a lo largo de la historia del Perú independiente. La Constitución de 1828 establecerá como atribución del Congreso “Aprobar los tratados de paz, y demás convenios procedentes de las relaciones exteriores”, así como “Dar instrucciones para celebrar concordatos con la Silla Apostólica, aprobarlos para su ratificación, y arreglar el ejercicio del

¹⁶ García Belaunde, D. *Ob. Cit.*, pp. 163 – 164.

¹⁷ Como se podrá deducir, la presidencia vitalicia recaía en Simón Bolívar. Una octavilla de la época describía perfectamente el tránsito de la monarquía a la república: “Cuando de España las trabas/ en Ayacucho rompimos/ otra cosa más no hicimos/ que cambiar mocos por babas. / Mudamos de condición/ pero fue solo pasando/ del poder de don Fernando/ al poder de don Simón.” Los versos eran atribuidos a Juan José Larriva, canónigo de la Basílica Catedral de Lima.

¹⁸ García Belaunde, D. *Ob. Cit.*, p. 171.

¹⁹ García Belaunde, D. *Ob. Cit.*, pp. 183 – 184, Ley de 11 de junio de 1827 declarando nula la Constitución de 1826.

²⁰ García Belaunde, D. *Ob. Cit.*, p. 185, Artículo 1, numeral 6ª de la Ley de 17 de junio de 1827 detallando las facultades del presidente de la República.

patronato” (Art. 48, numerales 5° y 6°).²¹ En correspondencia, el Presidente de la República “Hace tratados de paz, amistad, alianza y otros convenios procedentes de relaciones exteriores con aprobación del Congreso”, y “Celebra concordatos con la silla apostólica, arreglándose a las instrucciones dadas por el Congreso.” (Art. 90, numerales 13° y 23°).²²

La agitada vida republicana del siglo XIX fue un continuo ir y venir de textos constitucionales, aunque casi todos ellos de parecido tenor. La fundacional constitución de 1828 no tardó en ser sustituida, bajo el pretexto de una reforma, por la Constitución de 1834, que en lo relativo a nuestro tema, estableció como atribuciones del Congreso “Aprobar o desechar los tratados de paz y demás convenios procedentes de las relaciones exteriores”, así como “Dar instrucciones para celebrar concordatos con la Silla Apostólica, aprobarlos para su ratificación, y arreglar el ejercicio del patronato” (Art. 51, numerales 5° y 6°).²³ Consecuentemente, se establecieron como atribuciones del Poder Ejecutivo “Hacer tratados de paz, amistad, alianza y otros convenios procedentes de relaciones exteriores con aprobación del Congreso”, y “Celebrar concordatos con la Silla Apostólica, arreglándose a las instrucciones dadas por el Congreso” (Art. 85 numerales 13° y 24°).²⁴

Avatares políticos llevaron poco después a ensayar una Confederación en la que el Perú participaba doblemente, pues el estado unitario dio paso a la división en República del Norte del Perú y República del Sud del Perú, que pactaron con la República de Bolivia un tratado denominado Ley Fundamental de la Confederación Perú – Boliviana en 1837. Dicho pacto confederal otorgaba al Senado la atribución de “Aprobar o desechar los tratados que concluyere el

²¹ Álvarez, J. *Ob. Cit.*, p. 26: “Una característica dominante no sólo en las constituciones del siglo XIX, desde la carta de 1823, y ya entrado el siglo XX, también en las de 1920 y 1933 fue, en lo que se refiere a los tratados, la mención sistemática a un concordato – que sólo llegó a suscribirse en julio de 1980 – y a la institución del patronato que desapareció también en julio de ese mismo año.” García Belaunde, D. *Ob. Cit.*, p. 195.

²² García Belaunde, D. *Ob. Cit.*, p. 202.

²³ García Belaunde, D. *Ob. Cit.*, p. 224.

²⁴ García Belaunde, D. *Ob. Cit.*, pp. 230 – 231.

Gobierno de la confederación con otras naciones” (Art. 23, numeral 2°),²⁵ y como atribuciones del jefe de Estado, denominado “Protector”, el “Concluir por sí solo los tratados con otras potencias y ratificarlos con aprobación del Senado” (Art. 30, numeral 5°).²⁶ No nació con buena estrella la Confederación y poco tiempo después, resultando inviable, se disolvió de hecho al perder una guerra contra Chile.

El gobernante de turno convocó a un Congreso General que se reunió en la ciudad de Huancayo para dar una nueva constitución en 1839 (conocida como la Constitución de Huancayo), la misma que, en la línea establecida por la Constitución de 1828, estableció como atribuciones del Congreso “Aprobar o desechar los tratados de paz, y demás convenios procedentes de las relaciones exteriores”, así como “Aprobar los concordatos celebrados con la Silla Apostólica para su ratificación, y arreglar el ejercicio del patronato” (Art. 55, numerales 3° y 4°),²⁷ en tanto al Presidente de la República correspondía “Dirigir las negociaciones diplomáticas y celebrar tratados de paz, amistad, alianza, comercio y cualesquiera otras, con los demás Estados hispano – americanos, con aprobación del Congreso”, así como “Celebrar concordatos con la Silla Apostólica, conforme a las instrucciones dadas por el Senado” (Art. 87, numerales 16° y 36°).²⁸

Una Convención Nacional, elegida en 1855, dejó sin efecto la Constitución de 1839 y dictó un Estatuto Provisorio que estableció como atribuciones del Presidente provisorio “Dirigir las negociaciones diplomáticas y celebrar concordatos, tratados de paz, amistad, alianza, comercio y cualesquiera otros, con aprobación de la Convención” (Art. 1, numeral 26°).²⁹ Al año siguiente, la misma Convención sancionó la Constitución de 1856 que estableció como

²⁵ García Belaunde, D. *Ob. Cit.*, p. 263.

²⁶ García Belaunde, D. *Ob. Cit.*, p. 265.

²⁷ García Belaunde, D. *Ob. Cit.*, p. 286.

²⁸ García Belaunde, D. *Ob. Cit.*, pp. 292 – 293.

²⁹ García Belaunde, D. *Ob. Cit.*, p. 311.

atribución del Congreso “Aprobar o desechar los tratados de paz, concordatos y demás convenios procedentes de las relaciones exteriores” (Art. 55, numeral 15°),³⁰ y como atribuciones del Presidente de la República “Dirigir las negociaciones diplomáticas y celebrar tratados de paz, amistad, alianza y cualesquiera otros, poniendo en ellos la condición expresa de que serán sometidos al Congreso para los efectos de la atribución 15ª, artículo 55 del título 8”, y “Celebrar concordatos con la Silla Apostólica, arreglándose a las instrucciones dadas por el Congreso” (Art. 89, numerales 11° y 18°).³¹

Reformada cuatro años más tarde, sin embargo, en la cronología constitucional del Perú dicha reforma dio lugar a la conocida como Constitución de 1860, la de más larga vigencia en la historia republicana, pues aún con numerosas interrupciones, rigió por 60 años. Estableció como atribuciones del Congreso “Aprobar o desaprobar los Tratados de paz, concordatos y demás convenciones celebradas con los Gobiernos extranjeros” (Art. 59, numeral 16°).³² En consonancia, eran atribuciones del Presidente de la República “Dirigir las negociaciones diplomáticas y celebrar Tratados, poniendo en ellos la condición expresa de que serán sometidos al Congreso para los efectos de la atribución 16, artículo 59”, así como “Celebrar concordatos con la Silla Apostólica, arreglándose a las instrucciones dadas por el Congreso” (art. 94, numerales 11° y 18°).³³

Como un paréntesis en la vigencia de la Constitución de 1860, episodios políticos resultantes de la Guerra con España de 1866 permitieron que se convocase a un Congreso Constituyente que, en 1867, dictó una nueva y para entonces atípica constitución (pues establecía un Poder Legislativo de cámara única, contra la tradicional organización en dos cámaras, Senadores y Diputados), la cual estableció como atribución del Congreso el “Aprobar o desaprobar los Tratados de paz, Concordatos y demás Convenciones

³⁰ García Belaunde, D. *Ob. Cit.*, p. 321.

³¹ García Belaunde, D. *Ob. Cit.*, p. 326.

³² García Belaunde, D. *Ob. Cit.*, p. 342.

³³ García Belaunde, D. *Ob. Cit.*, pp. 347 – 348.

precedentes de las relaciones exteriores” (Art. 59, numeral 18°),³⁴ mientras que correspondía al Presidente de la República “Dirijir (sic) las negociaciones diplomáticas y celebrar Tratados, los cuales se someterán a la aprobación del Congreso, sin cuya aprobación no tendrán valor alguno” y “Celebrar concordatos con la Silla Apostólica, arreglándose a las instrucciones que dé el Congreso” (Art. 85, numerales 11° y 18°).³⁵

En medio de una situación excepcional, en plena guerra con Chile, una Asamblea nacional se reunió en Ayacucho, territorio no ocupado por el invasor, y dictó en 1881 un Estatuto Provisorio que estableció como atribución del Poder Ejecutivo “Dirijir (sic) las negociaciones diplomáticas y celebrar concordatos, tratados de paz, alianza, comercio y cualesquiera otros, sometiéndolos a la aprobación de la Asamblea” (Art. 30, numeral 16°).³⁶ Organizada la resistencia al invasor en el norte del país, se reunió una Asamblea del Norte que reconoció la autoridad del General Miguel Iglesias como “presidente regenerador” y dictó el Estatuto Provisorio de Cajamarca de 1883. Las dramáticas circunstancias explican la especificidad de las atribuciones del presidente: “Iniciar las negociaciones de paz exterior conforme a la ley de 29 de diciembre de 1882” y “Nombrar Agentes Diplomáticos, y Ministros Extraordinarios con plenos poderes para que negocien la paz con Chile, conforme a lo prescrito en la ley de 30 de diciembre de 1882” (Art. 1°, numerales 23° y 24°).³⁷

Restablecida la paz se eligió una Asamblea Constituyente que dictó la Ley de 26 de marzo de 1884 declarando vigente la Constitución de 1860, a la vez que

³⁴ García Belaunde, D. *Ob. Cit.*, p. 365.

³⁵ García Belaunde, D. *Ob. Cit.*, pp. 369 – 370.

³⁶ García Belaunde, D. *Ob. Cit.*, p. 389.

³⁷ García Belaunde, D. *Ob. Cit.*, p. 395.

introdujo la modificación de algunos artículos,³⁸ modificación que fue desechada en 1886 por Ley de 26 de octubre.³⁹

La longeva Constitución de 1860 terminó su vigencia cuando la Asamblea Nacional elegida en 1920 dictó la Constitución de ese mismo año, la primera del siglo XX, la misma que disponía como atribución del Congreso “Aprobar o desaprobar los tratados de paz, concordatos y demás convenciones celebradas con los Gobiernos extranjeros” (Art. 83, numeral 18°),⁴⁰ y como atribuciones del Presidente de la República “Dirigir las negociaciones diplomáticas y celebrar tratados, poniendo en ellos la condición expresa de que serán sometidos al Congreso para los efectos de la atribución 18 del artículo 83”, y “Celebrar concordatos con la Silla Apostólica, arreglándose a las instrucciones dadas por el Congreso” (Art. 121, numerales 12° y 19°).⁴¹ Conocida como la “constitución de Leguía”, al haber sido promovida por dicho gobernante en su ascenso al poder, fue identificada con el largo régimen del denominado “Oncenio” (de 1919 a 1930, el período de gobierno más largo de la historia republicana), y modificada para permitir la reelección del gobernante en 1924 y 1929, razón por la cual, a la caída del régimen con el que estaba identificada, hubo acuerdo en el sentido de dictar un nuevo texto constitucional.

Un Congreso Constituyente elegido en 1931 aprobó la Constitución de 1933, la misma que estableció como atribución del Congreso “Aprobar o desaprobar los tratados, concordatos y demás convenciones que se celebren con los gobiernos extranjeros” (Art. 123, numeral 21°),⁴² y como atribuciones del

³⁸ García Belaunde, D. *Ob. Cit.*, pp. 401 – 404.

³⁹ García Belaunde, D. *Ob. Cit.*, p. 407.

⁴⁰ García Belaunde, D. *Ob. Cit.*, p. 428.

⁴¹ García Belaunde, D. *Ob. Cit.*, pp. 433 – 434.

⁴² García Belaunde, Domingo. *Ob. Cit.*, p. 462. Portocarrero, F. *Derecho Internacional Público*. Lima: Ediciones Peruanas, 1966, p. 28: “En la mayor parte de países, el Perú entre ellos, intervienen sucesivamente el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo. En el Perú el Poder Legislativo aprueba, en efecto, los tratados que, conforme al inciso 21 del Artículo 123° de la Constitución, el Ejecutivo le ha sometido con ese objeto, y es el Ejecutivo el que, después que el Congreso los ha aprobado por Resolución Legislativa, los ratifica mediante el acta o instrumento de ratificación, documento en que el jefe del Estado, bajo su firma, acepta el tratado y manda que sea cumplido.”

Presidente de la República “Celebrar, con aprobación del Consejo de Ministros, tratados, concordatos y convenciones internacionales, y someterlos a conocimiento del Congreso”, así como “Celebrar concordatos con la Santa Sede, arreglándose a las instrucciones dadas por el Congreso” (Art. 154, numerales 20° y 22°).⁴³

Fue durante la vigencia de la Constitución de 1933 que se da inicio a la práctica de los “tratados ejecutivos”, que serán acuerdos internacionales celebrados sin la participación del Poder Legislativo, como se detallará en un siguiente capítulo.⁴⁴

Será con la Constitución de 1979, redactada en gran parte bajo influencia de la recientemente aprobada Constitución española de 1978, que los tratados merecerán un acápite en el texto constitucional. Fue en el Título II Del Estado y la Nación, Capítulo V De los tratados, donde se estableció constitucionalmente la posición monista del Estado respecto de los tratados y la primacía de los tratados sobre la ley (art. 101), sin embargo la denominación “tratado internacional” se reservó únicamente para aquellos que recibían la aprobación parlamentaria (artículo 102), y los tratados ejecutivos recibieron la denominación de “convenios internacionales” (artículo 104); se estableció la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos (art. 105), y la superior jerarquía de los tratados de integración latinoamericanos sobre los demás tratados multilaterales (art. 106). El capítulo de tratados recogió también disposiciones relativas al asilo y la extradición (artículos 108 y 109).⁴⁵

⁴³ García Belaunde, D. *Ob. Cit.*, p. 468.

⁴⁴ Portocarrero, F. *Ob. Cit.*, p. 29: “En el Perú no existe reglamentación acerca de cuáles son los convenios que deben ser sometidos a la sanción legislativa y cuáles los que corresponde aprobar al Gobierno. Una práctica de la Cancillería, que se guía por la importancia del acto internacional, refiere a la sanción gubernativa aquellos convenios cuya materia esté dentro de la administración pública, y a la sanción legislativa los que traten de cuestiones cuya competencia corresponde al Poder Legislativo.”

⁴⁵ García Belaunde, D. *Ob. Cit.*, p. 522. Álvarez, J. *Ob. Cit.*, p. 27: [...] y dedicó varios artículos a una cuestión que, a nivel constitucional, nunca había sido considerada en el Perú: la cuestión de los tratados, a los cuales reconoció supremacía frente a las leyes internas. La carta política de 1979 significó, en síntesis, una verdadera revolución en el campo del derecho constitucional peruano.”

Si bien se ha mencionado la influencia de la constitución española de 1978, la constitución peruana de 1979 al distinguir entre tratados ejecutivos y tratados solemnes no adoptó el criterio de lista positiva de su inspiradora, sino que empleó una fórmula bastante vaga, estableciendo que requerirá aprobación del Congreso “todo tratado internacional” (art. 102), mientras que el presidente de la República podía “sobre materias de su exclusiva competencia, firmar o ratificar convenios internacionales” (art. 104), sin que la propia constitución brindase un criterio útil para realizar la mencionada distinción. Lejos de aclararse, la materia se obscurecía cuando constatamos que entre las competencias legislativas que enunció el artículo 186 se menciona “3. Aprobar los tratados o convenios internacionales de conformidad con la Constitución.”,⁴⁶ lo que contradice el enunciado del artículo 104, aun cuando al enumerar las facultades del Presidente de la República, el artículo 211 establecía “14. Dirigir la política exterior y las relaciones internacionales, y celebrar y ratificar tratados y convenios de conformidad con la Constitución.”⁴⁷ De otro lado, llama la atención que el texto constitucional no mencionase a los tratados como normas pasibles de ser recurridas por inconstitucionalidad, ante el Tribunal de Garantías Constitucionales (también de influencia española, pero de la constitución de 1931, de la II República).

La Constitución de 1993 trajo algunas variaciones respecto del enfoque de los tratados. Se conservó la técnica legislativa de darles un tratamiento en un capítulo específico (Título II Del Estado y la Nación, Capítulo II De los Tratados).⁴⁸ Si bien es cierto se suprimió la disposición que establecía su prevalencia por sobre las leyes, se ratificó la posición monista respecto de una integración al derecho nacional (artículo 55). En esta ocasión se adoptó el sistema de lista positiva para establecer que tratados requieren de aprobación legislativa antes de su ratificación (artículo 56), y no se hace distingo alguno en la denominación general “tratados” respecto de aquellos que son de competencia exclusiva del Ejecutivo o aquellos que requieren aprobación

⁴⁶ García Belaunde, D. *Ob. Cit.*, p. 535.

⁴⁷ García Belaunde, D. *Ob. Cit.*, p. 541.

⁴⁸ García Belaunde, D. *Ob. Cit.*, p. 614.

legislativa, como establece el artículo 102, numeral 3, al señalar las atribuciones del Congreso.⁴⁹ La determinación del lugar que corresponde a los tratados en el ordenamiento jurídico peruano no se establece en el mencionado Capítulo, y es motivo de un par de referencias constitucionales, al tratar de las atribuciones del presidente de la República (Art. 118.1 Cumplir y hacer cumplir la Constitución y los tratados, leyes y demás disposiciones legales.),⁵⁰ y al referirse a la acción de Inconstitucionalidad (Art. 200.4 La Acción de Inconstitucionalidad que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo.).⁵¹ De ambas disposiciones se suele deducir que los tratados en el ordenamiento jurídico peruano tienen igual rango que la ley, sin que se especifique su prevalencia sobre ella en caso de conflicto.

Si las disposiciones constitucionales sobre los tratados han sido poco generosas (apenas 7 artículos en la Constitución de 1979, sólo 3 artículos y una disposición final en la Constitución de 1993), la legislación nacional roza la mezquindad. Un delgado ramillete de normas legales y reglamentarias ha venido a regular la actuación de los poderes públicos en el ejercicio del *ius tractandi*.

Bajo la vigencia de la Constitución de 1979 se expidió la Ley N° 25397, “Ley de Control Parlamentario sobre los actos normativos del Presidente de la República”, de 3 de febrero de 1992 (cuyo título era, por sí mismo, una declaración de intenciones), norma que no estuvo exenta de controversia jurídica y política, pues en su Capítulo IV Convenios Internacionales Ejecutivos, se establecía el rango administrativo (Decreto Supremo) de dichos instrumentos (art. 29), lo que jerárquicamente los situaba por debajo de las normas con rango legal; se establecía un control perentorio de dichos

⁴⁹ García Belaunde, D. *Ob. Cit.*, p. 627.

⁵⁰ García Belaunde, D. *Ob. Cit.*, p. 631

⁵¹ García Belaunde, D. *Ob. Cit.*, p. 654.

convenios, imponiendo la obligación de dar cuenta al Congreso dentro de las 24 horas de celebrados (art. 30), privándolos de efectos si omitían dicho trámite, permitiendo que el Congreso realice un control posterior de dichos convenios con la posibilidad dejarlos sin efecto (arts. 31 y 32), aun cuando daba al presidente de la República la alternativa de realizar la denuncia del convenio o tramitar la subsanación del mismo (art. 33); por último, consideraba la posibilidad de someter a consulta parlamentaria los convenios que proyectara celebrar (art. 34), estableciendo un control previo que excedía claramente las disposiciones constitucionales en la materia. Más que regular la materia convencional y su relación con el ordenamiento jurídico interno, la ley buscaba limitar al máximo la capacidad del jefe del Estado para celebrar tratados ejecutivos.

Bajo la vigencia de la Constitución de 1993 se han dado algunas normas relativas a los tratados, o que incluyen la materia convencional y regulan cuestiones internas respecto de su negociación, suscripción o publicación. Así tenemos algunas referencias en los artículos 5° y 6° de la Ley N° 29357, “Ley de organización y funciones del Ministerio de Relaciones Exteriores”, sobre la negociación y suscripción de los tratados, la supervisión de su cumplimiento y el registro y archivo de los instrumentos. El Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Relaciones Exteriores, Decreto Supremo N° 135 – 2010 – RE, trata *in extenso* las funciones de dicha repartición pública respecto de los tratados dentro de las funciones de la Dirección General de Tratados (artículos 128 y 129), órgano de línea de la Cancillería encargado de la calificación, suscripción y perfeccionamiento interno de los tratados, y de todo lo necesario para ejercer la representación del Estado en la negociación y suscripción de los mismos. La Ley N° 28091, “Ley del Servicio Diplomático de la República”, en su artículo 3° hace apenas una mención muy general respecto de la función de representación diplomática en la elaboración de los tratados (Art. 3°, literal f, Conducir las negociaciones internacionales del Estado y concertar los tratados en coordinación con los demás sectores de la administración pública.).

La Ley N° 26315, “Disponen que el Diario Oficial El Peruano publique el texto íntegro de los tratados celebrados por el Estado”, vino a llenar un vacío legal puesto que el mandato general de la publicidad de las normas no siempre se entendía como tal respecto de los tratados internacionales. Sin embargo, no distinguía entre la celebración de los tratados y su entrada en vigor.

Un poco más de claridad trajo la Ley N° 26647, “Establecen normas que regulan actos relativos al perfeccionamiento nacional de los Tratados celebrados por el Estado Peruano”, que derogó a la norma anterior y quiso poner un cierto orden en lo relativo a la aprobación de los tratados, precisando que la aprobación del Congreso se realiza por Resolución Legislativa,⁵² y su ratificación es hecha por el Presidente de la República a través de un Decreto Supremo, empleándose también dicho instrumento legal en los casos de firma o ratificación directa cuando los tratados son de competencia del jefe del Estado (art. 2).

Sobre la entrada en vigor de los tratados y su incorporación al derecho interno, la ley dispone que se producen en la fecha y condiciones que los propios tratados establecen (art. 3), lo que es coherente con la postura monista que adopta la constitución nacional. Sin embargo, en el mismo artículo se establece que “La incorporación de los tratados al derecho nacional se sujeta a lo que establezcan los propios tratados sobre el particular”, disposición a nuestro parecer innecesaria, pues los tratados internacionales no contienen disposiciones respecto a su propia incorporación en el derecho interno de los Estados Partes.

⁵² En el ordenamiento jurídico peruano (Reglamento del Congreso de la República, Artículo 72.h), las Resoluciones Legislativas son normas con rango de ley, pero con carácter especial o particular (no general) que aprueba el Congreso de la República. Se emplea, entre otros fines, para aprobar los tratados internacionales de conformidad con las disposiciones constitucionales, antes que el Poder Ejecutivo proceda a su ratificación. Así lo entiende el Tribunal, Constitucional: “Se trata de actos parlamentarios que generalmente regulan casos de manera particular y concreto. Representan la excepción a la característica de generalidad de la ley. Tienen rango de ley porque el inciso 1.º del artículo 102.º de la Constitución y el artículo 4.º del Reglamento del Congreso le confieren implícitamente una jerarquía homóloga a la ley.” Tribunal Constitucional, Pleno Jurisdiccional, EXP. N.º 047-2004-AI/TC, del 24 de abril de 2006, acápite 2.1.3.1.1.2. Las resoluciones legislativas, párrafo 17.

Las disposiciones acerca de la publicación de los tratados, tal vez uno de los mayores vacíos que registraba la legislación peruana, precisan la publicación del texto íntegro del tratado, incluyendo los anexos, en caso de haberlos, así como la publicación de la Resolución Legislativa de aprobación o el Decreto Supremo de ratificación (art. 4), todo ello en un plazo no mayor de 30 días de recibido el texto en el Diario Oficial (art. 5). Asimismo, se publicará en el Diario Oficial la fecha de entrada en vigor del tratado, que a su vez será aquella en la que dicho instrumento se incorpora al derecho interno (art. 6).

Finalmente, la ley establece que la modificación, suspensión o denuncia de los tratados se harán conforme ellos mismos dispongan, o en su defecto conforme a las normas generales de derecho internacional, repitiendo la disposición constitucional sobre las formalidades de la denuncia, que es competencia del Presidente de la República, siguiendo los mismos procedimientos empleados para la aprobación o ratificación (art. 7).

Fue recién tras la dación de esa ley que el Perú decidió ratificar la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados. Lo hizo mediante Decreto Supremo N° 029 – 2000 – RE, que refrendaba la firma que hizo el Estado el 23 de mayo de 1969.⁵³ Al depositar el instrumento de ratificación, el Perú dejó

⁵³ DECRETO SUPREMO N.º 029-2000-RE

EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA

CONSIDERANDO:

Que la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”, fue suscrita por el Perú en la ciudad de Viena, el 23 de mayo de 1969;

De conformidad con lo dispuesto en el Artículo 118º, inciso 11) de la Constitución Política del Perú, y en el Artículo 2 de la Ley N.º 26647;

DECRETA:

Artículo Único. - Ratifícase la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”, suscrita por el Perú el 23 de mayo de 1969.

Dado en la Casa de Gobierno en Lima, a los catorce días del mes de setiembre del año dos mil.

ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI

Presidente Constitucional de la República

constancia que hacía reserva de los artículos 11, 12 y 25 de la Convención, los que debían entenderse en concordancia con las disposiciones constitucionales al respecto. La reserva peruana fue comunicada al Secretario General de las Naciones Unidas mediante la Nota N° RE (TRA) 7 – 9 – C/03 de 23 de octubre de 2000.⁵⁴

Precisamente, para adecuar las normas nacionales a las obligaciones dimanantes de la Convención de Viena de 1969, se dictaron otras disposiciones reglamentarias de carácter complementario. Es el caso del Decreto Supremo N° 031 – 2007 – RE “Adecuan normas nacionales sobre el otorgamiento de Plenos Poderes al derecho internacional contemporáneo”. La parte considerativa de la norma expresamente señala: “Que, de conformidad con el artículo 55° de la Constitución Política del Perú, la citada Convención de Viena forma parte del derecho nacional.” Esta norma será objeto de un análisis detallado en el apartado correspondiente.

Es también el caso de la Resolución Ministerial N° 0115/RE de 4 de febrero de 2013 que aprueba la Directiva N° 001 – DGT/RE – 2013 “Lineamientos Generales internos sobre la suscripción, perfeccionamiento interno y registro de los Tratados”. Esta norma incorpora definiciones novedosas como es el caso de los “Acuerdos Interinstitucionales”, establece una definición de “Tratado, Convenio o Acuerdo”, define para el derecho interno los plenos poderes, así como el procedimiento interno de solicitud de opiniones técnicas previas, las formalidades del denominado “perfeccionamiento interno” y el registro de los tratados, así como el procedimiento para notificar las reservas y objeciones a los tratados. Esta norma, en su parte considerativa dejó constancia:

ALBERTO BUSTAMANTE BELAUNDE

Ministro de Justicia
Encargado de la Cartera de Relaciones Exteriores

⁵⁴ El texto de la reserva es el siguiente: “Para el Gobierno del Perú los artículos 11, 12 y 25 de la presente Convención debe entenderse en concordancia y con sujeción al proceso de suscripción, aprobación, ratificación, adhesión y entrada en vigencia de tratados que dispone su ordenamiento constitucional.”

“Que, resulta necesario aprobar una directiva que establezca los **lineamientos generales que permitan orientar a los Órganos Internos del Ministerio de Relaciones Exteriores** en la ejecución eficaz y oportuna de los procedimientos relacionados con la suscripción, el perfeccionamiento interno y el registro de los tratados y demás instrumentos internacionales que suscriba el Estado Peruano.” (énfasis añadido)

Igualmente, la Resolución Ministerial N° 0231/RE de 6 de marzo de 2013, aprobó la Directiva N° 002 – DGT/RE – 2013 “Lineamientos Generales sobre la suscripción, perfeccionamiento interno y registro de los Tratados”, de contenido muy similar a la anterior, cuya única diferencia sustantiva con ella es que precisa la definición de los “Acuerdos Interinstitucionales” estableciendo que no constituyen un compromiso internacional del Estado, al prohibir toda referencia a éste o a celebrarse en su nombre. Sin embargo, a diferencia de la Directiva anterior, cuyo ámbito de aplicación se circunscribía al Ministerio de Relaciones Exteriores, esta Directiva tiene un mayor radio de acción, pues está dirigida a la Administración Pública del Estado, en general, como lo expresa en su parte considerativa:

“Que, resulta necesario aprobar una directiva que establezca los **lineamientos generales que permitan orientar a las entidades de la Administración Pública** para la ejecución eficaz y oportuna de los procedimientos relacionados con la suscripción, el perfeccionamiento interno y el registro de los tratados y demás instrumentos internacionales que suscriba el Estado Peruano.” (énfasis añadido)

Ambas disposiciones también serán motivo de evaluación de su contenido en los capítulos correspondientes. Este es en suma el listado de normas que sobre derechos de los tratados rige la actuación del Estado Peruano. Otras normas relativas a cuestiones internas de validez o de control, tal como las disposiciones del Reglamento del Congreso o del Código Procesal Constitucional serán revisadas durante el desarrollo del presente trabajo.

No obstante, no han faltado iniciativas legislativas destinadas a que las disposiciones constitucionales acerca de los tratados tengan un adecuado desarrollo legislativo, que evite confusiones, problemas de calificación, y ponga orden en los trámites destinados al “perfeccionamiento interno”, como lo

denomina la legislación y la doctrina nacional. Estas iniciativas serán abordadas al tratar los aspectos del procedimiento interno de calificación y aprobación.

1.2. El sistema de fuentes del derecho y la postura monista que adopta el ordenamiento jurídico peruano

El derecho peruano adopta un sistema jerárquico de fuentes basado en la Constitución. De acuerdo a la Constitución Política del Perú de 1993, se tiene lo siguiente:

“Artículo 51.- La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado”.

Al respecto, el sistema peruano distingue una pirámide normativa en cuya cúspide se encuentra la constitución, luego la ley y luego los reglamentos. Esta disposición sin embargo resulta ser insuficiente para referirnos al sistema de fuentes, que básicamente ha sido definido por la jurisprudencia constitucional y por la doctrina.

El Tribunal Constitucional ha señalado que la Constitución es a su vez fuente de derecho y reguladora del sistema de fuentes del derecho peruano.⁵⁵ Así visto, en el primer nivel de la jerarquía normativa se encuentra la Constitución entendida como norma y como fuente de derecho, pero también como norma que regula los mecanismos de producción normativa a ella sometidos. Al respecto señala el máximo intérprete de la constitución:

El sistema de fuentes regulado por la Constitución consagra diversos tipos normativos. Principalmente, las normas con rango de ley y aquellas de rango reglamentario. Entre las primeras, nuestro sistema jurídico consagra una serie de tipos normativos que, si bien tienen el mismo rango jurídico, difieren en su denominación y en su modo de producción. Al respecto, este Tribunal ha señalado que: (...) el inciso 4° del artículo 200° de la Constitución establece las normas que, en el sistema de fuentes normativas diseñado por ella, tienen rango de ley: leyes,

⁵⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional, Pleno Jurisdiccional Expediente N° 047-2004-AI/TC, párrafo 2.1.1.

decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas.⁵⁶

En ese sentido, el Tribunal Constitucional en la sentencia citada se refiere a las fuentes normativas con rango de ley, dentro de las que incluye: las normas de alcance general (leyes), las normas de alcance particular (resoluciones legislativas), los tratados, el reglamento del Congreso, la legislación delegada (decretos legislativos), los decretos de urgencia, y las normas de alcance territorial (ordenanzas regionales y ordenanzas municipales). Entre las fuentes normativas con rango distinto a la ley menciona: la jurisprudencia, la costumbre, los principios generales del derecho, el contrato y la doctrina.

De otro lado, la doctrina constitucional⁵⁷ adopta por lo general una jerarquía normativa cuya secuencia es:

1. La Constitución.
2. La Ley, entendiendo dentro de tal categoría a las leyes propiamente dichas, las resoluciones legislativas (normas con rango legal pero de efecto particular); y el reglamento del Congreso, normas todas ellas emanadas del Poder Legislativo; así como los decretos legislativos, normas con fuerza de ley que provienen del Poder Ejecutivo por delegación expresa de facultades legislativas; los decretos de urgencia, normas que la propia Constitución autoriza a emplear al Poder Ejecutivo en materia económica y financiera; y los decretos leyes, normas con rango legal que dicta el Poder Ejecutivo sin autorización congresal e incluso a falta de funcionamiento del Congreso, que en el caso peruano son aquellas normas que usualmente han empleado los gobiernos *de facto*; las ordenanzas regionales y ordenanzas municipales, que tienen rango legal en sus respectivas jurisdicciones, las sentencias del tribunal Constitucional que declaran inconstitucional

⁵⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional, Pleno Jurisdiccional Exp. N° 047-2004-AI/TC, párrafo 21.

⁵⁷ García, V. "La jerarquía de las normas en el proyecto de Constitución". En: *Revista del Foro*. Lima: Colegio de Abogados de Lima, Año LXXXI, N 1, enero-junio de 1993. Hakansson, C. *Curso de derecho constitucional*. Lima: Palestra editores, 2009. Rubio, M. *Estudio de la Constitución Política de 1993, Tomo III*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999.

una ley o norma con rango de ley, y junto a todas ellas, se le reconoce a los tratados el rango de ley.

3. Las normas reglamentarias que emanan del Poder Ejecutivo, bajo la forma de decretos supremos y resoluciones supremas.

4. Las resoluciones ministeriales, resoluciones de órganos autónomos (Banco Central de Reserva, Contraloría General de la República, Defensoría del Pueblo).

5. Los fallos jurisdiccionales, así como contratos y normas particulares derivadas de la autonomía de la voluntad, en tanto normas que producen efectos entre o para particulares.

Desde ese punto de vista, el ordenamiento jurídico peruano considera a los tratados como normas con rango de ley. No obstante, el tratamiento doctrinario no incluye otras fuentes del derecho que las estrictamente positivas, a diferencia de lo que hace el Tribunal Constitucional cuando acepta como fuentes distintas de la ley a la jurisprudencia, la costumbre, los principios generales del derecho, y la doctrina, aun cuando su tratamiento sea insuficiente en la jurisprudencia del alto tribunal.⁵⁸

La discusión sobre qué sistema jurídico, si monista o dualista, prima en el derecho peruano, dista mucho de encontrarse cerrada. Pese a que declarativamente el Perú adhiere al monismo, quedan no pocos rezagos dualistas en el derecho constitucional peruano, especialmente en su relación con los tratados internacionales, que vale la pena analizar para mejor comprender el tratamiento que se les dispensa a las normas de fuente internacional en la Constitución y la legislación nacional.

Los exégetas de la CP79 valoraban dicho texto constitucional como el introductor del monismo jurídico en la legislación peruana.⁵⁹ Lo hacían basándose en la incorporación de los tratados al derecho interno, y la primacía de los tratados sobre las leyes, en su aspecto general, y en lo particular, en la

⁵⁸ Tribunal Constitucional, Acción de Inconstitucionalidad, Expediente N° 047-2004-AI/TC.

⁵⁹ Artículo 101.- Los tratados internacionales celebrados por el Perú con otros Estados, forman parte del derecho nacional. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalece el primero.

incorporación de los tratados de derechos humanos con el rango de normas constitucionales, y en la aprobación de los tratados que afectarían la constitución, por el fondo o por la forma, a través del mismo proceso empleado para la reforma constitucional. Aunque olvidaba mencionar a los tratados entre aquellas normas pasibles de ser incoadas por inconstitucionalidad ante el Tribunal de Garantías Constitucionales, o situarlos entre la constitución y las leyes, en concordancia con la disposición contenida en el artículo 101, no obstante, les afectaba el mandato general de publicidad de las normas.

Artículo 87.- La Constitución prevalece sobre toda otra norma legal. La ley, sobre toda norma de inferior categoría, y así sucesivamente de acuerdo a su jerarquía jurídica. La publicidad es esencial para la existencia de toda norma del Estado. La ley señala la forma de publicación y los medios de su difusión oficial.

Obsérvese que la norma no se refiere a la vigencia, validez, eficacia u obligatoriedad que genera la publicidad; es bastante más categórica, resulta “esencial para la existencia”. *Contrario sensu*, una norma no publicada habría sido una norma “inexistente”. No se puede negar que la disposición constitucional zanjaba de manera eficaz cualquier posible discusión, pues resulta inconducente debatir acerca de la vigencia, validez, eficacia u obligatoriedad de una norma inexistente. Sin embargo, la sanción de un requisito formal de orden interno que afecte a tal punto a una norma, en este caso una norma internacional, considerándola fuera del derecho interno, no casa bien con la noción de monismo como unidad del orden jurídico interno e internacional que proclama el artículo 101. Se trataba, más bien, de un “residuo dualista”, como la calificó un sector de la doctrina.⁶⁰

La creación de un procedimiento específico para aquellos tratados que pudieran afectar la constitución por el fondo o por la forma no se condice por completo con una postura nítidamente monista. Cuestiones relativas a la validez y exigibilidad internacional de este procedimiento, o la oponibilidad de su posible vulneración y los efectos que ello produciría en la vigencia y

⁶⁰ Belaunde, A. “La Constitución Peruana de 1979 y el Derecho Internacional”, en: *Revista Peruana de Derecho Internacional*, Tomo XXXIV, Lima, 1982, pp. 41 y ss.

obligatoriedad para el Estado, generan la duda razonable respecto a una adhesión nítida a la corriente monista, pues hace depender el ingreso de la norma internacional al orden jurídico interno de un procedimiento oneroso como suele ser el de la reforma constitucional (particularmente oneroso en la CP79, pues exigía su aprobación por mayoría calificada en dos primeras legislatura ordinarias).⁶¹ Esa disposición dejaba abiertas dudas acerca de las consecuencias de su inobservancia, tanto en el plano interno (entrada en vigor), como en el plano internacional (validez).⁶²

La introducción de la figura de los acuerdos ejecutivos tampoco fue ajena a las críticas. Ciertamente, el sistema de lista negativa no garantizaba un ejercicio pacífico de las competencias de los poderes Legislativo y Ejecutivo al momento de pronunciarse sobre la asunción de obligaciones internacionales. Ese posible conflicto tendía a ser resuelto aplicando las reglas del derecho interno en detrimento de aquellas del derecho internacional, más adecuadas a la naturaleza de los tratados.

⁶¹ Artículo 306.- Toda reforma constitucional debe ser aprobada en una primera legislatura ordinaria y ratificada en otra primera legislatura ordinaria consecutiva.

Artículo 168.- Los presidentes de las Cámaras convocan al Congreso a legislatura ordinaria dos veces al año.

La primera legislatura comienza el 27 de julio y termina el 15 de diciembre. La segunda se abre el primero de abril y termina el 31 de mayo.

⁶² Belaunde, A. *Ob. Cit.*, pp. 41 – 42: Pero a lo que queremos ir es que esta norma de procedimientos especiales para los tratados que “afecten” a la Constitución es de orden puramente interno, y salvo que el Perú haya expresado reserva de ella en un momento adecuado, como podría ser el de la firma, esa norma no es oponible internacionalmente, es decir que el Perú no se podría eximir de sus obligaciones en virtud del tratado invocando esa norma de orden interno, ya que la contraparte o contrapartes no tienen por qué ser versados en derecho constitucional peruano. En principio es internacionalmente exigible la aprobación parlamentaria, pero las modalidades específicas de ésta de acuerdo con el derecho interno no son “recibidas” en el Derecho Internacional, como se desprende de las normas que a esta materia dedica la Convención de Viena, y que ya hemos mencionado. [...]

Ahora bien, que pasaría si un tratado que comparte efectos derogativos sobre la Constitución no es aprobado, por inadvertencia o por cualquier otra causa, de acuerdo con el procedimiento previsto para la reforma constitucional. Si el tratado es ratificado o se adhiere a él de una manera internacionalmente fehaciente, su validez internacional estará fuera de duda; pero ¿qué ocurrirá en el orden interno?, ¿primaría ese tratado sobre la Constitución? Es imposible responder a esta pregunta de antemano antes que ella se presente realmente; pero es evidente que si se ha exigido el procedimiento especial es para que se cumpla y por lo tanto podemos presumir que la intención de la Constitución es que ella prime sobre cualquier tratado que en cuanto a la forma no tiene un nivel superior que el de la ley ordinaria.

Podría suceder que se apruebe por acto meramente administrativo un tratado que en realidad requiera la aprobación parlamentaria previa a la ratificación. Supongamos que este tratado tenga efectos derogatorios sobre una ley, pero que ello, no obstante, el consentimiento del Perú haya de considerarse por alguna razón internacionalmente válido: ¿prima ese tratado sobre la ley en cuestión? Nuevamente la pregunta es insoluble de antemano, es necesario ver que pasaría ante un caso real, pero la sola posibilidad que se plantea da un nuevo ejemplo de cómo se mantiene elementos de inspiración dualista en nuestra Constitución.⁶³

Finalmente, el mecanismo interno previsto para la denuncia de los tratados, que en el caso de los tratados que requerían aprobación parlamentaria establecía la misma aprobación para desvincularse de ellos, fue objeto de crítica, entendiendo que debía ser una potestad ejecutiva exclusiva, para evitar que se generasen conflictos entre los procedimientos internos y los internacionales, e incertidumbre en el proceso de denuncia, si ocurría un desencuentro entre Ejecutivo y Legislativo.⁶⁴ Si los argumentos avanzados no siempre resultaban precisos o exactos, ello no obsta para que, efectivamente, se cuestione si los mecanismos de la denuncia constitucionalmente previstos se acercaban más a la posición monista o a la dualista. Lo cierto es que, prácticamente en los mismos términos, las disposiciones acerca de la denuncia de los tratados pasaron de la CP79 a la CP93, sin que nuevamente se busque la coherencia entre aquellas disposiciones tributarias del monismo y aquellas que se acercan al dualismo.

⁶³ Belaunde, A. *Ob. Cit.*, pp. 44.

⁶⁴ Belaunde, A. *Ob. Cit.*, p. 44: El requisito de la aprobación parlamentaria para la denuncia de un tratado es una innovación que, en la medida de nuestro conocimiento, no tiene precedente en ninguna parte del mundo. En todas las tradiciones jurídicas la denuncia de los tratados es facultad exclusiva del Ejecutivo. ¿Qué sentido puede tener conferir a este respecto un derecho de aprobación al Parlamento? El tratado tiene el nivel de una ley, pero no es propiamente una ley, sino un vínculo internacional. Es perfectamente lógico que para asuntos de nivel legislativo ese vínculo no puede adquirirse sin la aprobación del Congreso; pero esperar su aprobación para denunciarlo resulta una complicación incomprensible y políticamente riesgosa. Por lo demás la norma es de carácter exclusivamente interno y no tiene ninguna relevancia internacional, ya que ningún estado puede prevalerse de ella contra el Perú pues ninguno otorga un derecho equivalente en reciprocidad. Pero entonces ¿qué sentido tiene crear normas internas que traban la conducción de la política internacional más allá de lo exigido por el Derecho Internacional mismo? Claro que podrá decirse que el artículo no exige que la aprobación parlamentaria de la denuncia sea previa a esta. Quizá; pero la denuncia una vez producida es un hecho consumado, sea o no ella aprobada ulteriormente por el Congreso. Si el artículo establece la aprobación ulterior de la denuncia, entonces carece de objeto. Cabe la duda de si la norma prevista para la denuncia exige que la denuncia de los tratados relativos a Derechos Humanos, y en general de todos los tratados de nivel constitucional debe hacerse previo la aprobación de este acto en dos legislaturas ordinarias sucesivas. La complicación es tan monstruosa que no puede ser verdad [...].

El derecho peruano adhiere a la concepción monista según la cual derecho interno y derecho internacional son parte de un mismo y único ordenamiento jurídico. Esta postura se recoge en la Constitución Política del Perú de 1993 que dispone: Artículo 55.- Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.

Si bien el referido artículo no hace referencia a ninguna otra fuente formal del derecho internacional público en el sentido de incorporar sus normas a la legislación nacional, ello no obsta para que, más allá de la fuente convencional, se pueda indagar (aunque no en este trabajo), que lugar le asigna el derecho peruano a las otras normas internacionales, como es el caso de la costumbre internacional, de los principios generales del derecho, las resoluciones de organizaciones internacionales y el cumplimiento de las sentencias de tribunales internacionales.

Aceptando la premisa constitucional de la incorporación de las obligaciones convencionales al derecho interno cabe preguntarse si dentro de esa concepción monista se le confiere primacía al orden jurídico nacional o al orden jurídico internacional. A través del desarrollo del presente trabajo se irá esclareciendo la posición monista moderada con primacía del orden internacional que adopta la Constitución Política del Perú e informa al derecho peruano, aun cuando algunas normas se han interpretado de forma contraria por un sector de la doctrina constitucional.

PARTE II. LAS NORMAS DE DERECHO PERUANO RELATIVAS AL PROCESO DE FORMACIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES

CAPÍTULO II

EL PROCESO DE CELEBRACIÓN Y LAS COMPETENCIAS EN MATERIA DE TRATADOS

2.1 Aspectos generales

La legislación peruana no es pródiga en lo que concierne al derecho de los tratados. Si bien acoge dichos instrumentos en el texto constitucional, el desarrollo legislativo al respecto es más bien sucinto. A diferencia del desarrollo legislativo que el tema merece en otros Estados, nuestros textos legales relativos a los tratados son escasos, y en ellos no abundan las definiciones que permitan dar mayor precisión al proceso interno de formación de la voluntad necesario para asumir compromisos internacionales.

Las definiciones son un aspecto muy relevante para la adecuada comprensión y aplicación de las normas. Si bien la CV69 aporta en su Artículo 2 “Términos empleados”, las principales definiciones, a lo largo de la convención encontramos muchas otras que precisan el contenido y alcances de las obligaciones asumidas, o al menos el sentido que se les asigna.⁶⁵ En tal sentido, podemos decir que, al ser parte el Perú del CV69,⁶⁶ esas definiciones también forman parte del derecho interno, y por tanto directamente aplicable por el Estado y sus dependencias; sin embargo, en otros Estados se ha desarrollado legislativamente la materia con mayor detalle, en concordancia con la CV69, dándole una mayor claridad al procedimiento interno de suscripción y entrada en vigor de los tratados.⁶⁷

⁶⁵ Algo que no sucedía, por ejemplo, con la Convención de La Habana sobre tratados, de 1926.

⁶⁶ El Perú suscribió la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados el 23 de mayo de 1969 y la ratificó el 14 de setiembre de 2000 mediante Decreto Supremo N° 029 – 2000 – RE.

⁶⁷ Es el caso de México, con la Ley sobre la celebración de tratados, de 2 de enero de 1992, y el Acuerdo por el que se da a conocer los Lineamientos para la Celebración de Tratados, de 11 de marzo de 2021; Bolivia, con la Ley N° 401, Ley de celebración de tratados, de 18 de setiembre de 2013; y España, con la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, publicada en el BOE el 28 de noviembre de 2014, que deroga el Decreto 801/1972 de 24 de marzo, sobre ordenación de la actividad de la Administración del Estado en materia de tratados internacionales.

En el derecho peruano, la definición de tratado está contenida en dos normas de rango administrativo, la Resolución Ministerial N° 0115/RE de 4 de febrero de 2013, Directiva N° 001-DGT/RE-2013, “Lineamientos Generales Internos sobre la suscripción, perfeccionamiento interno y registro de los Tratados”, y la Resolución Ministerial N° 0231/RE de 6 de marzo de 2013, Directiva N° 002-DGT/RE-2013, “Lineamientos Generales Internos sobre la suscripción, perfeccionamiento interno y registro de los Tratados”, la primera de las cuales dispone:

1.4 Precisiones conceptuales:

Para efectos de los presentes lineamientos, se entenderá por:

1..4.1 Tratado, Convenio o Acuerdo:

Acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados, o entre Estados y Organizaciones Internacionales, o entre Estados y otros Sujetos de Derecho Internacional con capacidad para ello, regido por el Derecho internacional, ya conste en un documento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular. Puede ser Bilateral, Plurilateral o Multilateral. (énfasis original)

La definición se acerca mucho a la contenida en el artículo 2°, literal a) de la CV69, y artículo 1°, literal a) de la CV86 (que aún no entra en vigor). De igual forma, están presentes los mismos elementos que se hallan en la norma mexicana,⁶⁸ boliviana⁶⁹ y española,⁷⁰ a saber:

⁶⁸ Ley sobre la celebración de tratados, de 2 de enero de 1992. Artículo 2°. Para los efectos de la presente Ley se entenderá por:

I. **“Tratado”**: el convenio regido por el derecho internacional público, celebrado por escrito entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y uno o varios sujetos de Derecho Internacional Público, ya sea para que su aplicación requiera o no la celebración de acuerdos en materias específicas, cualquiera que sea su denominación, mediante el cual los Estados Unidos Mexicanos asumen compromisos.
De conformidad con la fracción I del artículo 76 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los tratados deberán ser aprobados por el Senado y serán Ley Suprema en toda la Unión cuando estén de acuerdo con la misma, en los términos del artículo 133 de la propia Constitución.

⁶⁹ Ley N° 401, Ley de celebración de tratados, de 8 de septiembre de 2013. Artículo 6 (DEFINICIONES). A los fines de la presente Ley se aplican las siguientes definiciones: [...] o) **Tratado**. Acuerdo internacional celebrado por escrito entre sujetos de Derecho Internacional, regido por el Derecho Internacional, que conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos, creando obligaciones jurídicas y cualquiera que sea su denominación particular.

⁷⁰ Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales (BOE de 28 de noviembre de 2014). Artículo 2. Definiciones.

A los efectos de esta ley se entiende por:

a) “tratado internacional”: acuerdo celebrado por escrito entre España y otro u otros sujetos de Derecho Internacional, y regido por el Derecho Internacional, ya conste en un

- a) el elemento volitivo convencional, acuerdo de voluntades;
- b) el elemento formal, celebrado por escrito;
- c) el elemento subjetivo, entre sujetos de derecho internacional;
- d) el elemento normativo, regido por el derecho internacional;
- e) el elemento instrumental, conste en uno o varios instrumentos conexos (este elemento está ausente en la definición mexicana); y
- f) el elemento nominal, cualquiera sea su denominación.

Cabe anotar que, en nuestra opinión el aspecto normativo, además del derecho aplicable, incluye la creación de derechos u obligaciones (o su modificación, novación o extinción), regidos por el Derecho Internacional. Igualmente, en el caso de los sujetos que poseen *ius tractandi*, la CV69 sólo está referida a los Estados, y la CV86 relativa a la celebración de tratados entre o con Organizaciones Internacionales aún no ha entrado en vigor, sin embargo, la práctica internacional reconoce a las OOII la capacidad de contratación internacional, siempre que tal facultad se encuentre contenida en el tratado constitutivo de la organización.

Los mismos elementos, *mutatis mutandis*, se hallaban en los sucesivos proyectos presentados por los relatores de la Comisión de Derecho Internacional las Naciones Unidas,⁷¹ y se encuentran también en la mayor parte de la doctrina internacional.⁷²

instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera sea su denominación.

⁷¹ Es el caso de J. Brierly, ver: Comisión de Derecho Internacional. *Yearbook*, 1950, tomo II, p. 223: "Un Tratado es un acuerdo consignado por escrito entre dos o más Estados y Organizaciones Internacionales que establece una relación de Derecho Internacional entre las partes del mismo." H. Lauterpacht, ver: Comisión de Derecho Internacional. *Yearbook*, 1953, tomo II, p. 90: "Los tratados son acuerdos entre Estados, incluyendo organizaciones de Estados, que tienen la intención de crear derechos y obligaciones jurídicas entre las partes." G Fitzmaurice, ver: Comisión de Derecho Internacional. *Anuario*, tomo II, p. 106: "Para los efectos de la aplicación del presente código, se entiende por tratado un acuerdo consignado en un instrumento formal único (sea cual fuere su nombre, título o denominación) concertado entre entidades que son todas ellas sujetos de derecho internacional con personalidad internacional y capacidad para concertar tratados, y destinado a crear derechos y obligaciones, o a establecer relaciones, que se rigen por el derecho internacional." H. Waldock, ver: Comisión de Derecho Internacional. *Anuario*, 1962, tomo II, p. 35: "Se entiende por tratado todo acuerdo internacional consignado por escrito en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos sea cual fuere su designación particular."

⁷² Basdevant, J. *Dictionnaire de la Terminologie du Droit International*. París: Librairie du Recueil Sirey, 1960, pp. 606 y ss. Guggenheim, P. *Traité de Droit International Public*. 2ª edición, Ginebra: Librairie de l'Université – Georg & Cie., 1967, tomo I, p. 114. Rousseau, Ch.

Cabe señalar que, aun cuando el tratado es un acto jurídico, sujeto al derecho internacional, no se halla en su definición referencia alguna a la licitud del objeto o a su posibilidad física o jurídica. Esos aspectos, se recogen en los artículos sobre la nulidad de los tratados (Artículos 53 y 64 de la CV69), que vienen a delimitar el concepto de tratado.

En el derecho interno peruano encontramos que, en concordancia con la definición de “tratados”, están aquellas normas que se refieren a sus aspectos o elementos constitutivos. Complementariamente a la definición de tratados citada, podemos entender las definiciones contenidas en la Disposición Final Única del Decreto Supremo N° 135 – 2010 – RE, “Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Relaciones Exteriores”, de 17 de diciembre de 2010, que establece:

Para efectos del presente Reglamento, las siguientes expresiones se entenderán como se precisa a continuación:

Instrumento internacional: Término genérico que comprende a los instrumentos de carácter no vinculante cualquiera sea su denominación, así como a aquellos instrumentos que califican como tratados y que, por tanto, se encuentran regidos por el Derecho Internacional y están destinados a crear, modificar, regular o extinguir derechos y obligaciones en el marco de dicho ordenamiento.

Instrumento bilateral: Se refiere a cualquier instrumento internacional en el que participan o intervienen dos Estados o sujetos de Derecho Internacional.

Instrumento regional: Se refiere a cualquier instrumento internacional en el que participa o interviene un grupo de Estados perteneciente a una misma región geográfica. El instrumento será birregional cuando sea suscrito entre miembros de dos regiones geográficas distintas.

Derecho Internacional Público. Barcelona: Ariel, 1966, p. 23: “[...] un acuerdo entre sujetos del derecho de gentes destinado a producir determinados efectos jurídicos.” Verdross, A... y B. Simma. *Universelles Völkerrecht*. 3ª ed., Berlín: Duncker & Humboldt, 1984, p. 337. Reuter, P. *Introduction au droit des traités*. París: Presses Universitaires de France, 3e édition, 1995, p. 26. Kelsen, H. “Théorie du Droit International Public,” en: *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*. Leiden: Martinus Nijhoff, 1953, volumen III, tomo 84, pp. 132 – 133: “Un tratado es un acuerdo en el que intervienen normalmente dos o más Estados en el marco del derecho internacional general. Es bilateral cuando es celebrado por dos Estados solamente. Es multilateral cuando es celebrado por un número mayor de Estados. Un acuerdo es el acto de ponerse de acuerdo o la constatación de una comunidad de opiniones o de voluntades. Un tratado es un acto de voluntad que se debe de manifestar por signos o palabras de lenguaje oral o escrito. Es una manifestación de voluntad que emana de dos o más Estados, siendo la voluntad del Estado expresada por un individuo que obra en calidad de órgano del Estado. Tanto el orden jurídico internacional como el orden jurídico nacional atribuye efectos jurídicos a la manifestación de un acuerdo de voluntad entre dos o varias personas. En el derecho nacional hablamos de contrato y en el derecho internacional de tratado. A veces se designa al tratado por otro nombre: acuerdo, convenio, protocolo, arreglo, acta, declaración, etc. Pero el nombre en sí mismo no tiene ninguna importancia.”

Instrumentos o tratados multilaterales: Se refiere a los instrumentos internacionales en los que participan más de dos Estados o sujetos de Derecho Internacional.

Estas disposiciones subsumen en su enunciado el aspecto instrumental y el aspecto subjetivo, pues se refieren a “Estados o sujetos de Derecho Internacional” al referirse a los instrumentos bilaterales o multilaterales, pero lo limita únicamente a Estados al referirse a tratados regionales o birregionales. Por último, cabe señalar que la definición inicial de instrumento internacional se refiere a los acuerdos vinculantes y no vinculantes, que el propio Decreto no ha mencionado a lo largo de su texto (142 artículos, cinco disposiciones complementarias y una disposición final), cuyo desarrollo, en el caso de los acuerdos no vinculantes, como “Acuerdos Interinstitucionales” se encuentran en la Resolución Ministerial N° 0115/RE de 4 de febrero de 2013, Directiva N° 001-DGT/RE-2013, “Lineamientos Generales Internos sobre la suscripción, perfeccionamiento interno y registro de los Tratados”, y la Resolución Ministerial N° 0231/RE de 6 de marzo de 2013, Directiva N° 002-DGT/RE-2013, “Lineamientos Generales Internos sobre la suscripción, perfeccionamiento interno y registro de los Tratados”, como se verá más adelante.

Entre las pocas iniciativas legislativas, destinadas a regular los aspectos de derecho interno concernientes a la aprobación y entrada en vigor de los tratados, se encuentra el Proyecto de Ley N° 2571/2017-CR “Proyecto de Ley de desarrollo constitucional sobre el perfeccionamiento interno de los tratados”, presentado en marzo de 2018 por un grupo de congresistas a iniciativa de la Congresista Luz Salgado Rubianes, en ejercicio del derecho de iniciativa legislativa establecido en el artículo 107° de la CP93, concordante con los artículos 75° y 76° del Reglamento del Congreso. Este proyecto contiene una definición de tratado bastante amplia:

Artículo 2.- Definición y alcances de la norma

Para efectos de la presente Ley, se considera "tratado" a un acuerdo de voluntades celebrado por escrito o de manera verbal entre dos o más sujetos de Derecho internacional con capacidad para ello, regido por el Derecho internacional, destinado a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas, ya sea que conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea la denominación particular que reciba

Sin perjuicio de lo señalado en el párrafo anterior, la presente Ley se interpreta de acuerdo con lo establecido en la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, de la cual el Perú es Estado parte.

Llama la atención en la definición que el tratado pueda ser “celebrado por escrito o de manera verbal”, es decir que salga del presupuesto usual del derecho peruano y de la CV69 que se refieren únicamente a tratados escritos, aun cuando el capítulo constitucional referido a los tratados no haga ninguna mención a la forma que éstos requieren, la interpretación integral del texto constitucional no deja duda respecto a que los tratados se celebran bajo la forma o formalidad escrita. El segundo párrafo del artículo del proyecto citado, sin embargo, establece que dicha (futura) ley se interpretará de acuerdo a la CV69, que expresamente excluye de su regulación a los tratados no escritos, si bien precisa que esa exclusión no afecta el valor jurídico de dichos acuerdos.⁷³ Por lo demás, en todo el desarrollo del proyecto normativo no se encuentra ninguna otra referencia ni supuesto de hecho que contemple la posibilidad de un tratado no escrito.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia también ha establecido de qué manera entiende los tratados como instrumento jurídico internacional, los elementos que lo caracterizan y su forma de incorporación al derecho nacional.⁷⁴ En los fundamentos de la Sentencia N° 004498 – 2006 señaló:

⁷³ **Artículo 3. Acuerdos internacionales no comprendidos en el ámbito de la presente Convención.** El hecho de que la presente Convención no se aplique ni a los acuerdos internacionales celebrados entre Estados y otros sujetos de derecho internacional o entre esos otros sujetos de derecho internacional, ni a los acuerdos internacionales no celebrados por escrito, no afectara:

- a) al valor jurídico de tales acuerdos;
- b) a la aplicación a los mismos de cualquiera de las normas enunciadas en la presente Convención a que estuvieren sometidos en virtud del derecho internacional independientemente de esta Convención;
- c) a la aplicación de la Convención a las relaciones de los Estados entre si en virtud de acuerdos internacionales en los que fueren asimismo partes otros sujetos de derecho internacional.

⁷⁴ Corte Suprema de Justicia, Primera Sala Penal Transitoria, sentencia de 17 de julio de 2007.

Quinto:

Que, el artículo cincuenta y cinco de la Constitución Política del Estado establece que los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional. Por tratado se entiende a todo acuerdo celebrado entre dos sujetos de derecho internacional, destinado a producir determinados efectos jurídicos, y que abarca no sólo a los acuerdos signados expresamente con tal denominación, sino igualmente a los protocolos, los convenios, pactos, concordatos, acuerdos, etcétera. En el caso del Perú, los tratados se incorporan al derecho interno por el solo hecho de su celebración o adhesión por el Estado, y su entrada en vigencia se determina por su ratificación y publicación.

Por su parte, el Tribunal Constitucional brinda una definición de tratado que pone énfasis en el aspecto volitivo del acto, en la sentencia recaída en el Expediente N° 047-2004-AI/TC:

18. Los tratados son expresiones de voluntad que adopta el Estado con sus homólogos o con organismos extra nacionales, y que se rigen por las normas, costumbres y fundamentos doctrinarios del derecho internacional. En puridad, expresan un acuerdo de voluntades entre sujetos de derecho internacional, es decir, entre Estados, organizaciones internacionales, o entre estos y aquellos.

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

Los tratados reciben diversas denominaciones, establecidas en función de sus diferencias formales; a saber: convenios o acuerdos, protocolos, *modus vivendi*, actas, concordatos, compromisos, arreglos, cartas constitutivas, declaraciones, pactos, canje de notas, etc.

2.2 Competencia del Poder Ejecutivo

La competencia para celebrar tratados se entiende que corresponde a los Estados y a las OOI a las que su carta constitutiva otorga dicha facultad. El *ius tractandi*, por lo tanto, sigue estando limitado a determinados sujetos de la Comunidad Internacional, pues sólo ellos pueden ejercerlo, o en su caso delegarlo, siempre se permita tal delegación por el derecho interno y por el DIP.

Concretamente, en el nivel de los Estados, la competencia generalmente reconocida para celebrar tratados recae en los órganos del Poder Ejecutivo, específicamente en los jefes de Estado, jefes de gobierno, ministros de relaciones exteriores y embajadores o representantes plenipotenciarios. Se descarta, por lo tanto, una intervención directa de otro poder del Estado en la celebración de los tratados y en lo que respecta a la posibilidad de

comprometer internacionalmente la voluntad del Estado en asumir derechos u obligaciones.

En el caso peruano, constitucionalmente está fuera de dudas que es el Presidente de la República el encargado de conducir las relaciones internacionales y representar internacionalmente al Estado para la asunción de derechos y obligaciones. Si bien las disposiciones constitucionales, e incluso legales, son sumamente escuetas, por lo que, en más de una ocasión, nos veremos en la necesidad de recurrir a la práctica administrativa e incluso jurisprudencial respecto de la competencia para celebrar o ratificar tratados.

2.2.1 Competencias de Presidente de la República

Entre las funciones que, históricamente, la Constitución confiere al presidente de la República, destacan aquellas relativa a la conducción de las relaciones internacionales y la celebración de tratados internacionales. Así, el artículo respectivo del citado texto, a la letra dice:

Artículo 118°. Corresponde al Presidente de la República:

1. Cumplir y hacer cumplir la Constitución y los tratados, leyes y demás disposiciones legales.
2. Representar al Estado, dentro y fuera de la República. [...]

11. Dirigir la política exterior y las relaciones internacionales; y celebrar y ratificar tratados.
12. Nombrar embajadores y ministros plenipotenciarios, con aprobación del Consejo de Ministros, con cargo de dar cuenta al Congreso.

En la estructura de poder que diseñó el derecho constitucional peruano, el presidente de la República cumple la doble función de ser jefe de Estado (art 110°. - El Presidente de la República es el Jefe del Estado y personifica a la Nación.) y a su vez jefe de Gobierno. Al ser un sistema de presidencialismo atenuado o semi presidencialismo, no se desdoblan ambas funciones, ni pueden ser asumidas por dos personas o funcionarios distintos. El Presidente de la República tiene libertad para nombrar o remover al Presidente del Consejo de Ministros (art 122°), aun cuando éste, luego de nombrado, debe

presentarse ante el Congreso y someterse a una votación que le otorga la confianza (cuestión de confianza, art. 130°).

Por lo tanto, discrecionalmente, el presidente de la República, como cabeza del Poder Ejecutivo, conduce las relaciones exteriores y tiene la iniciativa en la negociación, adopción y suscripción de los tratados internacionales.

La voluntad convencional del Estado, por mandato constitucional, se forma en la máxima instancia del Poder Ejecutivo, por cuanto la Constitución de 1993 establece en el numeral 11 de su artículo 118° que corresponde al Presidente de la República “dirigir la política exterior y las relaciones internacionales; y celebrar y ratificar tratados.” Ningún otro poder del Estado posee iniciativa convencional, esto es, la capacidad de iniciar la negociación, adoptar y suscribir tratados internacionales.

Hay que tener en cuenta que el artículo 7.2 de la CV69, recogiendo lo que ha sido la costumbre internacional, considera que representan al Estado, sin necesidad de exhibir plenos poderes, determinados altos funcionarios del Poder Ejecutivo, estos son : el jefe de Estado, el jefe de gobierno, el ministro de relaciones exteriores, “para la ejecución de todos los actos relativos a la celebración de un tratado” ; los jefes de misión diplomática (embajadores o ministros plenipotenciarios acreditados), “para la adopción del texto de un tratado entre el Estado acreditante y el Estado ante el cual se encuentran acreditados”; así como “los representantes acreditados por los Estados ante una conferencia internacional o ante una organización internacional o uno de sus órganos, para la adopción del texto de un tratado en tal conferencia, organización u órgano”.

En el caso peruano, el presidente de la República es el jefe del Estado y personifica a la nación, a tenor de lo dispuesto por el artículo 110 de la CP93. Sin embargo, la definición constitucional no es precisa. En el sistema peruano el presidente de la república es el jefe del Estado y es también el jefe de gobierno, en él concurren ambas funciones. La figura del primer ministro en el sistema jurídico político peruano es una figura atípica (o si se prefiere, ambigua), pues en apariencia tendría las funciones de jefe de gobierno, sin

embargo, ni la constitución le asigna dicha función ni la práctica política se la reconoce.

El primer ministro es un *primus inter pares* cuyas funciones políticas son de coordinación, pues su nominación depende de la exclusiva voluntad del presidente de la república, sin que deba cumplir más requisitos que los exigidos para un ministro de Estado (ser peruano de nacimiento y mayor de 25 años, CP93 art. 124), aun cuando la constitución le confiere la potestad de proponer al presidente de la república el nombramiento y remoción de los demás ministros (CP93 art. 122), o cuando los actos de control parlamentario (voto de confianza, voto de censura o moción de confianza, CP93 arts. 130, 132 y 133) que afecten al primer ministro ocasionen, por mandato constitucional, la crisis total del gabinete y obligan a renunciar a todos sus integrantes. Esas atribuciones no lo convierten en jefe de gobierno, por lo que el primer ministro, quien a partir de la Constitución de 1993 puede ser ministro sin cartera (CP93 art.123), solo ocupa una posición ministerial preeminente pero no la jefatura de gobierno.

Por lo tanto, en el sistema político peruano, los atributos de jefe del Estado y de jefe de gobierno, concurren en la institución del presidente de la República.

En lo relativo a la dirección de la política exterior, el presidente de la República, como cabeza del Poder Ejecutivo, decide el reconocimiento de Estados, el establecimiento de relaciones diplomáticas, el nombramiento de embajadores, la negociación y suscripción de tratados y la denuncia o retiro de los mismos, y ejerce la representación del Estado en los negocios internacionales, la misma que puede delegar en los representantes internacionalmente aceptados y reconocidos como tales (ministro de Relaciones Exteriores, embajadores y representantes permanentes), o en otros funcionarios (ministros o viceministros de Estado), a los que debe otorgar plenos poderes.

2.2.2 Competencias del Consejo de Ministros (CP93 arts. 120° y 126°)

El Consejo de Ministros no tiene un papel adecuadamente definido en el texto constitucional ni en los textos legales, respecto de su participación en las

relaciones exteriores y en la negociación, adopción y suscripción de los tratados internacionales. Sobre la atribución presidencial de “celebrar y ratificar tratados”, no existe un correlato normativo de la necesidad que tales actos cuenten con la aprobación del Consejo de Ministros, de hecho, la aprobación de los tratados no se somete al voto del Consejo de Ministros. Es una atribución personalísima del presidente de la República que, llegado el momento, solo puede exteriorizar o materializar con refrendo ministerial del presidente del Consejo de Ministros (art. 123°, numeral 3) o de un ministro (art. 120°), que usualmente es el ministro de Relaciones Exteriores.

En todo caso, la práctica peruana sobre los actos de carácter normativo del presidente de la República, y la celebración o ratificación de un tratado reviste de tales características, ha sido contar con el refrendo ministerial de tales actos. No deja de ser llamativo semejante vacío en la Constitución y en la Ley orgánica del Poder Ejecutivo.

Respecto a la representación ministerial, hay también una gran diferencia entre las disposiciones que consagró Viena hace más de medio siglo y el funcionamiento actual del poder ejecutivo, al menos en el caso peruano.

Diferentes ministerios tienen, por su ley de creación, la capacidad de proponer o negociar tratados internacionales en materias de su competencia; sin embargo, dentro del Poder Ejecutivo la entidad encargada de la gestión de lo relativo a los tratados internacionales es el Ministerio de Relaciones Exteriores, de acuerdo a su ley orgánica⁷⁵:

Artículo 5.- Funciones rectoras

El Ministerio de Relaciones Exteriores ejerce las funciones rectoras, respecto de otros niveles de gobierno en todo el territorio nacional y en el ámbito internacional, conforme a la Constitución Política del Perú, en las siguientes materias:

[...] 6. Negociar y suscribir tratados y demás instrumentos internacionales, así como participar en las negociaciones de aquellos de naturaleza especializada en coordinación con los sectores competentes.

⁷⁵ Ley N° 29357, Ley de organización y funciones del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 12 de mayo de 2009.

Ninguna disposición legal o reglamentaria establece cual es el proceso que sigue la formación de la voluntad convencional al interior del Poder Ejecutivo, y como queda dicho algunos ministerios tienen competencias específicas en cuanto a la capacidad de proponer la negociación de los textos, pero la calificación del tipo de tratado y el mecanismo interno de perfeccionamiento que le corresponde es labor específica y exclusiva de la Dirección General de Tratados del Ministerio de Relaciones Exteriores.⁷⁶

2.2.3 Competencias del Ministerio de Relaciones Exteriores

El ministro de Relaciones Exteriores es generalmente considerado, en los usos diplomáticos e internacionales, como representante plenipotenciario del Estado, revestido de autoridad suficiente para comprometer la voluntad internacional del Estado en obligarse por medio de la suscripción de tratados internacionales. Así lo reconoce la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de 23 de mayo de 1969, en el artículo 7. 2.a.

La constitución del Estado no es el lugar adecuado para definir las atribuciones de cada ministerio, lo que usualmente hacen las leyes de creación de dichas entidades. En el caso peruano, la Ley de organización y funciones del Ministerio de Relaciones Exteriores (Ley N°29357) establece las competencias del MRE respecto de la política exterior y las relaciones internacionales (art 4, literales a y b), y la función rectora para “negociar y suscribir tratados y demás instrumentos internacionales, así como participar en las negociaciones de aquellos de naturaleza especializada, en coordinación con los sectores competentes” (art. 5, numeral 6).

De la lectura de las funciones que la ley califica como “rectoras” se desprende que la función del Ministerio de Relaciones Exteriores sigue un orden lógico que va de formular la política exterior y representar al Estado a ser el agente

⁷⁶ **Artículo 129°.** - **De las Funciones de la Dirección General de Tratados**

Son funciones específicas de la Dirección General de Tratados:

- a) Formular, proponer y evaluar las normas y lineamientos técnicos para la adecuada suscripción, perfeccionamiento interno y registro de los tratados y demás instrumentos internacionales que suscriba el Perú.

encargado de la negociación y suscripción de los tratados. Sin embargo, en lo que se refiere a la negociación y suscripción de tratados, el Ministerio de Relaciones Exteriores tiene, desde el año 2002, una responsabilidad subsidiaria en lo relativo a las negociaciones y los acuerdos de carácter comercial, pues legalmente esa atribución corresponde al Ministerio de Comercio Exterior y Turismo – MINCETUR, que está facultado por su ley de creación (Ley N° 27790) a intervenir en los asuntos internacionales relativos al comercio exterior y la integración.

No obstante, las funciones que la Ley orgánica del Ministerio de Relaciones Exteriores confiere a dicha repartición pública, delimita el radio de acción en las negociaciones y la representación internacional del Estado.

Artículo 6.- Funciones específicas

El Ministerio de Relaciones Exteriores garantiza su operatividad mediante las siguientes funciones:

2. Dictar las normas y lineamientos técnicos para la adecuada suscripción, perfeccionamiento interno y registro de los tratados y demás instrumentos internacionales, así como supervisar su cumplimiento. [...]

6. Nombrar y acreditar a las personas que desempeñan funciones oficiales en el extranjero en el Servicio Exterior, en las representaciones permanentes y en las misiones especiales. Acreditar, cuando corresponda, a las delegaciones que participan en conferencias internacionales. Se excluyen a las delegaciones que participen en las conferencias financieras internacionales. [...]

12. Contribuir a la ejecución y cumplimiento de los tratados y demás instrumentos internacionales de los que el Perú es y sea parte. [...]

18. Representar al Estado y participar en las negociaciones internacionales en el ámbito de su competencia.

19. Ejercer, a través del servicio exterior, las funciones previstas en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, así como, cuando corresponda, en los acuerdos y convenios constitutivos de los organismos internacionales en coordinación con los sectores competentes. [...]

24. Mantener el registro y archivo únicos de los tratados y demás instrumentos internacionales suscritos por el Perú.

El MRE tiene funciones rectoras en materia de tratados, razón por la cual, si no participa directamente en la negociación y suscripción de tratados, tiene al menos un papel de coordinación con las entidades competentes para celebrar determinado tipo de acuerdos (MINCETUR, MEF, MINAM) que implica su participación activa en la negociación, la capacidad de dictar normas relativas a la negociación y suscripción de tratados,⁷⁷ y si bien no posee lo que podríamos

⁷⁷ Como es el caso de la Resolución Ministerial N° 0231/RE de 6 de marzo de 2013, Directiva N° 002-DGT/RE-2013, "Lineamientos Generales Internos sobre la suscripción,

llamar una competencia exclusiva de contratación internacional, pues otras reparticiones públicas han adquirido esa capacidad (lo que es una tendencia mundial desde fines del pasado siglo), no ha perdido la exclusividad de ciertas facultades o atribuciones indispensables como la emisión de los plenos poderes, la acreditación de los representantes del Estado en conferencias internacionales, la calificación de los tratados, la tramitación interna de la aprobación de los tratados, así como el registro y archivo de los mismos.

2.2.4 Competencias de los restantes Ministerios

a) Las competencias del Ministerio de Comercio Exterior, Turismo y Negociaciones Comerciales Internacionales – MINCETUR

El MINCETUR es competente en la negociación y suscripción de tratados de libre comercio (TLC) así como en los acuerdos recíprocos de protección de inversiones (APRIS), siempre que el contenido de dichos acuerdos no incluya algún tema de la lista positiva de materias reservadas a la aprobación del poder legislativo (CP93 Art. 56°).

En la práctica el MINCETUR asumió desde su creación la negociación de los tratados de libre comercio (TLCs) que el Perú ha suscrito desde entonces, como es el caso de los acordados, entre otros, con los Estados Unidos de América, Chile, China o la Unión Europea.

Artículo 5.- Funciones

Son funciones del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo:

5. Negociar, suscribir y poner en ejecución los acuerdos o convenios internacionales en materia de comercio exterior, integración, cooperación económica y social y otros en el ámbito de su competencia: Asimismo, es responsable de velar por el cumplimiento de dichos acuerdos tanto en el ámbito nacional como en el internacional; y difundir los acuerdos comerciales suscritos, así como las negociaciones en proceso.

A través de estos dos órganos, Ministerio de Relaciones Exteriores y Ministerio de Comercio Exterior y Turismo, el Poder Ejecutivo negocia y suscribe

perfeccionamiento interno y registro de los Tratados”, que en su artículo 1° establece que tiene “el fin de orientar a las entidades de la Administración Pública para la ejecución eficaz y oportuna de los procedimientos relacionados con la suscripción, el perfeccionamiento interno y el registro de los tratados y demás instrumentos internacionales que suscriba el Estado peruano.”

tratados, como ha sido el caso de los numerosos “Acuerdos de protección recíproca de inversiones” que el Perú ha suscrito desde la década de 1990.⁷⁸

Por lo tanto, conjuntamente con el MRRE, el MINCETUR es uno de los principales órganos del Poder Ejecutivo para la negociación y suscripción de tratados.

b) Las competencias del Ministerio de Economía y Finanzas – MEF

El MEF es competente en la contratación de empréstitos internacionales, en los acuerdos de endeudamiento y en aquellos convenios sobre doble tributación. El ministro de Economía y Finanzas usualmente representa al Estado en los acuerdos internacionales que implican la asunción de obligaciones financieras, las que una vez concertadas, requiere la aprobación del Poder Legislativo (CP93 Art. 56° numeral 4) antes de ser ratificadas por el presidente de la República. Para actuar en el ámbito internacional el ministro de Economía y Finanzas requiere del otorgamiento de plenos poderes.

c) Las competencias del Ministerio de Defensa – MINDEF

El MINDEF es competente para todos los acuerdos de defensa y cooperación militar.⁷⁹ Todos los aspectos relativos a la soberanía, dominio o integridad del Estado, así como aquellos que atañen a la defensa nacional, requerirán aprobación del poder legislativo para su ratificación (CP93 Art. 56° numerales 1 y 3) . Corresponde al MINDEF:

Artículo 6.- Funciones específicas

Son funciones específicas del Ministerio de Defensa:

⁷⁸ Los Estados con los que el Perú ha firmado APRIs son los siguientes: en América del Sur: Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Paraguay y Venezuela; en América Central y el Caribe: Cuba y El Salvador; en Oceanía: Australia; en Asia: China, Malasia, Singapur y Tailandia; y en Europa: Alemania, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Italia, Noruega, Países Bajos, Portugal, Reino Unido, República Checa, Rumania, Suecia y Suiza.

⁷⁹ Decreto Legislativo N° 1134, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Defensa, de 9 d diciembre de 2012.

[...] 7) Promover el fortalecimiento de las relaciones internacionales en materia de Seguridad y Defensa Nacional, en coordinación con el Ministerio de Relaciones Exteriores.

[...] 25) Contribuir a la consolidación y mantenimiento de la paz internacional.

26) Suscribir Convenios Nacionales e Internaciones en el ámbito de su competencia, de acuerdo a la normatividad vigente.

27) Formular los lineamientos del sector en materia de cooperación internacional.

El ministro de Defensa, para actuar internacionalmente en la adopción de tratados, requiere de la emisión de plenos poderes.

d) Las competencias del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos – MINJUS

El MINJUS tiene competencia para suscribir los acuerdos de derechos humanos y de derecho internacional humanitario. En estos casos serán, por su naturaleza, acuerdos que requerirán de la aprobación previa del poder legislativo antes de su ratificación, pues son materias reservadas por la constitución a la aprobación legislativa (CP93 Art. 56° numeral 1). En los restantes tratados que suscriba el MINJUS, por ejemplo, los relativos a extradiciones,⁸⁰ estaremos frente a tratados de naturaleza puramente ejecutiva que se suscribirán de acuerdo a los plenos poderes que se otorguen.

e) Las competencias de los restantes ministerios

Las demás reparticiones públicas pueden ser autorizadas a negociar y suscribir tratados, para lo que deben seguir las directivas sobre otorgamiento de plenos poderes que ha dictado el MRE y circunscribirse a las materias de carácter ejecutivo, que podrá suscribir directamente en representación del Estado.

⁸⁰ Ley N° 29809, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, de 5 de diciembre de 2011.

Artículo 7. Funciones específicas

Son funciones específicas del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos: [...]

n) Intervenir, conforme a las normas de la materia, en los procedimientos de extradición y otros actos de cooperación judicial internacional.

2.3 La representación internacional del Estado

2.3.1 La denominación del Estado

En el ordenamiento jurídico peruano, ninguna norma precisa cual es el nombre oficial del Estado. La denominación usual del Estado en los tratados internacionales es “República del Perú”, y generalmente el Presidente de la República o el ministro de Relaciones Exteriores firman en su nombre. En otros casos se ha empleado la fórmula “Gobierno del Perú”, que no parece ser la más adecuada, pues las obligaciones las asume el Estado, no el gobierno de turno.

Respecto del “nombre oficial” caben precisiones. La propia Constitución política de 1993, al igual que la precedente de 1979 se denominan “Constitución Política del Perú”, pero en su articulado todas las referencias son a la República del Perú, sin que se consigne literalmente cual es el nombre oficial del Estado. Así, el artículo 43° dice “La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana”, y el artículo 49° “La capital de la República del Perú es la ciudad de Lima.”

Las normas nacionales relativas a tratados se han referido al “Estado Peruano”, como es el caso de la Ley N° 26647, “Establecen normas que regulan actos relativos al perfeccionamiento nacional de los Tratados celebrados por el Estado Peruano”, de 28 de junio de 1996; o la disposición contenida en los Artículos 1° y 2° del Decreto Supremo N° 031-2007-RE, “Adecuan normas nacionales sobre el otorgamiento de Plenos Poderes al derecho internacional contemporáneo”, de 21 de mayo de 2007; al igual que lo establecido en los considerandos y en el artículo 1° de la Resolución Ministerial N° 0115/RE de 4 de febrero de 2013, que aprueba la Directiva N° 001-DGT/RE-2013, “Lineamientos Generales Internos sobre la suscripción, perfeccionamiento interno y registro de los Tratados”; e igualmente en los considerandos y el artículo 1° de la Resolución Ministerial N° 0231/RE de 6 de marzo de 2013, que aprueba la Directiva N° 002-DGT/RE-2013, “Lineamientos Generales Internos sobre la suscripción, perfeccionamiento interno y registro de los Tratados”. Esta última norma, al referirse a los “Acuerdos Interinstitucionales”, establece como

limitación que **“no pueden comprometer obligaciones a nombre del Estado peruano ni celebrarse a nombre de este”**, y que sus textos serán suscritos **“sin incluir menciones al** “Gobierno peruano”, al “Estado peruano” o a la “República del Perú”, como Sujeto de Derecho Internacional involucrado en tal acuerdo”. (énfasis y subrayado en el original)

Por lo cual, haciendo una interpretación *contrario sensu* de la prohibición precitada, tendríamos que los acuerdos internacionales por los que el Estado se obliga, serán suscritos a nombre de la “República del Perú”, el “Estado peruano” o el “Gobierno peruano”.

La práctica más generalizada es que el título del tratado consigne “República del Perú”, aun cuando luego el texto del mismo se refiera indistintamente a la “República del Perú”⁸¹, al “Gobierno del Perú”, al “Gobierno de la República del Perú”⁸², o más escuetamente “el Perú” o simplemente “Perú”⁸³.

2.3.2 Nombramiento de los representantes del Estado (LOFMRE art. 5.6)

⁸¹ En el caso de los más recientes tratados comerciales, tenemos que se emplea “República del Perú” en el Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico; en el Acuerdo de Libre Comercio entre la República del Perú y Australia; en el Acuerdo de Profundización económico y comercial entre la República del Perú y la República Federativa de Brasil; en el Tratado de Libre Comercio Perú – Canadá; en el Acuerdo de Libre Comercio entre la República del Perú y los Estados AELC (Asociación Europea de Libre Comercio); en el Tratado de Libre Comercio entre la República del Perú y la República de Honduras; en el Acuerdo de Asociación Económica entre el Perú y Japón; en el Acuerdo de Integración Comercial Perú – México; en el Acuerdo Comercial entre el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, por una parte, y la República de Colombia, la República del Ecuador y la República del Perú, por la otra; y en el Acuerdo de Alcance Parcial de Naturaleza Comercial entre la República del Perú y la República Bolivariana de Venezuela.

⁸² Se ha usado “Gobierno de la República del Perú”, en el Acuerdo de Libre Comercio entre Perú y Chile; en el Tratado de Libre Comercio entre el Perú y China; en el Acuerdo de Libre Comercio entre el Perú y Corea del Sur; en el Acuerdo de Libre Comercio Perú – Costa Rica; en el Acuerdo de Promoción Comercial Perú – EEUU; en el Tratado de Libre Comercio Perú – Guatemala; en el Acuerdo de Complementación Económica entre Perú y los Estados Parte del MERCOSUR; en el Acuerdo de Libre Comercio Perú – Panamá; en el Tratado de Libre Comercio Perú – Singapur; y en el Acuerdo Marco para una Asociación Económica más cercana entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno del Reino de Tailandia.

⁸³ Y se ha empleado “el Perú” o únicamente “Perú”, en el Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (CPTPP, que sustituyó al Acuerdo de Asociación Transpacífico); y en el Acuerdo Comercial entre Perú y la Unión Europea.

La representación internacional del Estado es competencia del Ministerio de Relaciones Exteriores, que la ejerce a través del Servicio Diplomático de la República. El MRE como entidad responsable de la política exterior y las relaciones internacionales (Art. 4.- Ámbito de competencia, literales a y b) es competente, de acuerdo a su Ley de organización y funciones (Ley N° 29357) para ejercer las funciones rectoras “respecto de otros niveles de gobierno en todo el territorio nacional y en el ámbito internacional” (Art. 5.- Funciones rectoras) y le corresponde “Representar permanentemente al Estado en el ámbito internacional a través del Servicio Exterior y del Servicio Diplomático de la República” (numeral 2).

En tal sentido, son funciones del Servicio Diplomático “representar al Estado ante la comunidad internacional” y “conducir las negociaciones internacionales del Estado y concertar los tratados en coordinación con los demás sectores de la administración pública”, de conformidad con lo dispuesto por la Ley N° 28091, Ley del Servicio Diplomático de la República, de 19 de octubre de 2003, modificada por la Ley N° 29381 de 20 de enero de 2009, artículo 3°, literales c y f.

En concordancia con la atribución constitucional que tiene el presidente de la República de dirigir la política exterior y nombrar a los embajadores y ministros plenipotenciarios (CP93 art. 118°, numerales 11 y 12), corresponde al MRE como función específica “nombrar y acreditar a las personas que desempeñan funciones oficiales en el extranjero en el Servicio Exterior, en las representaciones permanentes y en las misiones especiales” (LOFMRE art. 6° Funciones específicas, numeral 6), por lo que, la función propia de representación que ejerce el Servicio Diplomático (LSDR art. 3.c), que ejercen los Jefes de misión (art. 27°), o en su ausencia los Encargados de negocios *ad interim* (art. 29°), además del nombramiento respectivo de acuerdo a ley, debe contar con la correspondiente acreditación inherente a la función, que dentro del MRE corresponde gestionar a la Dirección General de Protocolo y Ceremonial del Estado, a través de la Dirección de Ceremonial, la que debe “elaborar las credenciales y los plenos poderes que otorgan el Jefe de Estado y el Ministro de Relaciones Exteriores a los Jefes de Misión, a las Misiones Especiales y a las Delegaciones peruanas a reuniones internacionales” (ROF

MRE art. 133, literal j). Las Embajadas y las Representaciones Permanentes ante Organismos Internacionales ejercen una función de representación del Estado y podrán realizar negociaciones de acuerdo a las instrucciones que reciban del MRE (ROF MRE arts. 136°, literales a y d, y 137° literales a y c).⁸⁴

2.3.3 Plenos poderes

En el Perú, la representación plena del Estado ante los demás sujetos de derecho internacional, de acuerdo con el derecho interno y el derecho internacional público, la tienen únicamente dos funcionarios, el presidente de la República, que en el Perú es simultáneamente jefe de Estado y jefe de gobierno, y el ministro de Relaciones Exteriores. Los embajadores, ministros plenipotenciarios y representantes permanentes tendrán, de acuerdo al derecho interno y el derecho internacional público, representación plena ante el

⁸⁴ Artículo 136°. - De las Embajadas

Las embajadas son órganos del servicio en el exterior que dependen orgánicamente del Despacho Viceministerial y funcionalmente de los órganos de línea en función a las materias que sean de su competencia.

Son responsables de ejecutar la política exterior y de promover y defender los intereses del Estado y de las personas naturales y jurídicas nacionales en el extranjero, mediante su gestión en los ámbitos político, diplomático, económico, financiero, comercial, cultural, social y humanitario.

Son funciones de las Embajadas en el exterior:

- a) Representar al Estado peruano ante el Estado receptor. [...]
- d) Negociar con el gobierno del Estado ante el cual están acreditadas, de acuerdo a las instrucciones impartidas por la Alta Dirección o los órganos de Línea según corresponda.

Artículo 137°. De las Representaciones Permanentes ante los Organismos Internacionales

Las Representaciones Permanentes ante los Organismos Internacionales son órganos del servicio exterior que dependen orgánicamente del Despacho Viceministerial y funcionalmente de la Dirección General para Asuntos Multilaterales y de los órganos de línea respecto de las materias que sean de su competencia. Son responsables de ejecutar la política exterior en el marco de las organizaciones y organismos internacionales, así como de promover y defender los intereses del Estado en ese ámbito.

Son funciones de las Representaciones Permanentes ante los Organismos Internacionales:

- a) Representar al Estado peruano ante la organización internacional en la cual se encuentra acreditada.
- b) -
- c) Negociar con los Estados miembros en el marco de la organización internacional ante la cual está acreditada, de acuerdo a las instrucciones impartidas por la Cancillería.

Estado u Organización Internacional ante el cual estén debidamente acreditados y en funciones.

Cualquier otro funcionario a quien el derecho interno conceda la representación internacional del Estado, requerirá ser acreditado como tal y se le deben extender los plenos poderes correspondientes por el Ministerio de Relaciones Exteriores, para que pueda actuar en el ámbito internacional expresando la voluntad del Estado en obligarse por medio de un tratado.

La CV69 establece en su artículo 7° las reglas relativas a la representación del Estado en la suscripción de tratados internacionales. Esencialmente atribuye a cuatro categorías de funcionarios lo que podríamos denominar la “plenipotencia implícita”: los jefes de Estado, los jefes de gobierno, los ministros de relaciones exteriores, y los embajadores. Al no existir en el sistema jurídico político peruano la figura del jefe de gobierno (el primer ministro es una suerte de primero entre iguales, que coordina la labor del Consejo de Ministros, pero es designado y removido libremente por el jefe de Estado), dicha categoría funcional no tiene cabida en nuestro sistema y al primer ministro no se le presume plenipotenciario ni está facultado para comprometer la voluntad internacional del Estado, salvo que sea simultáneamente ministro de Relaciones Exteriores.

Lo que se denomina en la práctica internacional y diplomática “plenos poderes”, consiste en la facultad de representación de un funcionario para que celebre o suscriba un acuerdo en nombre de su Estado, cuando dicho acto no es directamente realizado por los más altos funcionarios cuyos cargos llevan implícita la representación internacional del Estado.

La regulación de los plenos poderes en el sistema jurídico peruano se encuentra recogida en el Decreto Supremo N° 031-2007-RE, “Adecuan normas nacionales sobre el otorgamiento de Plenos poderes al derecho internacional contemporáneo”, de 21 de mayo de 2007. Corresponde a la Dirección General de Tratados del Ministerio de Relaciones Exteriores, “elaborar los proyectos de plenos poderes y las resoluciones supremas respectivas para la acreditación de los representantes del Estado peruano al momento de celebrar un tratado”, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 129, literal d) del Decreto Supremo N°

135-2010-RE, Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Relaciones Exteriores.

En esa línea, el Decreto Supremo N° 031-2007-RE, “Adecuan normas nacionales sobre el otorgamiento de Plenos Poderes al derecho internacional contemporáneo”, de 21 de mayo de 2007, establece una definición de plenos poderes:

Artículo 1° . - Definición de Plenos Poderes

Para los efectos del presente decreto supremo, se entiende por plenos poderes el documento emanado del presidente de la República con el refrendo del Ministro de relaciones Exteriores, por el que se designa a una persona para representar al Estado Peruano en la suscripción de un tratado con otro Estado u organización internacional [...].

La definición de la norma nacional es bastante restrictiva, nominalmente, pues se limita a conferir los plenos poderes a una persona y únicamente para la suscripción (debe entenderse la firma, o eventualmente la ratificación), en comparación con la contenida en la CV69, que considera que los plenos poderes pueden ser otorgados para los distintos actos del proceso de celebración de los tratados y para la expresión del consentimiento definitivo del Estado en obligarse por medio del tratado.⁸⁵ El carácter singular de los plenos poderes en la legislación peruana se ve confirmado por lo dispuesto en la Directiva N° 001-DGT/RE-2013, y Directiva N° 002-DGT/RE-2013 antes citadas.

1.4.2 Plenos Poderes

a. Autorización del Presidente de la República para que una persona pueda suscribir, en representación del Estado Peruano, un tratado, convenio o acuerdo internacional con otro Estado, organización internacional o Sujeto de Derecho Internacional con capacidad para ello.

⁸⁵ CV69, Artículo 2. Términos empleados

1. Para los efectos de la presente Convención:
 - c) Se entiende por “plenos poderes” un documento que emana de la autoridad competente de un Estado y por el que se designa a una o varias personas para representar al Estado en la negociación, la adopción o la autenticación del texto de un tratado, para expresar el consentimiento del estado en obligarse por un tratado, o para ejecutar cualquier otro acto con respecto a un tratado.

En esta ocasión encontramos mayores diferencias con otras normas nacionales sobre la materia. La norma mexicana⁸⁶ y la boliviana⁸⁷ coinciden en la amplitud de la representación “en cualquier acto relativo a la celebración de tratados”, empleando una fórmula más general y coincidente con la CV69; en tanto la norma española⁸⁸ sigue la línea enumerativa de Viena. Las tres normas nacionales citadas entienden que los plenos poderes pueden ser conferidos a una o varias personas, lo que también concuerda con la disposición de la CV69.

Otra característica de la norma peruana, que la diferencia de sus homólogas, es la extrema especificidad de la concesión de los plenos poderes, que sólo pueden emanar del jefe de Estado, lo que tendría que entenderse como un desarrollo normativo que sigue rigurosamente la disposición constitucional del Artículo 118°, numeral 11, que establece como competencia del Presidente de la República: “Dirigir la política exterior y las relaciones internacionales; y celebrar y ratificar tratados”. En ese sentido, la práctica peruana sigue estrictamente dichas disposiciones, cuando el jefe de Estado, o el ministro de Relaciones Exteriores, no es quien firma o ratifica un tratado.⁸⁹

⁸⁶ Ley sobre la celebración de tratados, de 2 de enero de 1992. Artículo 2°. Para los efectos de la presente Ley se entenderá por:

VI. “Plenos Poderes”: el documento mediante el cual se designa a una o varias personas para representar a los Estados Unidos Mexicanos en cualquier acto relativo a la celebración de tratados.

⁸⁷ Ley N° 401, Ley de celebración de tratados, de 8 de septiembre de 2013. Artículo 6 (DEFINICIONES). A los fines de la presente Ley se aplican las siguientes definiciones:

[...] **I) Plenos Poderes.** Documento mediante el cual se designa a una o varias personas para representar al estado Plurinacional de Bolivia en cualquier acto relativo a la Celebración de Tratados.

⁸⁸ Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales (BOE de 28 de noviembre de 2014). Artículo 2. Definiciones.

A los efectos de esta ley se entiende por:

e) “plenipotencia” o “plenos poderes”: documento que acredita a una o varias personas para representar a España en la negociación, adopción o autenticación del texto de un tratado internacional, para expresar el consentimiento en obligarse por este o para ejecutar cualquier otro acto con respecto a un tratado.

⁸⁹ La legislación peruana reconoce la plenipotencia explícita del jefe de estado y de Ministro de Relaciones Exteriores. El Decreto Supremo N° 031-2007-RE establece en su Artículo 2°. El otorgamiento de plenos poderes es indispensable para que un representante del estado peruano suscriba un tratado, salvo el caso del Presidente de la República y el Ministro de relaciones Exteriores, quienes de conformidad con el Derecho Internacional, no requieren pleno poderes. En concordancia, la Directiva N° 001-DGT/RE-2013 establece en el numeral 2.3.1. El

A título ilustrativo, han sido suscritos por el presidente de la República, el Tratado constitutivo de la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR), de 23 de mayo de 2008; y el Acuerdo Constitutivo de la Alianza del Pacífico, de 6 de junio de 2012.

Encontramos en la práctica convencional reciente numerosos acuerdos que han sido firmados por el ministro de Relaciones Exteriores, en su calidad de plenipotenciario reconocido como tal por el derecho internacional;⁹⁰ en representación del Estado Peruano, el ministro de Comercio Exterior, con la previa emisión de plenos poderes por el presidente de la República, ha firmado numerosos tratados de carácter comercial.⁹¹ El ministro de Relaciones

Presidente de la República y el Ministro de Relaciones Exteriores no requieren plenos poderes, de conformidad con el Derecho Internacional.

⁹⁰ El Convenio entre la República del Perú y el Gobierno de la República de Bolivia sobre promoción y protección de inversiones, de 30 de julio de 1993 (El tratado fue firmado, de parte del Perú, por el ministro de Relaciones Exteriores, que a su vez desempeñaba el cargo de primer ministro. Como ha quedado dicho, el primer ministro en el Perú no es jefe de gobierno, por lo que, en el presente caso, estaba habilitado para representar al país en función de ejercer simultáneamente el cargo de ministro de Relaciones Exteriores); el Convenio entre la República del Perú y la República del Paraguay sobre promoción y protección recíproca de inversiones, de 31 de enero de 1994; el Convenio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República Popular China sobre promoción y protección recíproca de inversiones, de 9 de junio de 1994; el Convenio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República Argentina sobre promoción y protección recíproca de inversiones, de 10 de noviembre de 1994; el Acuerdo entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República de El Salvador para la promoción y protección recíproca de las inversiones, de 13 de junio de 1996; el Convenio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República del Ecuador sobre la promoción y protección recíproca de inversiones, de 7 de abril de 1999; el Protocolo modificatorio adicional al Convenio sobre promoción y protección recíproca de inversiones entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República de Colombia, de 7 de mayo de 2001; el Acuerdo Marco para una Asociación Económica más Cercana entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno del Reino de Tailandia, de 17 de octubre de 2003; el Protocolo entre la República del Perú y el Reino de Tailandia para acelerar la liberalización del comercio de mercancías y la facilitación del comercio, de 19 de noviembre de 2005; el Acuerdo de cooperación en materia de intercambio educativo, y el Convenio Marco de cooperación en materia social, ambos entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela, de 7 de enero de 2012.

⁹¹ El Convenio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno del Reino de Tailandia sobre promoción y protección de inversiones, de 15 de noviembre de 1991 (El actual Ministerio de Comercio Exterior y Turismo, en ese momento era parte del Ministerio de Industria, Comercio, Turismo e Integración); el Acuerdo de Promoción Comercial (APC) Perú – EE.UU., de 12 de abril de 2006; el Tratado de Libre Comercio (TLC) Perú – Singapur, de 29 de mayo de 2008; el Tratado de Libre Comercio entre el Perú y China, de 28 de abril de 2009; el Acuerdo de Libre Comercio (ALC) entre el Perú y Corea, de 21 de marzo de 2011; el Acuerdo de Integración Comercial Perú – México, de 6 de abril de 2011; el Tratado de Libre Comercio Perú – Panamá de 25 de mayo de 2011; el Tratado de Libre Comercio Perú – Costa Rica, de 26 de mayo de 2011; el Acuerdo de Asociación Económica entre el Perú y Japón, de 31 de mayo de 2011; el Tratado de Libre Comercio Perú – Guatemala, de 6 de diciembre de 2011; el Acuerdo de alcance parcial de naturaleza comercial entre la República del Perú y la República

Exteriores y el ministro de Comercio Exterior han firmado conjuntamente, en representación del Estado Peruano el Acuerdo de Libre Comercio (ALC) entre Perú y Chile, suscrito el 22 de agosto de 2006.

De igual manera, ha suscrito compromisos internacionales el embajador del Perú acreditado ante un gobierno extranjero, o el representante permanente ante una organización internacional.⁹² En otros casos, el Viceministro de Relaciones Exteriores, u otro viceministro, han sido comisionados para la suscripción de tratados internacionales.⁹³

Las cuestiones procedimentales sobre la emisión de plenos poderes se encuentran recogidas en la Resolución Ministerial N° 0115/RE de 4 de febrero de 2013, que aprueba la Directiva N° 001-DGT/RE-2013 “Lineamientos Generales Internos sobre la suscripción, perfeccionamiento interno y registro de los Tratados”, y la Resolución Ministerial N° 0231/RE de 6 de marzo de 2013, que aprueba la Directiva N° 001-DGT/RE-2013 “Lineamientos Generales sobre la suscripción, perfeccionamiento interno y registro de los Tratados”.

El mencionado DS 031-2007-RE y la Directiva 001-DGT/RE-2013 precisan que los plenos poderes para la celebración de tratados son indispensables para cualquier funcionario “salvo el caso del Presidente de la República y del Ministro de Relaciones Exteriores, quienes de conformidad con el Derecho Internacional, no requieren plenos poderes”, siendo esta disposición

Bolivariana de Venezuela, de 7 de enero de 2012; el Tratado de Libre Comercio Perú – Honduras, de 29 de mayo de 2015; el Acuerdo de Profundización Económico Comercial entre la República del Perú y la República Federativa del Brasil, de 29 de abril de 2016; el Acuerdo de Libre Comercio Perú – Australia, de 12 de febrero de 2018; el Acuerdo Comercial entre el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, por una parte, y la República de Colombia, la República del Ecuador y la República del Perú, por otra (Acuerdo con el Reino Unido), de 15 de mayo de 2019.

⁹² El Acuerdo de Complementación Económica N° 58 (ACE 58) se suscribió entre los Gobiernos de la República Argentina, de la República Federativa del Brasil, de la República del Paraguay y de la República Oriental del Uruguay, Estados Partes del Mercado Común del Sur (MERCOSUR) y el Gobierno de la República del Perú de 30 de diciembre de 2005.

⁹³ El Convenio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República de Venezuela sobre promoción y protección de inversiones, de 12 de enero de 1996; • el Convenio entre la República del Perú y Australia sobre la promoción y protección de inversiones, de 7 de diciembre de 1995, firmado por el Viceministro de Economía Internacional, que entonces dependía del Ministerio de Relaciones Exteriores.

concordante con el artículo 7° de la CV69 que reconoce de suyo la plenipotencia a dichos funcionarios.⁹⁴

El proceso de otorgamiento de plenos poderes se inicia con el requerimiento de una entidad pública, que debe solicitar por escrito a la Dirección General de Tratados del MRE los citados plenos poderes para suscribir un tratado. La solicitud debe ir acompañada de “una copia del proyecto del acuerdo internacional a suscribirse, cuando ello sea factible”, por lo que entendemos que la Directiva se refiere al texto autenticado del proyecto de tratado, en el entendido que la entidad solicitante ha participado de la negociación y adopción del texto sin requerir de plenos poderes. Esto es posible dado que algunas entidades (ministerios) están facultadas por sus leyes orgánicas a participar en negociaciones internacionales sobre materias de su competencia, sin embargo, para comprometer la voluntad internacional del Estado requieren del otorgamiento de plenos poderes que den a sus actos el carácter compromisorio internacional que reclama el derecho internacional público.

El DS 031 – 2007 – RE precisa en su artículo 2° que “el otorgamiento de plenos poderes es indispensable para que un representante del Estado Peruano suscriba un tratado.” Se debe entender el término “suscribir” en sentido lato, que abarca las posibles formas de expresar el consentimiento definitivo del estado en obligarse por medio del tratado, por ejemplo, la firma, la aceptación o la ratificación.

Los plenos poderes se otorgan, o se deben otorgar, con anterioridad a la suscripción de los acuerdos internacionales (firma, aprobación o ratificación, canje de instrumentos), por lo que la precitada Directiva 001-DGT/RE-2013, en el numeral 2.3.4, establece que “deberá indicarse la fecha de suscripción del acuerdo o la fecha probable cuando aún esta no haya sido definida”. El DS 031-2007-RE prescribe en sus artículos 1° y 2° las formalidades de los plenos poderes, que serán otorgados a través de una Resolución Suprema y constarán en un documento escrito (diploma) que llevará la firma del Presidente de la República y el refrendo (rúbrica) del Ministro de Relaciones

⁹⁴ Artículo 2° del DS 031-2007-RE y Disposiciones 1.5.4 y 2.3.1 de la Directiva 001-DGT/RE-2013.

Exteriores, textos que “deberán ser precisos en cuanto a la denominación oficial del tratado o tratados que les da origen”.

La disposición reglamentaria establece en que situaciones no se considera necesario el otorgamiento de plenos poderes y en que etapas de la celebración de los tratados será suficiente la sola representación, sin necesidad de plenos poderes.

Artículo 5°. – Actos distintos a la suscripción de un tratado

Para la realización o el cumplimiento de actos previos a la suscripción de un tratado, o para la ejecución de cualquier otro acto con respecto a un tratado, serán suficientes la autorización, instrucciones y/o credenciales respectivas emitidas por el Ministerio de Relaciones Exteriores, en coordinación con los sectores o entidades involucrados.

Lo anterior será posible siempre y cuando se deduzca de la práctica seguida por los Estados u organizaciones internacionales respectivos o de otras circunstancias, que dichos Estados u organizaciones internacionales considerarán a esa persona representante del Estado para esos efectos y prescindir de la presentación de plenos poderes.

Los plenos poderes se extienden únicamente para suscribir un tratado determinado, a ser posible, previamente determinado. No facultan al funcionario al que se otorgan más que a realizar el acto para el que fueron requeridos y expedidos.

En principio, un acto realizado sin representación, o sin representación suficiente, carece de valor para obligar. La CV69 sanciona con la ineficacia (Art 8, “no surtirá efectos jurídicos”) aquellos actos realizados sin representación, o con anulabilidad (art. 47) los actos que exceden los límites o restricciones previos y expresamente puestos al representante.⁹⁵

El DS 031 – 2007 – RE a la letra establece:

Artículo 4°. - Prohibición de expedir plenos poderes en vía de regularización

⁹⁵ **47. Restricción específica de los poderes para manifestar el consentimiento de un Estado.** Si los poderes de un representante para manifestar el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado determinado han sido objeto de una restricción específica, la inobservancia de esa restricción por tal representante no podrá alegarse como vicio del consentimiento manifestado por él, a menos que la restricción haya sido notificada con anterioridad a la manifestación de ese consentimiento, a los demás Estados negociadores.

No procede el otorgamiento de plenos poderes en vía de regularización, salvo en casos de excepción en los que se justifique el motivo por el cual no se hayan otorgado oportunamente, siempre y cuando el tiempo transcurrido entre la suscripción del Tratado y el otorgamiento de plenos poderes por esta vía, sea razonable.

Al respecto, la Directiva 001-DGT/RE-2013, numeral 2.3.3 recoge (más precisamente, transcribe) la disposición antes citada, a la que agrega: “En ese sentido, la unidad orgánica que solicite la regularización deberá adjuntar el informe respectivo”.

El derecho interno puede asignar la función de representación internacional o la capacidad de negociar y suscribir tratados a otros organismos del Poder Ejecutivo distintos del MRE, sin embargo, dichas disposiciones no surten efecto a nivel internacional, pues como quedó dicho, la CV69 en su artículo 7° establece a quienes se les reconoce la representación internacional del Estado.

Para ejercer competencias en el ámbito internacional, los funcionarios del Estado requieren de la expedición de las credenciales que les permitan ejercer la representación en conferencias y negociaciones internacionales, y de los plenos poderes que los faculten a suscribir tratados en nombre del Estado.⁹⁶

En el caso del Perú, únicamente el Poder Ejecutivo puede conducir la negociación y adopción de tratados, a través de los órganos que pueden ejercer la representación internacional del Estado. El Poder Legislativo cumple funciones de carácter interno, como la aprobación de aquellos tratados que, de acuerdo a la Constitución, requieren su pronunciamiento favorable previo a la ratificación; sin embargo, dicha aprobación no puede trasladarse directamente

⁹⁶ Resolución Suprema N° 200-2017-RE, Delegan facultades a Embajador para que suscriba el Tratado sobre la Prohibición de Armas Nucleares, de 5 de setiembre de 2017.

Artículo 1°. – Delegar en la persona del Embajador Antonio Javier Alejandro García Revilla, Director General para Asuntos Multilaterales y Globales, del Ministerio de Relaciones Exteriores las facultades suficientes para que suscriba el Tratado sobre la Prohibición de Armas Nucleares.

Artículo 2°. - Extender los Plenos Poderes correspondientes al Embajador Antonio Javier Alejandro García Revilla, Director General para Asuntos Multilaterales y Globales, del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Artículo 3°. – La presente Resolución Suprema será refrendada por el señor Ministro de Relaciones Exteriores.

al ámbito internacional y comprometer al Estado. Las entidades territoriales, esto es, los gobiernos regionales y locales (municipios), carecen de la capacidad de relacionamiento y representación internacional, funciones que no les pueden ser ni transferidas ni delegadas.⁹⁷

La CV69 establece taxativamente los representantes del Estado que tienen la capacidad internacionalmente aceptada de ejercer su representación plena, es decir, la capacidad de comprometer internacionalmente la voluntad del Estado.

Sin embargo, cada Estado es libre de otorgar su representación a un agente diplomático o un cargo político. En el caso de los agentes diplomáticos, se entiende que los embajadores acreditados ante los Estados, o los representantes permanentes ante las organizaciones internacionales, tienen la plenipotencia para el cumplimiento de sus funciones. Eso no implica que puedan comprometer la voluntad del Estado si esta requiere de un procedimiento específico, por ejemplo, un acuerdo entre el Estado y la organización internacional,⁹⁸ un procedimiento de autorización parlamentaria, o cualquier otro requisito constitucional que demande el tipo de compromiso a suscribirse.

En el caso de cargos políticos, igualmente, aun si la legislación nacional les confiere algún grado de representación internacional, han de requerir plenos poderes para concertar actos convencionales en nombre del Estado, o podrán hacerlo únicamente *ad referendum*, por lo que el acto estará sujeto a confirmación posterior.

⁹⁷ Ley N° 27783, Ley de Bases de la descentralización, de 17 de julio de 2002.

Artículo 26.- Competencias exclusivas

26.1. Son competencias exclusivas del gobierno nacional:

- a) Diseño de políticas nacionales y sectoriales. [...]
- c) Relaciones Exteriores. [...]

26.2. No son objeto de transferencia ni delegación las funciones y atribuciones inherentes a los sectores y materias antes señaladas.

⁹⁸ Resolución Suprema N° 161-2017-RE, Delegan en Representante Permanente del Perú ante la OEA, las facultades para que suscriba el Acuerdo entre la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos y el Gobierno de la República del Perú relativo a la celebración de la Octava Cumbre de las Américas, de 27 de junio de 2017.

Un caso muy particular y especialmente relevante fue el Protocolo de Paz, Amistad y Límites entre el Perú y el Ecuador, firmado en Río de Janeiro el 29 de enero de 1942, en el curso de la III Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores de las Repúblicas Americanas. La conferencia fue convocada por el Brasil a instancia de los Estados Unidos de Norte América, para buscar la unidad de los estados americanos frente a la agresión del Japón y el inminente ingreso norteamericano en la guerra en Europa. En ese contexto, se buscó que entre los Estados americanos hubiese un clima de paz que permitiera el apoyo hemisférico al esfuerzo bélico de los Estados Unidos de Norteamérica. Perú y Ecuador habían tenido un conflicto armado en el año 1941; si bien habían cesado los enfrentamientos, el Perú aún ocupaba la provincia de El Oro y no se había firmado un acuerdo de paz. Los asistentes a la conferencia instaron a los cancilleres peruano y ecuatoriano a celebrar un tratado de paz, ofreciéndose como garantes del cumplimiento de dicho acuerdo el Estado anfitrión (Brasil), Argentina y los Estados Unidos de Norteamérica; a pedido del Ecuador, Chile se incorporó como garante del acuerdo. Sin embargo, los cancilleres del Perú y el Ecuador no habían asistido a la conferencia con la finalidad de firmar un acuerdo de paz y carecía de los poderes para hacerlo, no obstante que el preámbulo del acuerdo manifestaba, de manera inexacta, lo contrario. En ese entendido, acordaron firmar un “protocolo”, y al regresar a sus respectivos países, negociar un tratado al cual se anexase el texto suscrito en Río de Janeiro. No se celebró el tratado posterior, y los poderes legislativos de ambos Estados aprobaron el acuerdo el 26 de febrero de 1942,⁹⁹ realizándose el canje de ratificaciones el 31 de marzo del mismo año, en la ciudad de Petrópolis.

Al referirnos a cargos políticos la lista de posibles funcionarios es relativamente corta, únicamente entrarían en dicha categoría los vicepresidentes de la República, ministros^{100, 101} o viceministros¹⁰² de Estado, o altos funcionarios de

⁹⁹ Resolución Legislativa N° 9574.

¹⁰⁰ Resolución Suprema N° 140-2017-RE, Delegan facultades al Ministro de Comercio Exterior y Turismo para que suscriba el Acuerdo entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de Australia relativo a Servicios Aéreos, de 19 de mayo de 2017.

organismos públicos, pues se entiende que únicamente los funcionarios de más alto nivel del Poder Ejecutivo podrían cumplir función de representación del Estado.

No es práctica usual del Estado Peruano el envío de representantes personales del jefe del Estado que no ejerzan función pública, para cumplir funciones de representación o para la suscripción de acuerdos internacionales. No obstante, ninguna norma lo prohíbe de manera expresa. La norma sobre plenos poderes se refiere a que “se designa a una persona para representar al Estado Peruano”, sin precisar si requiere ser un funcionario y qué nivel administrativo o cargo político debe ostentar.¹⁰³

3. Celebración de tratados internacionales

3.1 Negociación

Artículo 1°. – Delegar en la persona del Señor Eduardo Ferreyros Küppers, Ministro de Comercio Exterior y Turismo, las facultades suficientes para que suscriba el Acuerdo entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de Australia relativo a Servicios Aéreos.

Artículo 2°. – Extender los Plenos Poderes correspondientes al Señor Eduardo Ferreyros Küppers, Ministro de Comercio Exterior y Turismo.

Artículo 3°. – La presente Resolución Suprema será refrendada por el señor Ministro de Relaciones Exteriores.

¹⁰¹ Resolución Suprema N° 079-2016-RE, Delegan facultades al Ministro de Economía y Finanzas para que suscriba el Acuerdo para el Uso Parcial del Sistema Nacional de Adquisiciones de la República del Perú en Proyectos Financiados por el Banco Interamericano de Desarrollo entre la República del Perú y el Banco Interamericano de Desarrollo, de 18 de mayo de 2016.

¹⁰² Resolución Suprema N° 003-2017-RE, Delegan facultades para Suscribir el Acuerdo entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la Federación de Rusia sobre protección Mutua de la Información Clasificada en el ámbito de la Cooperación Técnico – Militar, de 12 de enero de 2017.

Artículo 1°. – Delegar en la persona del Señor Embajador Librado Orozco Zapata, Viceministro de Políticas para la Defensa del Ministerio de Defensa, las facultades suficientes para que suscriba el Acuerdo entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la Federación de Rusia sobre protección Mutua de la Información Clasificada en el ámbito de la Cooperación Técnico – Militar.

Artículo 2°. – Extender los Plenos Poderes correspondientes al Señor Embajador Librado Orozco Zapata, Viceministro de Políticas para la Defensa del Ministerio de Defensa.

Artículo 3°. – La presente Resolución Suprema será refrendada por el señor Ministro de Relaciones Exteriores.

¹⁰³ Art. 1 DS 031.2007-RE

Los tratados tienen un proceso de celebración que abarca desde las conversaciones o negociaciones iniciales hasta la manifestación final del consentimiento en obligarse por medio de un acuerdo regido por el derecho internacional público.

Respecto de la celebración de tratados distinguimos dos etapas: una primera etapa de formación del tratado, cuyo momento inicial es la negociación del texto del acuerdo, y una segunda etapa de manifestación del consentimiento, donde el texto pasa a convertirse en norma de derecho internacional público que rige entre los Estados partes en el tratado.

La negociación se define como:

“El conjunto de operaciones técnico-diplomáticas, de diversa naturaleza y amplitud, a través de las cuales los órganos competentes de dos o más Estados se reúnen en un lugar y una época preestablecida a tal fin; estudian conjuntamente las posibilidades efectivas de llegar a un entendimiento en una determinada materia; buscan acercar sus posiciones sobre puntos concretos, objeto de la negociación misma y elaboran un proyecto de acuerdo destinado a pasar a una fase ulterior. La negociación constituye la esencia misma del método diplomático.”¹⁰⁴

La negociación para adoptar el texto de un tratado, así como la manifestación del consentimiento definitivo en obligarse por medio del mismo tratado, es llevada a cabo por los agentes autorizados de los Estados.¹⁰⁵

El Decreto Legislativo N° 560, “Ley del Poder Ejecutivo”, de 28 de marzo de 1990, modificado por la Ley N° 27779, “Ley Orgánica que modifica la organización y funciones de los ministerios”, de 11 de julio de 2002, estableció la negociación y suscripción de tratados internacionales, en general, como funciones del Ministerio de Relaciones Exteriores:

¹⁰⁴ Maresca, A. *Il Diritto dei trattati: La Convenzione Codificatrice di Vienne del 23 del Maggio 1969*, Milán: Giuffré Editore, 1971, p. 133. Citado por Diez de Velasco, M. *Instituciones de derecho internacional público*, Madrid: Tecnos, 2003, p. 147.

¹⁰⁵ Basdevant, J. “La conclusion et la rédaction des traités et des instruments diplomatiques autres que les traités,” en: *Recueil des Cours de l’Academie de Droit International*. Leiden: Martinus Nijhoff, 1926, Volumen V, Tomo 15, p. 548: “Usualmente, los tratados son negociados y firmados por los diplomáticos que han recibido poderes para ese efecto. Esos poderes son llamados plenos poderes y sus negociadores denominados plenipotenciarios [...]. Los plenos poderes son usualmente presentados al principio de la negociación: Ellos enuncian el poder de negociar y de celebrar; un negociador no podrá comprometerse con los portavoces cuya calidad no le parezca suficientemente establecida y asegurada.”

Artículo 21. – Denominación y funciones del Ministerio de Relaciones Exteriores.

El Ministerio de Relaciones Exteriores ejerce la representación del Estado en el ámbito internacional a través de su servicio exterior. Protege y promueve los derechos e intereses permanentes del Estado, de sus nacionales ante la Comunidad Internacional y de los peruanos radicados en el exterior. Diseña la política exterior y asegura su gestión coordinada y coherente de conformidad con las directivas del Presidente de la República y la política general del Estado. Formaliza la relación del Estado con otros Estados y con organismos internacionales. **Negocia y suscribe Tratados, además de otros instrumentos internacionales y vela por su cumplimiento, en coordinación con los sectores correspondientes.** Apoya la promoción comercial, turística, cultural y de inversiones y de imagen del Perú en el exterior. (énfasis añadido)

El papel rector de las funciones internacionales del Estado corresponde al Ministerio de Relaciones Exteriores, de acuerdo a la Ley N° 29357 “Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Relaciones Exteriores”, que dispone:

Artículo 5.- Funciones rectoras

El Ministerio de Relaciones Exteriores ejerce las funciones rectoras, respecto de otros niveles de gobierno en todo el territorio nacional y en el ámbito internacional, conforme a la Constitución Política del Perú, en las siguientes materias:

[...] 2. Representar permanentemente al Estado en el ámbito internacional a través del Servicio Exterior y del Servicio Diplomático de la República. [...]

6. Negociar y suscribir tratados y demás instrumentos internacionales, así como participar en las negociaciones de aquellos de naturaleza especializada en coordinación con los sectores competentes.

Por tanto, la función de representación en las negociaciones internacionales corresponde ejercerla, *prima facie*, al Ministerio de Relaciones Exteriores, que representa internacionalmente al Estado a través de los agentes diplomáticos que integran del Servicio Diplomático, y en caso de ser negociaciones “de naturaleza especializada”, actúa en coordinación con la repartición pública encargada de tales negociaciones, asistiéndola en todo aquello que deba desempeñar en el ejercicio de las funciones que establecen las normas de derecho interno, teniendo en cuenta que, para efectos del derecho internacional, deberán seguirse las reglas que este mismo establece, en el

artículo 7 de la CV69 respecto de la representación de los Estados. En tal sentido, la precitada ley delimita adecuadamente la competencia del MRE y de los funcionarios o agentes diplomáticos.

Artículo 6.- Funciones específicas

El Ministerio de Relaciones Exteriores garantiza su operatividad mediante las siguientes funciones:

[...] 18. Representar al Estado y participar en las negociaciones internacionales en el ámbito de su competencia.

En concordancia con dicha disposición, la Ley N° 28091, “Ley del Servicio Diplomático de la República”, dispone:

Artículo 3°. - Funciones

El Servicio Diplomático tiene las siguientes funciones: [...]

- f) Conducir las negociaciones internacionales del Estado y concertar los tratados en coordinación con los demás sectores de la administración pública.

Precisamente, la definición de las funciones de la más alta representación diplomática del Estado, embajadas ante gobiernos extranjeros y representaciones permanentes ante organizaciones internacionales, regula sus competencias para las negociaciones, de acuerdo a lo que establece el Decreto Supremo N° 135 – 2010 – RE, “Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Relaciones Exteriores.”¹⁰⁶

¹⁰⁶ **Artículo 136°. - De las Embajadas**

Las embajadas son órganos del servicio en el exterior que dependen directamente del Despacho Viceministerial y funcionalmente de los órganos de línea en función a las materias que sean de su competencia. Son responsables de ejecutar la política exterior y de promover y de defender los intereses del Estado y de las personas naturales y jurídicas nacionales en el extranjero, mediante su gestión en los ámbitos político, diplomático, económico, financiero, comercial, cultural, social y humanitario.

Son funciones de las embajadas en el exterior:

- a) Representar al Estado peruano ante el Estado receptor. [...]
- d) Negociar ante el gobierno del Estado ante el cual están acreditadas, de acuerdo a las instrucciones impartidas por la Alta Dirección o los órganos de Línea, según corresponda.

Los actos o funciones que puedan realizar los representantes del Estado, tales como las negociaciones u otros que sean previos a la expresión del consentimiento definitivo en obligarse podrán, de acuerdo a la legislación peruana, prescindir del otorgamiento de plenos poderes, siempre que para tales actos sea suficiente un acto del Estado que acredite al representante,¹⁰⁷ conforme a la práctica internacionalmente seguida por los Estados u organizaciones internacionales, tal como establece el Decreto Supremo N° 031-2007-RE, “Adecuan normas nacionales sobre el otorgamiento de Plenos Poderes al derecho internacional contemporáneo”:

Artículo 5°. – Actos distintos a la suscripción de un tratado

Artículo 137°. – De las Representaciones Permanentes ante los Organismos Internacionales

Las Representaciones Permanentes ante los Organismos Internacionales son órganos del servicio en el exterior que dependen directamente del Despacho Viceministerial y funcionalmente de la Dirección General para Asuntos Multilaterales y de los órganos de línea en función a las materias que sean de su competencia. Son responsables de ejecutar la política exterior en el marco de las organizaciones y organismos internacionales, así como de promover y defender los intereses del estado en ese ámbito.

Son funciones de las Representaciones Permanentes ante los Organismos Internacionales:

- a) Representar al Estado peruano ante la organización internacional ante la cual se encuentra acreditada. [...]
- b)
- c) Negociar con los Estados miembros en el marco de la organización internacional ante la cual está acreditada, de acuerdo a las instrucciones impartidas por la Cancillería.

¹⁰⁷ Resolución Ministerial N° 0216/RE-2016, Autorizan viaje de funcionario diplomático a México, en comisión de servicios.

Que, el Consejo de Asociación del Acuerdo de Asociación Estratégica entre los Estados Unidos Mexicanos y la República del Perú, ha convocado a la Primera Reunión del Consejo, así como a la Primera Reunión de la Comisión de Cooperación del acuerdo en mención, a realizarse en la ciudad de México, Estados Unidos Mexicanos del 16 al 17 de marzo de 2016; [...]

Que, es necesario que el director general para Asuntos Económicos, participe como representante del Perú en las negociaciones económicas y comerciales, a fin de dar el debido seguimiento diplomático y político de la misma; [...]

SE RESUELVE:

Artículo 1. Autorizar el viaje, en comisión de servicios, del Embajador en el Servicio Diplomático de la República Javier Manuel Paulinich Velarde, director general para Asuntos Económicos, a la ciudad de México, Estados Unidos Mexicanos, para que participe del 16 al 17 de marzo de 2016, en las reuniones señaladas en la parte considerativa de la presente resolución, autorizando su salida del país, del 15 al 19 de marzo de 2016.

Para la realización o el cumplimiento de actos previsto a la suscripción de un tratado, o para la ejecución de cualquier otro acto respecto a un tratado, serán suficientes la autorización, instrucciones y/o credenciales respectivas emitidas por el Ministerio de relaciones Exteriores, en coordinación con los sectores o entidades involucrados.

Lo anterior será posible siempre y cuando se deduzca de la práctica seguida por los Estados u organizaciones internacionales respectivas o de otras circunstancias, que dichos Estados u organizaciones internacionales considerarán a esta persona representante del Estado para esos efectos y prescindir de la presentación de plenos poderes.

En aquellos casos que la negociación de tratados no sea llevada a cabo directamente por el Ministerio de Relaciones Exteriores, éste, en su calidad de ente rector de las relaciones internacionales, deberá brindar asesoramiento a las entidades involucradas y realizar el seguimiento del proceso de celebración de un tratado, a través de las Direcciones Generales correspondientes,¹⁰⁸ y especialmente de la Dirección General de Tratados del MRE, pues conforme al mencionado Reglamento de Organización y Funciones, le corresponde:

Artículo 129°. – De las Funciones de la Dirección General de Tratados

Son funciones específicas de la Dirección General de Tratados:

- a) Emitir opinión de carácter técnico sobre los proyectos de Tratados y otros instrumentos jurídicos internacionales que se sometan a su consideración, así como sobre aquellos de los que el Perú sea parte.

La función de asesoramiento de la Dirección General de Tratados, que acompaña a los organismos públicos desde las etapas iniciales de la negociación, se encuentra detallada en la Resolución Ministerial N° 0115/RE de 4 de febrero de 2013, Directiva N° 001-DGT/RE-2013, “Lineamientos

¹⁰⁸ Resolución Ministerial N° 0211/RE-2016, Autorizan viaje de funcionarios diplomáticos a Turquía, en comisión de servicios, de 9 de marzo de 2016.

CONSIDERANDO:

Que, el Viceministerio de Comercio Exterior del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo del Perú, mediante oficio circular N° 014-2016-MINCETUR/VMCE, de 19 de febrero de 2016, informa sobre la Quinta Ronda de Negociaciones del Tratado de Libre Comercio entre la República del Perú y la República de Turquía, en la que se conformaran mesas de negociación sobre Reglas de Origen, Servicios, Inversiones, y Asuntos Legales e Institucionales, a realizarse en la ciudad de Ankara, República de Turquía, del 14 al 17 de marzo de 2016; [...]

Que, es necesaria la participación de funcionarios de la Dirección General de Asuntos Económicos en la referida reunión, a fin de dar un debido seguimiento diplomático y político adecuado a la misma; [...].

Generales Internos sobre la suscripción, perfeccionamiento interno y registro de los Tratados”:

1.5 Funciones de la Dirección General de Tratados:

1.5.2. Emitir opinión de carácter técnico sobre los proyectos de Tratados y otros instrumentos jurídicos internacionales que se sometan a su consideración, así como sobre aquellos de los que el Perú sea parte.

II. DISPOSICIONES ESPECÍFICAS.

Todos los órganos del ministerio de Relaciones Exteriores deberán observar las siguientes disposiciones, con el fin de posibilitar el cumplimiento de las funciones asignadas a la Dirección General de Tratados y con ello cumplir las funciones rectoras y específicas del Ministerio en la materia:

2.1. Solicitudes de asesoramiento:

2.1.1. A fin de evitar inconvenientes tras su suscripción, toda negociación de tratados, convenios o acuerdos, así como de Memoranda de Entendimiento o de cualquier otro instrumento internacional, deberá contar con la asesoría de la Dirección General de Tratados para precisar los siguientes aspectos: naturaleza jurídica del instrumento a suscribirse, nivel de representación del Estado peruano, solución de controversias, entrada en vigor, vigencia, enmiendas, posibilidad de denuncia, entre otros.

2.1.2. Para tal efecto, el órgano interno encargado de negociar el acuerdo internacional deberá solicitar a la Dirección General de Tratados la asesoría presencial o la opinión previa por escrito sobre los proyectos de acuerdos internacionales que se vayan a negociar o estén siendo objeto de negociación.

En el ordenamiento jurídico peruano, la negociación de los acuerdos comerciales estuvo confiada primero al antiguo Ministerio de Industria, Turismo y Comercio Internacional (MITINCI), y posteriormente, luego de una reorganización del Estado,¹⁰⁹ que fusionó los sectores de Industria y Pesca en el Ministerio de Producción, y los de Comercio Internacional y Turismo del MITINCI con el de Negociaciones Internacionales, que pertenecía a Relaciones Exteriores, en un nuevo Ministerio de Comercio y Turismo (MINCETUR), a este último.

El Decreto Legislativo N° 560, “Ley del Poder Ejecutivo”, de 28 de marzo de 1990, modificado por la Ley N° 27779, “Ley Orgánica que modifica la organización y funciones de los ministerios”, de 11 de julio de 2002, asignó como funciones al MINCETUR:

¹⁰⁹ Ley N° 27779, “Ley Orgánica que modifica la organización y funciones de los ministerios”, de 11 de julio de 2002.

Artículo 34. – Denominación y funciones del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo

El Ministerio de Comercio Exterior y Turismo define, dirige, ejecuta, coordina y supervisa la política de comercio exterior y la de turismo. Tiene la responsabilidad en materia de la promoción de las exportaciones y de las negociaciones comerciales internacionales en coordinación con los Ministerios de Relaciones Exteriores y de Economía y Finanzas, y los demás sectores del gobierno en el ámbito de sus respectivas competencias. Asimismo, está encargado de la regulación del comercio exterior. **El Titular del sector dirige las negociaciones comerciales internacionales del Estado, y está facultado para suscribir convenios en el marco de su competencia.** [...]. (énfasis añadido)

La Ley N° 27790 “Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo”, de 24 de julio de 2002, recoge de la norma precitada, en idénticos términos, las competencias que corresponden a dicha repartición pública.

Artículo 2.- Competencia

El Ministerio de Comercio Exterior y Turismo define, dirige, ejecuta, coordina y supervisa la política de comercio exterior y de turismo. Tiene la responsabilidad en materia de la promoción de las exportaciones y de las negociaciones comerciales internacionales, en coordinación con los Ministerios de Relaciones Exteriores y de Economía y Finanzas y los demás sectores del Gobierno en el ámbito de sus respectivas competencias. Asimismo, está encargado de la regulación del Comercio Exterior. **El titular del sector dirige las negociaciones comerciales internacionales del Estado y está facultado para suscribir convenios en el marco de su competencia.** [...]

A mayor abundamiento respecto de su capacidad, derivada de las disposiciones de derecho interno, de asumir competencias para participar en negociaciones internacionales, se establecen los objetivos y funciones de la entidad:

Artículo 4.- De los objetivos

Son objetivos del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo los siguientes:

En materia de Comercio Exterior: [...]

d) Desarrollar las acciones que permitan la óptima participación del país en los diferentes foros de comercio internacional, esquemas de integración, cooperación económica y social y **en las negociaciones comerciales internacionales;**

Artículo 5.- Funciones

Son funciones del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo: [...]

4. Representar al país en los foros y organismos internacionales de comercio, turismo, cooperación económica y esquemas de integración, debidamente coordinadas con el Ministerio de Economía y Finanzas. Actuar como Órgano de enlace entre el Gobierno Peruano y los organismos internacionales de integración y de comercio internacional, en el ámbito de su competencia;

5. **Negociar, suscribir y poner en ejecución los acuerdos o convenios internacionales en materia de comercio exterior, integración, cooperación económica y social, y otros en el ámbito de su competencia.** Asimismo, es responsable de velar por el cumplimiento de dichos acuerdos tanto en el ámbito nacional como en el internacional; y difundir los acuerdos comerciales suscritos, así como las negociaciones en proceso.

Las competencias en materia de contratación internacional se encuentran desarrolladas *in extenso* en las funciones del MINCETUR, extensión que cabe dentro de las normas internas, pero que, precisamente, han sido materia de no pocos desencuentros entre dicha entidad y el Ministerio de Relaciones Exteriores, debido a la interpretación que en ocasiones hicieron el MINCETUR y algunos titulares del portafolio respecto a cómo interpretar dicha competencia, para asumir directamente la conducción de la contratación internacional en todas sus etapas, prescindiendo de la colaboración del MRE, por ejemplo, en la emisión de los plenos poderes que necesariamente se deben emitir y exhibir para la suscripción de tratados.

Sin duda, si la norma interna confiere al MINCETUR y a su titular funciones de representación, participación en foros y organismos de integración, negociación, suscripción, ejecución, cumplimiento y difusión de los tratados y negociaciones en curso, aun cuando sea en materias de su competencia, están servidos todos los ingredientes para las desavenencias y desencuentros, especialmente con el MRE, tradicionalmente responsable exclusivo de las relaciones y negociaciones internacionales.

No obstante, la LOF del MINCETUR no establece como una competencia o atribución del ministro el poder suscribir tratados internacionales, al punto que, cuando debe suscribir un tratado en representación del Perú, debe recibir

previamente los plenos poderes correspondientes.¹¹⁰ De lo que se puede colegir que las atribuciones internas no tienen otra función que la de asignar competencias sectoriales en función de las actividades propias de cada ministerio, sin embargo, estas disposiciones de carácter interno carecen de valor en el ámbito internacional.

En el caso de los demás ministerios, aún si entre sus funciones o competencias se les confieren las facultades de conducir negociaciones internacionales o suscribir tratados internacionales, igualmente sus responsables requieren de la emisión de plenos poderes por parte del MRE para ejercer en buena y debida forma la representación internacional del Estado.

La representación puede ser ejercida por un funcionario o, en razón de la complejidad de la materia, por dos o más funcionarios, que actuarán conjuntamente en representación del Estado. Fue el caso de la “Carta de Intercambio sobre Requisitos de Certificación para carne y productos cárnicos de Estados Unidos”, para cuya suscripción se extendieron plenos poderes a los ministros de Agricultura y Riego; Comercio Exterior y Turismo; y Salud, quienes suscribieron conjuntamente el instrumento.¹¹¹

Entonces, resulta necesario entender las atribuciones que el derecho interno establece para cualquier repartición pública sobre la competencia para negociar tratados internacionales que, independientemente de las disposiciones legales, en el ámbito internacional, es necesario cumplir las formalidades para la representación internacional del Estado, y especialmente

¹¹⁰ Resolución Suprema N° 140-2017-RE, Delegan facultades en la Ministra de Comercio Exterior y Turismo para que suscriba el Tratado de Asociación Transpacífico, de 25 de enero de 2016.

Artículo 1°. – Delegar en la persona de la Señora Blanca Magali Silva Velarde – Álvarez, Ministra de Comercio Exterior y Turismo, las facultades suficientes para que suscriba el Tratado de Asociación Transpacífico.

Artículo 2°. – Extender los Plenos Poderes correspondientes a la Señora Blanca Magali Silva Velarde – Álvarez, Ministra de Comercio Exterior y Turismo.

Artículo 3°. – La presente Resolución Suprema será refrendada por la señora Ministra de Relaciones Exteriores.

¹¹¹ Resoluciones Supremas números 038-2016-RE, 039-2016-RE, y 040-2016-RE, de 11 de marzo de 2016.

la expresión del consentimiento definitivo en obligarse por medio de tratados internacionales, para lo cual se requiere que dicha función de representación o facultad para obligar al Estado conste en plenos poderes debidamente emitidos por el Ministerio de Relaciones Exteriores.

El proceso de negociación de los tratados internacionales, que puede incluir aquellos temas que de acuerdo al art. 56 de la CP93 requieren la aprobación del futuro tratado por parte del Poder Legislativo, aun cuando se enmarca dentro de las normas internas de representación, no es justiciable a nivel interno ni pasible de ejercer respecto de la negociación internacional una acción de control constitucional, como bien lo ha expresado el Tribunal Constitucional:

Ciertamente no cualquier problema que se suscite en el proceso de negociación de un tratado constituye, por sí mismo, un motivo constitucionalmente relevante para declarar su invalidez. Es ajeno al control de constitucionalidad formal de los tratados toda deficiencia o insuficiencia *técnica* que pudiera acontecer en el proceso de negociación, tales como la supuesta falta de consenso entre los miembros del equipo nacional que se encargó de negociar el tratado; la existencia o inexistencia de opiniones técnicas favorables durante el proceso de negociación del TLC Perú-China, o si dichas opiniones técnicas fueron oportunas, desfavorables, no apropiadas o acaso insuficientes. Ninguna de estas hipótesis representa un motivo constitucionalmente relevante que autorice a este Tribunal a declarar la inconstitucionalidad del TLC Perú-China.¹¹²

La negociación de los tratados es, por lo tanto, una competencia exclusiva del Poder Ejecutivo.

3.2 Adopción

El Convenio de Viena de 1969, en su artículo 7.2, reconoce a los jefes de Estado y de gobierno, los ministros de relaciones exteriores, los jefes de misión diplomática y los representantes acreditados ante conferencias u organizaciones internacionales la potestad de representar a sus Estados y de realizar los actos necesarios para adoptar acuerdos internacionalmente vinculantes.

¹¹² Sentencia del pleno del Tribunal constitucional de 20 de marzo de 2012. Proceso de Inconstitucionalidad promovido por 30 Congresistas de la República contra el Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República Popular China. Fundamento N° 9.

Si bien en la práctica internacional la adopción de tratados ha sido generalmente llevada a cabo por representantes diplomáticos, la creciente complejidad de las relaciones internacionales y la mayor especialización de los temas de interés de los Estados ha dictado que sean la práctica de estos y las materias a negociar las que determinen quiénes sean sus representantes o negociadores y los poderes de los cuales están investidos.

La institución de los plenos poderes, recogida por el Convenio de Viena de 1969 (artículo 2.c), establece que dicha facultad se ejerce en representación de un Estado para «la negociación, la adopción o la autenticación del texto de un tratado, para expresar el consentimiento del Estado en obligarse por un tratado, o para ejecutar cualquier otro acto con respecto a un tratado», en tanto que el mecanismo de adopción tiene un desarrollo específico:

Artículo 9 Adopción del texto

1. La adopción del texto de un tratado se efectuará por consentimiento de todos los Estados participantes en su elaboración, salvo lo dispuesto en el párrafo 2.
2. La adopción del texto de un tratado en una conferencia internacional se efectuará por mayoría de dos tercios de los Estados presentes y votantes, a menos que esos Estados decidan por igual mayoría aplicar una regla diferente.

La mecánica de elaboración de los tratados internacionales parte de la negociación y conduce a la adopción de un texto que recoge los acuerdos a los que han llegado las partes. El texto adoptado no es todavía un tratado, plasma los acuerdos a que han llegado los negociadores y establece la estructura o composición que debe tener el futuro tratado (preámbulo, parte dispositiva, anexos), así como el idioma o idiomas en que será firmada la versión oficial.¹¹³

¹¹³ Novak, F. y L. García Corrochano. *Derecho internacional público, Tomo I, Introducción y fuentes*, Lima: Thomson Reuters, 2000, 2ª Edición, p. 167: “La adopción es el procedimiento por el que se establece el proyecto de texto que contiene el acuerdo al que han llegado los negociadores. La adopción significa únicamente acuerdo sobre el proyecto de texto del tratado.” Remiro Brotóns, A. y Otros. *Ob. cit.*, p. 356. Véase también Nguyen Quoc, D., P. Daillier y A. Pellet. *Ob. cit.*, p. 133: “La adoption de texte du traité marque la fin de la phase d’elaboration.” Jennings, R. y A. Watts. *Ob. cit.*, p. 1223: “When states have negotiated a treaty settle its form and content by drawing up a text setting out its provisions. In expressing their agreement with this text, states are said to ‘adopt’ the text: this is distinct from their agreement to be bound by the provisions of that text.”

La adopción del texto del tratado, en tanto consecuencia directa del cierre o término de las negociaciones, usualmente es realizada por quienes representaron a los Estados en dichas negociaciones, razón por la cual, la función de representación se suele otorgar para participar en ambos actos. Según lo considera el derecho peruano, los actos distintos a la suscripción de un tratado, en este caso, los actos previos de negociación y adopción del texto, no requieren de plenos poderes. No obstante, la norma sobre plenos poderes (Decreto Supremo N° 031-2007-RE) establece que se atenderá a la práctica de los co-contratantes, sean Estados u Organizaciones Internacionales.

Artículo 5º.- Actos distintos a la suscripción de un tratado

Para la realización o el cumplimiento de actos previos a la suscripción de un tratado, o para la ejecución de cualquier otro acto con respecto a un tratado, serán suficientes la autorización, instrucciones y/o credenciales respectivas emitidas por el Ministerio de Relaciones Exteriores, en coordinación con los sectores o entidades involucrados.

Lo anterior será posible siempre y cuando se deduzca de la práctica seguida por los Estados u organizaciones internacionales respectivas o de otras circunstancias, que dichos Estados u organizaciones internacionales considerarán a esa persona representante del Estado para esos efectos y prescindir de la presentación de plenos poderes.

Por tanto, para cumplir con las formalidades de la adopción del texto al término de una negociación, los agentes del Perú no requieren, de acuerdo al derecho interno, el otorgamiento de plenos poderes, siendo suficientes “la autorización, instrucciones o credenciales” expedidas por el MRE.

3.3 Autenticación

Una vez establecido el texto las partes proceden a la autenticación del mismo, cuyo significado es certificar que el documento refleja de manera auténtica y definitiva la voluntad común de los negociadores. Hasta esta etapa aún no se ha manifestado la voluntad de los Estados en devenir partes del tratado, por lo que al autenticar el texto todavía no se ha dado vida a un compromiso de carácter internacional, aún no ha nacido el tratado. Sin embargo, los Estados

están obligados a comportarse de buena fe, absteniéndose de cualquier acción que atente contra el objeto y fin del tratado.¹¹⁴

Artículo 10 Autenticación del texto

El texto de un tratado quedará establecido como auténtico y definitivo:

- a) Mediante el procedimiento que se prescriba en él o que convengan los Estados que hayan participado en su elaboración; o
- b) A falta de tal procedimiento, mediante la firma, la firma *ad referendum* o la rúbrica puesta por los representantes de esos Estados en el texto del tratado o en el acta final de la conferencia en la que figure el texto.

Lo que establece el literal b) del artículo precitado debe entenderse no en el sentido que la autenticación equivalga a la firma, sino que, a falta del procedimiento de autenticación, la rúbrica o la firma (simple o *ad referéndum*), autentica el texto a la vez que anticipa la voluntad del Estado en devenir parte en el tratado. En tales casos, es evidente la necesidad del representante del Estado de estar acreditado como plenipotenciario o estar premunido de plenos poderes que autoricen a firmar el tratado con un efecto distinto y de mayores alcances que la autenticación.

Los procedimientos de autenticación pueden ser definidos por las partes en cada tratado, siendo siempre un procedimiento necesario para dar fe de lo acordado en la reunión o conferencia en que se ha discutido el contenido del tratado, y del acuerdo sobre el texto que será llevado a conocimiento de los Estados para la expresión de su consentimiento en obligarse.¹¹⁵

“Having adopted the text of a treaty it is necessary for there to be certainty as to which is the authentic text, setting out definitively the content of the treaty to which the negotiating states will be subscribing. In many cases authentication is not seen as a distinct procedure, the final act of signature of the treaty serving both as authentication and as an expression of willingness to be bound. However, in certain cases authentication can be seen as a separate step, as where the unsigned text of a treaty is incorporated in the final act of a

¹¹⁴ Novak, F. y L. García Corrochano. *Ob. Cit.*, p. 170.

¹¹⁵ Novak, F. y L. García Corrochano. *Ob. Cit.*, p. 171: “Como puede apreciarse, la autenticación es de suma importancia en tanto permite a los Estados que han participado en la negociación conocer de modo definitivo cuál es el contenido del tratado que van a suscribir.”

conference, or where the treaty adopted in an international organisation is authenticated by the signature of the President of the organisation.”¹¹⁶

La autenticación de tratados en varios idiomas, prevista por la CV69 en el artículo 33 está referida a la prevalencia de un texto que da fe, para ser interpretado en caso de controversia entre las partes.

3.4 Autorización de firma y actos de naturaleza análoga

La firma del texto de un tratado requiere, para el derecho peruano, de la calidad de plenipotenciario del firmante en razón de su cargo, o bien del otorgamiento de plenos poderes. El primer caso se refiere al Presidente de la República y el Ministro de Relaciones Exteriores, quienes, en función de su investidura, tienen implícita la plenipotencia para la representación del Estado.¹¹⁷ En cualquier otro caso, son necesarios los plenos poderes para poder firmar un tratado en representación del Estado peruano, independientemente del cargo o función que el representante ostente en el derecho interno.¹¹⁸

¹¹⁶ JENNINGS, Robert y Arthur WATTS. *Oppenheim's International Law. Volume I – Peace, Introduction and Part I*, 9th edition, London: Longman, 1993, pp. 1223 – 1224.

¹¹⁷ Decreto Supremo N° 031-2007-RE Adecuan normas nacionales sobre el otorgamiento de Plenos Poderes al derecho internacional contemporáneo.

Artículo 2º.- Otorgamiento de Plenos Poderes

El otorgamiento de plenos poderes es indispensable para que un representante del Estado Peruano suscriba un tratado, salvo el caso del presidente de la República y el ministro de Relaciones Exteriores, quienes de conformidad con el Derecho Internacional, no requieren plenos poderes.

¹¹⁸ Resolución Ministerial N° 0115/RE de 4 de febrero de 2013, Directiva N° 001-DGT/RE-2013, “Lineamientos Generales Internos sobre la suscripción, perfeccionamiento interno y registro de los Tratados”.

2.3.1 El presidente de la República y el ministro de Relaciones Exteriores no requieren plenos poderes, de conformidad con el Derecho Internacional.

Resolución Ministerial N° 0231/RE de 6 de marzo de 2013, Directiva N° 002-DGT/RE-2013, “Lineamientos Generales Internos sobre la suscripción, perfeccionamiento interno y registro de los Tratados”.

V.a Tratado, Convenio o Acuerdo (in fine)

Los tratados son suscritos por el presidente de la República, el ministro de Relaciones Exteriores o cualquier funcionario público que haya sido facultado para ello a través de Plenos Poderes.

Nuevamente, nos encontramos frente a un vacío normativo en una cuestión relevante, pues no se establece cual es el mecanismo de aprobación ejecutiva de un tratado cuya firma se autoriza y para la cual se extienden plenos poderes. En estricto, debe seguir el mismo camino que la aprobación de cualquier norma administrativa por parte del Poder Ejecutivo, esto es, ser aprobada la firma por el Presidente de la República, en quien recae la potestad de comprometer internacionalmente al Estado.

3.5 Aplicación provisional

La aplicación provisional de los tratados es un mecanismo que permite que un acuerdo (bilateral o multilateral) despliegue algunos efectos con anterioridad a su plena entrada en vigor entre las partes contratantes.¹¹⁹

Artículo 25

1. Un tratado o una parte de él se aplicará provisionalmente antes de su entrada en vigor:
 - a) Si el propio tratado así lo dispone; o
 - b) Si los Estados negociadores han convenido en ello de otro modo.
2. La aplicación provisional de un tratado o de una parte de él respecto de un Estado terminará si éste notifica a los Estados entre los cuales el tratado se aplica provisionalmente su intención de no llegar a ser parte en el mismo, a menos que el tratado disponga o los Estados negociadores hayan convenido otra cosa al respecto.

Por su propia naturaleza, es una aplicación limitada en el tiempo, cuya finalidad es que no se frustre el objeto o fin del tratado debido a las demoras que pueden surgir en el procedimiento interno de aprobación definitiva, pero no puede verse (menos aún emplearse) como un modo de generar situaciones consumadas e irreversibles que escapen a los mecanismos internos de

¹¹⁹ Reuter, P. *Ob. Cit.*, 1995, p. 62 – 63: “Una vez acordado el texto de un tratado, nada impide que los Estados que participaron en su elaboración decidan aplicar el acuerdo o parte de él de manera provisional, antes de que dicho tratado entre en vigor. Se trata de una aplicación precaria, que cesará cuando el acuerdo alcance el número necesario de ratificaciones y entre en vigor, o si el Estado que lo aplica a título provisorio manifiesta su intención de no llegar a ser parte del tratado.”

aprobación o de control parlamentario,¹²⁰ como bien se ha explicado en un comentario a la ley española sobre tratados:

“Regulada como es sabido en los artículos 25 de los Convenios de Viena de 1969 y 1986, la aplicación provisional es una figura que permite dar respuesta a las necesidades de urgente regulación y evitar vacíos normativos sin tener que esperar al cumplimiento de los requisitos constitucionales para la manifestación del consentimiento en obligarse por el tratado. Por ello, si bien sus ventajas en el plano internacional son claras, al mismo tiempo es necesario adoptar cautelas para que en el plano interno no se produzcan abusos que vayan en detrimento de los poderes parlamentarios.”¹²¹

Pese a estar regulada en la CV69, (y ser objeto de una reserva por parte del Perú al ratificar dicho instrumento internacional), la aplicación provisional de los tratados no tiene una sola mención en las normas nacionales. Nuevamente nos encontramos frente a un llamativo vacío normativo que ya había sido advertido por quienes estudiaron la precedente CP79,¹²² y que no ha sido llenado desde entonces, pese a que si se encuentra presente en la práctica internacional del Perú. La doctrina nacional no ha sido más generosa con la figura de la aplicación provisional, aunque recientemente ha despertado cierto interés su estudio.¹²³

No deja de llamar la atención que, aun habiendo sido el artículo 25 de la CV69 objeto de una reserva por parte del Perú, ninguna disposición legal o

¹²⁰ Geslin, A. *La mise en application provisoire des traités*. París : Pedone, 2005, p. 207: « La procedure de mise en application provisoire devant répondre a des besoins de rapidité peu compatibles avec les exigences de la démocratie parlementaire en matiere de conclusion des traités, est un sujet a la frontiere de deux ordres juridiques, l'ordre international et l'ordre interne. Aussi cette technique exerce-t-elle son influence sur l'un et sur l'autre systeme, sans qu'aucun de deux ne puisse durablement et valablement l'ignorer. »

¹²¹ Andrés Sáenz de Santa María, P. “Artículo 15. Aplicación provisional” en: Andrés Sáenz de Santa María, P. y otros. *Comentarios a la Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales. Ley 25/2004m de 27 de noviembre*. Pamplona: Civitas, Thomson Reuters, 2015, p. 308.

¹²² Belaunde. A. *Ob. Cit.*, p. 24: “Abundando en el análisis del artículo 104 de la Constitución puede observarse que él autoriza la conclusión de convenios internacionales por el mero acto de la firma, siempre y cuando por su naturaleza caiga dentro de lo comprendido en ese artículo. En cambio, no se dice nada sobre la puesta en ejecución previa a la ratificación, cosa que a veces se estipula en ciertos tratados internacionales. No creo que ese vacío haya de interpretarse como una exclusión absoluta de esa posibilidad, aunque si tiende a restringir notablemente su uso.”

¹²³ Nazario, O. *La Aplicación Provisional de los Tratados y su Tratamiento en el Ordenamiento Jurídico Interno*. Tesis para obtener el grado académico de Magíster en Diplomacia y Relaciones Internacionales, Academia Diplomática del Perú “Javier Pérez de Cuéllar”, 2013.

reglamentaria posterior a la ratificación de la CV69 se haya ocupado, o siquiera haya mencionado, la aplicación provisional en su relación con la legislación nacional. El motivo parece ser el propio tenor de la reserva peruana:

Para el Gobierno del Perú la aplicación de los artículos 11, 12 y 25 de la presente Convención debe entenderse en concordancia y con sujeción al proceso de suscripción, aprobación, ratificación, adhesión y entrada en vigencia de tratados que dispone su ordenamiento constitucional.¹²⁴

En efecto, los términos de la reserva peruana se han interpretado de manera errónea, pues se entienden como una reserva modificatoria, que vendría a adecuar el artículo 25 de la CV69 a la legislación nacional, cuando en realidad señala expresamente que el artículo 25 “debe entenderse en concordancia y con sujeción” a las disposiciones de la legislación interna. Veamos la situación con mayor detenimiento. Una reserva modificatoria, en nuestro concepto, no puede hacer depender la modificación, menos aún someterla, a las normas internas. En principio, porque la modificación, que debe ser conocida y aceptada por los demás Estados partes, debe ser clara y precisa, que no es el caso; y no puede estar sujeta al *ius variandi* estatal, que en este caso ni siquiera está normado de manera precisa.

En nuestra opinión, estamos en realidad frente a una declaración interpretativa que busca limitar la aplicación provisional a los mecanismos establecidos por el derecho interno. Lo curioso es que, habiendo formulado tal “reserva”, no exista posteriormente un correlato normativo sobre la aplicación provisional que de sentido a lo dispuesto en la “reserva”, dado que la referencia a conformarse a lo dispuesto en el “ordenamiento constitucional” no se condice, hasta la fecha, con la existencia de normas constitucionales o legales aplicables.¹²⁵

Sin embargo, lo cierto es que, pese a lo impreciso de la “reserva” peruana, no sólo no hay una norma que establezca el mecanismo idóneo para la aplicación provisional, sino que tampoco existe una norma que lo prohíba o impida. No parece lo más adecuado hacer una interpretación lata del principio general del

¹²⁴ Nota N° RE (TRA) 7 – 9 – C/03 de 23 de octubre de 2000, dirigida al secretario general de las Naciones Unidas.

¹²⁵ Nazario, O. *Ob. Cit.*, p. 109.

derecho, que la CP93 recoge en su artículo 2.24.a “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”, pues se trata de un derecho de la persona que no se puede extrapolar a la conducta de los funcionarios públicos.

No obstante, el hecho real y concreto es que no existe una prohibición expresa en el derecho peruano respecto de la aplicación provisional de los tratados. Y esta situación ha permitido que se recurra a la aplicación provisional, e incluso se le pacte de manera expresa en acuerdos internacionales, sin que tal situación haya meritado una observación del Poder Legislativo al ejercer su potestad de control. Tal es el caso del Acuerdo de Sede entre la República del Perú y el Comité Internacional de la Cruz Roja, suscrito en Lima el 20 de febrero de 2003 por el ministro de Relaciones Exteriores del Perú y el Jefe de la delegación del Comité Internacional de la Cruz Roja, que dispone:

Artículo 20 Entrada en vigor. El presente acuerdo será aplicado provisionalmente tras su firma y entrará en vigor en la fecha en que el PERÚ haya llevado a cabo el procedimiento establecido en su legislación para la ratificación de tratados internacionales.

Cabe mencionar que hasta la fecha se sigue aplicando “provisionalmente” el acuerdo de sede, pues aún no ha sido perfeccionado conforme a la legislación interna.

Lo cierto es que nos encontramos frente a un vacío normativo que merece mayor atención, pues la aplicación provisional tiene una finalidad precisa, y no debe ser desnaturalizada ni menos aún objeto de un empleo discrecional que afecte los límites que la propia CP93 establece a la capacidad de contratación internacional que ejerce el Poder Ejecutivo, pero que en ocasiones requiere de la participación del Poder Legislativo.

3.6 Los acuerdos internacionales administrativos o políticos no normativos

a. Acuerdos Interinstitucionales

La referencia a un tipo de acuerdo internacional distinto de los tratados es oblicua y poco clara en el Decreto Supremo N° 135 – 2010 – RE, Reglamento

de Organización y Funciones del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 17 de diciembre de 2010, cuya Disposición final única establece:

Para efectos del presente Reglamento, las siguientes expresiones se entenderán como se precisa a continuación:

Instrumento internacional: Término genérico que comprende a los instrumentos de carácter no vinculante cualquiera sea su denominación, así como a aquellos instrumentos que califican como tratados y que, por tanto, se encuentran regidos por el Derecho Internacional y están destinados a crear, modificar, regular o extinguir derechos y obligaciones en el marco de dicho ordenamiento.

La definición inicial de instrumento internacional se refiere a los acuerdos vinculantes y no vinculantes, que el propio Decreto no ha definido, y cuyo desarrollo, en el caso de los acuerdos no vinculantes, como “Acuerdos Interinstitucionales” se encuentra en la Directiva N° 001-DGT/RE-2013, y la Directiva N° 002-DGT/RE-2013:

1.4.3. Acuerdos Interinstitucionales

a. Se entiende por Acuerdo Interinstitucional un acuerdo celebrado por escrito entre cualquier entidad o entidades de la Administración Pública y uno o varios órganos gubernamentales extranjeros u organizaciones internacionales, cualquiera sea su denominación, sea que se derive o no de un tratado previamente adoptado, que está regido por el Derecho Internacional Público y/o por el ordenamiento interno de las partes.

b. El ámbito material de los acuerdos interinstitucionales y la capacidad de quienes los suscriban, **deberán circunscribirse exclusivamente a las atribuciones propias de las entidades de la Administración Pública que celebren tales acuerdos**, y bajo ninguna circunstancia podrán versar sobre las materias a que se refiere el artículo 56° de la Constitución Política, ni estar inmersos dentro de las causales señaladas en el segundo párrafo de dicho artículo. (énfasis y subrayado en el original)

Con algunas variaciones, el enunciado anterior se repite en la Directiva N° 002-DGT/RE-2013, que añade un énfasis en el primer párrafo (negrita y subrayado) a “entre cualquier entidad o entidades de la Administración Pública y uno o varios órganos gubernamentales extranjero u organizaciones internacionales”, y al finalizar añade que “La suscripción de Acuerdos Interinstitucionales no requiere del otorgamiento de plenos poderes.”

La norma boliviana, por ejemplo, no incluye una definición de acuerdos interinstitucionales. Si lo hace la legislación mexicana, que lo define así:

II.- “Acuerdo Interinstitucional”: el convenio regido por el derecho internacional público, celebrado por escrito entre cualquier dependencia u organismo descentralizado de la Administración Pública Federal, Estatal o Municipal y uno o varios órganos gubernamentales extranjeros u organizaciones internacionales, cualquiera que sea su denominación, sea que derive o no de un tratado previamente aprobado.

El ámbito material de los acuerdos interinstitucionales deberá circunscribirse exclusivamente a las atribuciones propias de las dependencias y organismos descentralizados de los niveles de gobierno mencionados que los suscriben.

En la legislación española no se emplea el término “interinstitucional”, el equivalente a la norma peruana y mexicana se encuentra en el Artículo 2:

b) “acuerdo internacional administrativo”: acuerdo de carácter internacional no constitutivo de tratado que se celebra por órganos, organismos o entes de un sujeto de Derecho Internacional competentes por razón de la materia, cuya celebración está prevista en el tratado que ejecuta o concreta, cuyo contenido habitual es de naturaleza técnica cualquiera que sea su denominación y que se rige por el Derecho Internacional. No constituye acuerdo internacional administrativo el celebrado por esos mismos órganos, organismos o entes cuando se rige por un ordenamiento jurídico interno.

La comparación de los textos, así como las diferencias entre las citadas normas, no obstante, permiten hacerse una idea más clara de la figura de “acuerdo interinstitucional” que la legislación peruana ha querido pergeñar, que carece de antecedentes normativos en el derecho peruano, y que, con frecuencia, produce no pocas confusiones en los distintos ámbitos de la Administración Pública.

a. Actos concertados no convencionales

Los usualmente denominados “pactos de caballeros”, que la doctrina llama actos concertados no convencionales, son actos que realizan los representantes de dos o más Estados sin que ello constituya un acuerdo vinculante que se pueda regir por las disposiciones del derecho internacional público, ni le sean aplicables las disposiciones contenidas en la CV69.

Estos suelen ser actos que establecen un procedimiento a seguir entre las partes, por ejemplo, el envío de notificaciones de ciertos actos, la realización de ciertos actos o la fijación de plazos.

Un texto no será un tratado internacional si no cumple con todas las disposiciones necesarias para ser considerado tal, aun cuando cumpla con algunas de ellas. Dicho de otro modo, los requisitos para un tratado internacional son concurrentes y acumulativos.

Así, debe ser celebrado por Estados u OOII a través de representantes facultados o debidamente autorizados (premunidos de plenos poderes), celebrado por escrito (CV69) o verbalmente, regido por el DIP, que produzca efectos jurídicos (crear derechos u obligaciones), sin importar la denominación que reciba, ya conste en un único instrumento o en varios instrumentos conexos. La falta de cualquier de esos elementos hace que no podamos referirnos a un documento como “tratado”, aun cuando cumpla con algunos de los requisitos mencionados.

Los documentos que no tienen categoría convencional, son textos de carácter y finalidad política que no se rigen por el DIP, en tanto no producen efectos jurídicos.

Los tratados producen efectos jurídicos, otros acuerdos de orden político, que proclaman la concordancia de dos o más sujetos de derecho Internacional en un objetivo político determinado no son considerados tratados sino Actos de cancillería o *non binding agreements* (acuerdos no vinculantes), cuyo origen está en el derecho inglés. Tal es el caso de los llamados Acuerdos de Caballeros, Declaraciones y Comunicados Conjuntos que suelen ser emitidos por Jefes de estado, Ministros de relaciones Exteriores u otros representantes del Estado con ocasión de reuniones políticas.¹²⁶

Precisamente el problema es que usualmente son concertados por quienes tienen la capacidad de representar internacionalmente al Estado, esto es, los jefes de Estado o de gobierno, o los ministros de Relaciones Exteriores. Pero debido a su carácter político y no jurídico – convencional, en realidad pueden ser concertados por los funcionarios que cada Estado decida, dado que, al ser acuerdos políticos, no están supeditados a las reglas de representación internacional requeridas para los tratados.

¹²⁶ Méndez Chang, E. *Ob. Cit.*, pp. 93 – 94.

Al concertarlos, los funcionarios no lo hacen en ejercicio de la representación internacional para contratar y crear derechos u obligaciones regidos por el derecho internacional.

Existen diversos niveles de acuerdos políticos o de acuerdos no normativos, y dependerá de la regulación de cada Estado que funcionarios o niveles de gobierno están capacitados para concertar dichos actos.

Si realmente tuvieran efecto obligatorio y cumplen todos los demás requisitos, aun cuando recibieran otro nombre, serán tratados internacionales y deberán recibir el tratamiento conforme, así como cumplir con las formalidades propias, de lo contrario, nos encontraríamos en presencia de lo que un sector de la doctrina denomina “tratados ocultos”.¹²⁷ Pueden ser reconducidos si se trata en verdad de “tratados ocultos” que deben subsanar cualquier vicio de forma (internacional e interna) para poder ser considerados tratados válidos.

En caso sean acuerdos que se encuentren dentro de los supuestos del artículo 56° de la CP93 o del segundo párrafo del artículo 57°, se deberá subsanar y cumplir con dar cuenta al Congreso o recabar su aprobación, para perfeccionar en la vía interna el tratado y sustraerlo a cualquier vicio que pueda ocasionar o conducir a su anulación.

Los actos no convencionales no requieren publicidad, en el sentido que, al no ser normas de carácter jurídico, su vigencia y aplicación no está sometida a dicha formalidad; es más, precisamente su finalidad política muchas veces requiere que sean reservados y no públicos. Los acuerdos políticos no generan responsabilidad internacional por su incumplimiento, puesto que no son obligaciones internacionales jurídicamente vinculantes.

Tal sería el caso de la Declaración de Paz de Itamaraty (Brasilia, 17 de febrero de 1995), entre el Perú y el Ecuador, para suspender las hostilidades en la frontera común, en el marco de la denominada “Guerra del Cenepa”.

¹²⁷ González Vega, J. “¿Tratados ocultos? Sobre ciertas manifestaciones de la acción concertada “no convencional” en el marco de las competencias “reservadas” a los tratados internacionales”, en: Fernández Rozas, J.C. y otros. *El derecho internacional en el mundo multipolar del siglo XXI. Obra homenaje al profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez*. Madrid: Iprolex, 2013, pp. 75 – 101.

Tras una serie de intercambios verbales, boletines y comunicados de prensa, los representantes de Ecuador y Perú sostuvieron conversaciones. Tras delicadas negociaciones, el 17 de febrero de 1995 se firmó la Declaración de Paz de Itamaraty en Brasilia (Brasil). El contenido de esta Declaración es el siguiente: la suspensión de las operaciones militares (punto 1); la separación de las fuerzas militares de Ecuador y Perú para su concentración en puntos específicos – en el caso de Ecuador se concentrará en Congos; Perú en el PV-1 Puesto de Vigilancia N° 1 – bajo la supervisión de la Misión de Observadores de los Países Garantes (punto 2); la Misión de Observadores de los Países Garantes recomendará a ambos Estados un área a ser totalmente desmilitarizada (punto 3); asimismo, se acordaba el inicio de conversaciones para encontrar una solución pacífica a los impases subsistentes (punto 6). La firma de esta Declaración estuvo a cargo de los Vicecancilleres del Ecuador y del Perú, Marcelo Fernández de Córdoba y Eduardo Ponce Vivanco, respectivamente.¹²⁸

Los acuerdos de naturaleza política, que no generan obligaciones ni crean derechos regidos por el derecho internacional público, no tienen la categoría de tratados internacionales en el derecho peruano.

3.10 La calificación de los tratados

La calificación de los tratados es potestad exclusiva del MRE, que la ejerce a través de la Dirección General de Tratados (ROF MRE, artículos 128 y 129). El primer gran tema en la calificación es determinar si el documento es o no es un tratado, luego habrá que definir si conforme a la Constitución es un tratado ejecutivo (primer párrafo del artículo 57°), o si requiere aprobación del Congreso (artículo 56°, o segundo párrafo del artículo 57°), y en el último caso, por qué motivo requiere dicha aprobación, es decir, cual es la materia de la lista positiva que desarrolla el tratado.

La DGT del MRE es el órgano al que corresponde la calificación de los tratados, y lo hace, en principio, a partir de la distinción que realiza la CP93 entre aquellos tratados que requieren aprobación previa del Congreso y los que son potestad exclusiva del Poder Ejecutivo

De la calificación del instrumento depende el trámite que le corresponda seguir. Si es un tratado internacional cuyas materias se encuentran establecidas en la lista positiva del artículo 56° de la Constitución, requerirá la aprobación del

¹²⁸ Méndez Chang, E. *Ob. Cit.*, pp. 94 – 95.

Congreso antes de su ratificación por el Poder Ejecutivo. Si es un tratado cuya materia recae dentro de las competencias del Poder Ejecutivo, será decidido y tramitado por éste, con cargo de dar cuenta al Poder Legislativo. Si el instrumento no es considerado un tratado, será de exclusiva competencia del Poder Ejecutivo, sin necesidad de dar cuenta al Congreso.¹²⁹

4. Manifestación del consentimiento en obligarse

4.1 Consentimiento en obligarse en tratados ejecutivos

Corresponde a los Estados manifestar su consentimiento definitivo en obligarse una vez que han examinado el texto autenticado. La manifestación del consentimiento definitivo en obligarse por medio del tratado obedece también al principio de la libertad de forma, aunque según el tipo de tratado se utiliza un procedimiento simplificado o un procedimiento complejo o solemne. La forma simplificada se emplea para los denominados tratados ejecutivos (*executive agreements*), y requieren únicamente la participación del Poder Ejecutivo.¹³⁰

En la tradición constitucional peruana esta atribución de concertar acuerdos ejecutivos, sin la previa aprobación del Parlamento, no estuvo reconocida sino hasta la Constitución de 1979, si bien, bajo la vigencia de la Constitución de 1933, el Poder Ejecutivo, a través del Ministerio de Relaciones comenzó a desarrollar una práctica en ese sentido.

“Sin embargo, la falta de regulación constitucional de los acuerdos simplificados no fue óbice para que estos surgieran como una nueva forma de celebración de tratados internacionales cuando se hicieron sentir indispensables para la evolución de las relaciones internacionales de nuestro país.

¹²⁹ V.- PRECISIONES CONCEPTUALES

Para efectos de los presentes lineamientos, se entenderá por:

b.- Acuerdos Interinstitucionales:

[...] La suscripción de Acuerdos Interinstitucionales no requiere del otorgamiento previo de plenos poderes.

¹³⁰ Acuerdo para el establecimiento de la Comisión Intergubernamental de Asuntos Económicos y Cooperación Técnica entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República Socialista de Vietnam. Firmado en Lima el 27 de agosto de 2015. Publicado en el diario “El Peruano” el 11 de enero de 2017.

Así, a pesar de no existir ninguna regulación en la Constitución de 1933, la Cancillería Peruana con espíritu innovador y frente a las necesidades existentes optó por crear una “**práctica constitucional**” permitiendo el surgimiento de un nuevo tipo de acuerdo internacional atendiendo a su procedimiento de celebración. Este se caracterizaba por la no injerencia del Congreso en su aprobación, siendo el Poder Ejecutivo el único encargado de formar la voluntad internacional del Estado y manifestarla posteriormente por medio de la ratificación internacional a cargo del Presidente de la República al otro Estado contratante.

En nuestra legislación no existió hasta la Constitución de 1979 ninguna reglamentación constitucional ni tampoco alguna norma de inferior jerarquía que regulara la práctica constitucional de los acuerdos simplificados.”¹³¹

La disposición de la Constitución de 1979, contenida en el artículo 104, facultaba al Presidente de la República a “sobre materias de su exclusiva competencia, firmar o ratificar convenios internacionales”. Sin embargo, al adoptar un sistema de lista negativa, como ha sido anteriormente señalado, no existía una clara delimitación de las competencias entre los poderes Legislativo

¹³¹ Granda, A. M. *Ob. Cit.*, pp. 98 – 99. Se puede citar como un ejemplo de dicha práctica:

RESOLUCIÓN SUPREMA N° 152

Lima, 7 de mayo de 1956.

Visto el Acuerdo celebrado entre el Perú y los Estados Unidos de América, en Washington, el 25 de enero del presente año, sobre uso de la energía atómica con fines pacíficos;

Tratándose de una reglamentación de carácter administrativo que se encuentra dentro de la atribución que corresponde al Poder Ejecutivo de conformidad con los incisos 8° y 16° del artículo 154 de la Constitución del Estado; y

Con el voto del Consejo de Ministros:

SE RESUELVE:

Aprobar el Acuerdo celebrado entre el Perú y los Estados Unidos de América, suscrito en Washington el 25 de enero del presente año, sobre uso de la energía atómica con fines pacíficos.

Regístrese y comuníquese.

Rúbrica del señor Presidente de la República.

Llosa G.P.

En: *Memoria de Relaciones Exteriores*, 28 de julio de 1955 – 28 de julio de 1956, Lima, 1956, pp. 305 y 306.

y Ejecutivo, lo que conllevó a desencuentros entre ambos poderes en más de una ocasión.¹³²

La Constitución de 1993 trajo mayor claridad, al incorporar el criterio de lista positiva para los tratados que requerían aprobación legislativa (Art. 56),¹³³ de manera que delimitaba con mayor claridad el radio de acción del Poder Ejecutivo en materia de contratación internacional.

Artículo 57°. El Presidente de la República puede celebrar o ratificar tratados o adherir a éstos sin el requisito de la aprobación previa del Congreso en materias no contempladas en el artículo precedente. En todos esos casos, debe dar cuenta al Congreso.

A diferencia de su predecesora, la CP93 si contiene una lista positiva de materias reservadas a la aprobación del Poder Legislativo, por lo que, la formulación del artículo 57 se limita a señalar que un tratado ejecutivo podrá versar sobre las materias no contempladas en el artículo 56, aunque hubiera sido más asertivo conservar de la fórmula constitucional anterior la expresión “sobre materias de su exclusiva competencia”.

¹³² Novak, F. “Artículo 56 Tratados aprobados por el Congreso” en: Gutiérrez, W. (Director). *La Constitución comentada, análisis artículo por artículo*. Lima: Gaceta Jurídica, 2006, p. 772: “La fórmula utilizada por la Constitución de 1979 era muy ambigua, generando algunos problemas de interpretación. Así surgió un gran debate en la doctrina nacional para determinar los alcances de la expresión “materias de su exclusiva competencia”. En este sentido, Fernández Maldonado encontró que la Constitución de 1979 señalaba las competencias exclusivas del Presidente de forma dispersa y poco clara. Más aun, comprobó que dichas materias no eran del todo exclusivas del Presidente, entrando también dentro del campo de acción del Congreso. Como ejemplo citaba el caso de la potestad reglamentaria, como atributo del Poder Ejecutivo (artículo 211, inciso 11) pero cuya regulación correspondía al Parlamento. Para De la Lama, la fórmula “materias de exclusiva competencia” implicaba más bien los acuerdos meramente ejecutivos, administrativos y reglamentarios; que no modificaran la legislación nacional ni exigieran leyes complementarias para su ejecución.”

¹³³ **Artículo 56°.** Los tratados deben ser aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el Presidente de la República, siempre que versen sobre las siguientes materias:

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

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

Dado lo exiguo de nuestra legislación nacional sobre la materia, es pertinente comentar el contenido del anteriormente citado el Proyecto de Ley N° 2571/2017-CR “Proyecto de Ley de desarrollo constitucional sobre el perfeccionamiento interno de los tratados”, pues aunque se trata de un proyecto de ley, y aún debe pasar todo el trámite legislativo (incierto en sus tiempos y en sus consecuencias sobre el proyecto originalmente presentado), trae una serie de conceptos que aportan una mayor claridad a la clasificación de los tratados, delimitando de una manera más precisa la diferencia entre los tratados ejecutivos (que denomina “tratados internacionales ejecutivos”) y los que requieren aprobación legislativa (que denomina “tratados ordinarios”).

El mencionado proyecto de ley define los tratados internacionales ejecutivos como “aquellos que no requieren aprobación previa del Congreso de la República, pudiendo el Presidente de la República manifestar el consentimiento del Estado peruano en obligarse por ellos, debiendo dar cuenta de ello al Congreso de la República”.¹³⁴ Más adelante precisa los límites materiales al establecer, Artículo 16.- Tratado internacional ejecutivo “Se considera tratado internacional ejecutivo a aquel que no afecta disposiciones constitucionales y que no es considerado como tratado ordinario.”

Entre las modalidades de celebración de los tratados ejecutivos, encontramos el canje de notas realizado por los representantes internacionales del Estado, como lo entienden la doctrina y la jurisprudencia nacionales; tal es el caso de la Resolución N° 1002 – 3 – 1997 del Tribunal Fiscal, que en su parte considerativa señala:

Que el intercambio de Notas emitidas por los representantes de dos sujetos de Derecho internacional, como son el Ministro de Relaciones Exteriores de Panamá en un caso, y el Embajador del Perú en Panamá, en el otro, constituye la formación de un Tratado Internacional, desde que viene a constituir la expresión posterior coincidencia de voluntades de dos Sujetos de Derecho Internacional, destinada a regular aspectos patrimoniales entre dos Estados; [...]

Que, en el presente caso, el Tratado internacional implica (...) el establecimiento de una exoneración sobre la renta derivada de una explotación definitiva -aeronaves- basada en el principio de la reciprocidad, por lo que en este caso no se hace necesaria la aprobación del Congreso mediante Resolución Legislativa.

¹³⁴ Artículo 3.- Procedimientos, numeral 3.2.

[...] Que de acuerdo a lo dispuesto por el Intercambio de Notas referido, el acuerdo de exoneración ha entrado en vigencia en la fecha de la nota emitida por el Embajador del Gobierno de la República dirigida al Ministro de Relaciones Exteriores del Gobierno de la República del Perú dirigida al Ministerio de Relaciones Exteriores del Gobierno de República de Panamá (...), por lo que a partir de entonces, existe exoneración del Impuesto a la Renta por razones de ingresos que se derivan de la explotación internacional de aeronaves, por lo que la renta obtenida por la recurrente se encuentra exonerada del referido Impuesto [...].

Se trata de una de las modalidades de expresión definitiva del consentimiento en obligarse por medio de tratados que puede ser empleada en los tratados internacionales ejecutivos que describe la norma nacional.

4.1.1 Información al Poder Legislativo

La CP93 establece que, en el caso de los tratados ejecutivos suscritos por el Presidente de la República (que se extiende a los tratados ejecutivos en general) que son de su exclusiva competencia, una vez celebrados, ratificados o expresada la adhesión a los mismos, debe dar cuenta al Congreso (Art. 57°, 1er párrafo *in fine*). La Ley N° 26647 establece en su artículo 2, párrafo 2 la formalidad interna de ratificación al disponer “Cuando los tratados no requieran la aprobación legislativa, el presidente de la República los ratifica directamente mediante Decreto Supremo”, y la formalidad para dar a conocer internacionalmente la voluntad del Estado en obligarse cuando “el Presidente de la república emite, además, el respectivo instrumento de ratificación” (párrafo 3).¹³⁵ En cumplimiento del precepto constitucional, el Presidente de la

¹³⁵ Méndez Chang, E. *El Control Parlamentario de las Atribuciones del Presidente en la Celebración de los Convenios Ejecutivos Internacionales*. Lima: PUCP, 1999, p. 83: “Actualmente, el art. 2 d la Ley N° 26647 del 28 de julio de 1996 precisa lo relativo al perfeccionamiento nacional de los tratados simplificados celebrados por el Perú y recoge la formalidad de la ratificación de los Convenios Internacionales Ejecutivos a través de Decreto Supremo, además de la emisión del respectivo instrumento de ratificación.”

República, en la norma de ratificación, dispone dar cuenta al Congreso,¹³⁶ para que éste pueda ejercer el control correspondiente.¹³⁷

El Proyecto de Ley N° 2571/2017-CR “Proyecto de Ley de desarrollo constitucional sobre el perfeccionamiento interno de los tratados”, establece el procedimiento para la dación de cuenta al Congreso de los tratados ejecutivos:

Artículo 18.- Procedimiento de control de los tratados internacionales ejecutivos

El procedimiento de control de los tratados internacionales ejecutivos por el Congreso de la República es el siguiente:

18.1 El Presidente de la República remite al Congreso de la República, dentro de los tres días útiles posteriores a su publicación, el decreto supremo por el que se ordena la manifestación del consentimiento del Estado en obligarse por el tratado internacional ejecutivo.

El incumplimiento de este trámite suspende la aplicación del tratado que, de haberse celebrado con arreglo al Derecho internacional, no surte efectos en el ámbito interno.

18.2 El expediente del tratado internacional ejecutivo que se remite al Congreso de la República debe contener los siguientes documentos:

18.2.1 Texto íntegro del instrumento internacional.

18.2.2 Antecedentes del tratado,

18.2.3 Informe sustentatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores que contenga las razones por las cuales el Poder Ejecutivo considera que el procedimiento de perfeccionamiento interno es el que corresponde a un tratado internacional ejecutivo.

18.2.4 Opiniones técnicas del sector o sectores con competencias vinculadas a la materia regulada por el tratado.

18.2.5 Decreto supremo por el que se ordena la manifestación del consentimiento del Estado en obligarse por el tratado.

¹³⁶ Decreto Supremo N° 002-2016-RE, Ratifican el “Acuerdo entre la República del Perú y la República Helénica sobre la prevención de robos, la excavación ilegal y la ilícita importación, exportación o transferencia de propiedad de bienes culturales y sobre la promoción de la restitución de los mismos a su país de origen” [...]

DECRETA: [...]

Artículo 3°. – Dese cuenta al Congreso de la República.

¹³⁷ Méndez Chang, E. *Ob. Cit.*, p. 83: El control parlamentario sigue siendo efectuado sobre el contenido material de los convenios, a fin que el Poder Ejecutivo no se exceda en sus atribuciones; debe tenerse en cuenta que es un control *a posteriori*, pues está referido únicamente a los convenios celebrados y ratificados por el Presidente de la República.

18.3 El Presidente del Congreso, en el plazo máximo de tres días útiles, remite el expediente a la Comisión de Constitución y Reglamento y a la Comisión de Relaciones Exteriores.

18.4 Las citadas comisiones del Congreso de la República realizan la labor de control del cumplimiento de la Constitución Política del Perú y de la presente Ley, debiendo emitir el dictamen correspondiente en el plazo máximo de 30 días útiles.

18.5 El dictamen puede concluir en:

18.5.1 La aprobación del expediente y su remisión al archivo, si se verifica el cumplimiento de lo dispuesto en la Constitución Política del Perú y la presente Ley.

18.5.2 La no aprobación del expediente, recomendando que se deje sin efecto el tratado.

En la primera sesión del pleno que se lleve a cabo luego de la recepción del dictamen negativo de una o ambas comisiones ordinarias, el Presidente del Congreso los someterá a consideración

Si se aprueba el dictamen negativo, el Congreso de la República emite una resolución legislativa dejando sin efecto interno al tratado; lo que será puesto en conocimiento del Presidente de la República dentro de los cinco días útiles posteriores a la aprobación de dicho dictamen.

El tratado deja de surtir efectos jurídicos internos al día siguiente de la publicación de la resolución legislativa en el Diario Oficial El Peruano.

En cualquier estado de este procedimiento o publicada la resolución legislativa a la que se hace mención en el párrafo anterior, el Presidente de la República puede tramitar el tratado, en vía de subsanación, conforme con el procedimiento aplicable a un tratado ordinario.

18.6 El trámite concluye cuando ambas comisiones ordinarias emiten sus respectivos dictámenes aprobatorios, salvo lo dispuesto en el numeral 18.5.2.

Recibidos los dictámenes aprobatorios de ambas comisiones, el Congreso de la República tiene un plazo de tres días útiles para comunicar esto al Ministerio de Relaciones Exteriores. La falta de esta comunicación no impide que el Ministerio de Relaciones Exteriores, habiendo tomado conocimiento por otros medios de la emisión de los dictámenes aprobatorios, considere concluido el trámite de dación de cuenta.

La propuesta normativa sigue la misma línea, equivocada en nuestro concepto, del Reglamento del Congreso y otras disposiciones legales pues, aunque guarde coherencia con estas últimas, se continúa aplicando a los tratados las normas del derecho interno, por encima de las normas internacionales que les son propias. Analicemos detenidamente el procedimiento que se establece para la información al Poder Legislativo sobre la celebración de tratados ejecutivos, y el procedimiento de control posterior que dicho poder del Estado está facultado a realizar.

El punto 18.1 establece un plazo breve (3 días) para que el Presidente de la República informe al Congreso de la celebración de un tratado ejecutivo, y el incumplimiento del plazo es penalizado con la suspensión de la aplicación del tratado en el ámbito interno, aun cuando haya sido celebrado “con arreglo al Derecho Internacional.”¹³⁸

Veamos, la suspensión de la aplicación del tratado en el ámbito interno es, directamente, la inaplicación del tratado. La situación prevista, una demora o incumplimiento de un proceso informativo (que da lugar a un control posterior), no se encuentra entre los supuestos que la CV69 ha previsto en los artículos 46 y 47 y que afectan la validez de los tratados. No ha existido, en principio, manifestación del consentimiento en violación al derecho interno, ni ausencia de competencia ni carencia de la facultad de representación. Ciertamente es que el Poder Legislativo tiene la competencia de controlar si el tratado celebrado no excede las competencias del Poder Ejecutivo, si la calificación del tratado como “ejecutivo” ha sido la adecuada, y se han cumplido las disposiciones constitucionales sobre la materia.

En vista que el control *a posteriori* de los tratados no coincide necesariamente con el enunciado de “violación manifiesta de una norma de importancia fundamental del derecho interno”, resulta excesivo sancionar con la suspensión de la aplicación del tratado la sola preterición de un plazo por demás perentorio.

Distinta es la situación una vez que se ha efectuado el control parlamentario del tratado ejecutivo remitido. La potestad de control posterior no conoce más límite que la sujeción a la constitución y sus disposiciones. Dentro de dicho control cabe verificar si el Poder Ejecutivo ha respetado sus atribuciones y se ha ceñido a las materias propias de su competencia, si la calificación del tratado como ejecutivo ha sido adecuada, y por lo tanto se ha seguido el

¹³⁸ Méndez Chang, E. *Ob. Cit.*, p. 88: El incumplimiento de este trámite de dar cuenta invalida el convenio a nivel interno. Sin embargo, subsiste la crítica en términos del Derecho internacional: aquel sujeto de Derecho Internacional con el cual el estado peruano concluyó el convenio lo considerará válido (según la Convención de Viena de derecho de los Tratados de 1969) y exigible; paradójicamente, no tendrá efectos internos a la luz de la Ley N° 25397. Ello no exime de la responsabilidad internacional que pueda derivarse del incumplimiento de la obligación internacional válidamente contraída.

procedimiento prescrito para su suscripción y publicación. Efectuada la evaluación por las comisiones parlamentarias de Constitución y Reglamento, y la de Relaciones Exteriores, si se constata la constitucionalidad del tratado, se informa al MRE y se archiva el procedimiento (18.5.1 y 18.6)

Sin embargo, si la evaluación que realizan las comisiones parlamentarias desaprueba el tratado, será el pleno del Congreso el que se pronuncie sobre el dictamen desaprobatorio, y en caso de aceptar la desaprobación del tratado lo expresa a través de una Resolución Legislativa por la cual, una vez publicada en el diario oficial, el tratado “deja de surtir efectos jurídicos internos.” Sin embargo, el procedimiento de control posterior no es de recibo como causal de suspensión o terminación de un tratado para el derecho internacional, que es el efecto que la norma nacional produciría en el ámbito interno.

El problema, más allá de lo teórico, es el efecto práctico de someter los tratados internacionales al derecho interno y generar para el Estado un hecho internacionalmente ilícito que acarrea responsabilidad internacional. En nuestra opinión, sin desconocer la potestad parlamentaria de control posterior y su capacidad para desaprobar el acto del Poder Ejecutivo, en consideración a las características propias de los tratados como normas de carácter internacional y sometidas en lo concerniente a su validez y aplicación únicamente al derecho internacional, la desaprobación parlamentaria puede disponer que se prive al tratado de efectos internos, pero no de manera inmediata, sino, en consideración a las disposiciones del propio tratado y a las del derecho internacional que le son aplicables, establecer un plazo adecuado (*vacatio legis*) para que el Poder Ejecutivo proceda a su denuncia.

Menos acertada, por la confusión que puede generar, es la disposición que permite que el tratado en proceso de ser evaluado por el Congreso, o aún después de haber sido desaprobado, se pueda tramitar la subsanación del tratado. Disposición inadecuada si el tratado está siendo evaluado, pues lo idóneo sería que el inicio del proceso de subsanación debería suspender la evaluación parlamentaria; e inconducente si el tratado ha sido desaprobado porque lo resuelto por el Congreso tiene un efecto abrogatorio sobre la norma, y por un procedimiento de subsanación interno recobraría vigencia una norma

internacional. La subsanación en el derecho internacional opera alternativamente a la anulación, pero no de manera concurrente ni menos aún posterior. La subsanación podríamos decir que “limpia” un vicio inicial de un tratado en vigor, pero no revive un tratado terminado. La disposición del proyecto normativo, aun cuando busca solucionar una posible situación de desaprobación de un tratado, genera una situación de inseguridad jurídica por lo anteriormente señalado.

4.2 Envío al Congreso para aprobación

El precepto constitucional establece, de acuerdo al criterio de lista positiva incorporado en el artículo 56°, qué tratados requieren de la aprobación del Congreso antes de su ratificación por el Presidente de la República. El precepto se reitera en el artículo 2° de la Ley N° 26647 que dispone “Artículo 2.- La aprobación legislativa de los tratados a que se refiere el Artículo 56 de la Constitución Política, corresponde al Congreso de la República, mediante Resolución Legislativa; y su ratificación al Presidente de la República, mediante Decreto Supremo.” De acuerdo al Reglamento de Organización y Funciones del MRE, corresponde a la Dirección General de Tratados la calificación de aquellos tratados que requieren la aprobación legislativa:

Artículo 129°. - De las Funciones de la Dirección General de Tratados

Son funciones específicas de la Dirección General de Tratados:

- e) Emitir opinión respecto al perfeccionamiento interno de los Tratados, determinando la vía constitucional aplicable. [...]
- g) Efectuar el seguimiento del trámite de aprobación de los Tratados ante el Congreso de la República, en coordinación con el Gabinete de Asesoramiento Especializado y las demás unidades orgánicas.

Dichas disposiciones se reiteran en la Directiva N° 001-DGT/RE-2013, numerales 1.5.5 y 1.5.7, y en la Directiva N° 002-DGT/RE-2013, numeral 6.2.2.

El Proyecto de Ley N° 2571/2017-CR “Proyecto de Ley de desarrollo constitucional sobre el perfeccionamiento interno de los tratados”, en concordancia con las disposiciones precitadas, define a los tratados que requieren aprobación previa del Congreso como “tratados ordinarios, que son aquellos que requieren aprobación previa del Congreso de la República antes

de que el Presidente de la República pueda manifestar el consentimiento del Estado peruano en obligarse por ellos” (Art. 3.1).

El Reglamento del Congreso establece los requisitos formales que deben cumplir los tratados que el Poder Ejecutivo envía para su aprobación: el texto íntegro del tratado, el informe que establece su calificación como tratado que requiere la aprobación legislativa, las opiniones de los sectores involucrados y la norma administrativa que dispone su envío al Poder legislativo para solicitar la aprobación preceptiva.¹³⁹

4.3 Aprobación parlamentaria previa al consentimiento en obligarse por un tratado

La forma compleja o solemne incluye la participación de los poderes Ejecutivo y Legislativo, que se da a través de la firma y ratificación del tratado. La firma corre por cuenta únicamente del Poder Ejecutivo y para la ratificación se necesita que el tratado sea previamente aprobado por el Poder Legislativo, antes que el Estado manifieste su voluntad definitiva de obligarse por medio de ese acuerdo. Recién a partir de esa manifestación de voluntad el Estado queda obligado por el tratado: en este caso, el tratado entra en vigencia con el canje o depósito de las ratificaciones, o cuando el tratado mismo así lo disponga.

¹³⁹ Requisitos especiales

Artículo 76. La presentación de las proposiciones de ley y de resolución legislativa está sujeta, además de lo señalado en el artículo precedente, a los siguientes requisitos especiales:

1. Las proposiciones presentadas por el Presidente de la República deben estar refrendadas por el Presidente del Consejo de Ministros y, en forma opcional, por el Ministro o los ministros cuyas carteras se relacionen en forma directa con la materia cuya regulación se propone. Pueden versar sobre cualquier asunto y de manera exclusiva le corresponde la iniciativa en materia presupuestal y financiera, legislación delegada, legislación demarcatoria territorial, tratados internacionales, consentimiento para el ingreso de tropas extranjeras sin afectar la soberanía nacional, prórroga del estado de sitio, declaración de guerra y firma de la paz y autorización para ausentarse del país. Además: [...]
- f) Las proposiciones de resolución legislativa para la aprobación de tratados, de acuerdo al artículo 56 de la Constitución Política, deben ir acompañadas por el texto íntegro del instrumento internacional, sus antecedentes, un informe sustentatorio que contenga las razones por las cuales el Poder Ejecutivo considera que debe ser aprobado por el Congreso, la opinión técnica favorable del sector o sectores competentes y la resolución suprema que aprueba la remisión del tratado al Poder Legislativo.

Cada Estado establece su procedimiento interno para la adopción de tratados, determinando la participación de los poderes Ejecutivo y Legislativo en la formación de la voluntad estatal, aunque generalmente se reconoce que quien expresa la voluntad internacional del Estado en obligarse por un tratado es el poder Ejecutivo.

En el caso peruano, la Constitución de 1993 contiene disposiciones específicas respecto de los tratados. Así, el artículo 55 dispone que «los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional». La Constitución establece como atribución presidencial la celebración y ratificación de los tratados (artículo 118 numeral 11); sin embargo, esta atribución debe ser concordada con la disposición acerca de los tratados contenida en el primer párrafo del artículo 57, que establece la potestad presidencial de celebrar, ratificar o adherir tratados, cuando estos versen sobre materias que no están reservadas a la aprobación del Congreso, sea por el tema o por su incidencia en materia constitucional, legal o tributaria. El precepto constitucional establece en qué casos corresponde la participación del poder Legislativo en la celebración de tratados (lista positiva contenida en el artículo 56 de la CP93).

El Reglamento del Congreso no ha previsto un procedimiento específico para la aprobación de los tratados que, de acuerdo al artículo 56° de la CP93, requieren su pronunciamiento previo, antes de ser ratificados por el Poder Ejecutivo.

La aprobación legislativa de los tratados en el derecho interno se rige por las disposiciones del Reglamento del Congreso, que las vota según el procedimiento de aprobación de las Resoluciones Legislativas, a tenor de lo dispuesto en la Ley N° 26647, “Establecen normas que regulan actos relativos al perfeccionamiento nacional de los Tratados celebrados por el Estado Peruano”:

Artículo 2.- La aprobación legislativa de los tratados a que se refiere el Artículo 56 de la Constitución Política, corresponde al Congreso de la República, mediante Resolución Legislativa; y su ratificación al Presidente de la República, mediante Decreto Supremo.

El Proyecto de Ley N° 2571/2017-CR “Proyecto de Ley de desarrollo constitucional sobre el perfeccionamiento interno de los tratados” establece el procedimiento de aprobación:

Artículo 14.- Procedimiento de aprobación de los tratados ordinarios

El procedimiento de aprobación de los tratados ordinarios por el Congreso de la República es el siguiente:

14.1 El Presidente de la República remite al Congreso de la República el proyecto de resolución legislativa, que cumple con los requisitos generales y específicos establecidos en el Reglamento del Congreso de la República y que debe estar acompañado de los siguientes documentos:

14.1.1 Texto íntegro del instrumento internacional.

14.1.2 Antecedentes del texto del tratado.

14.1.3 Informe sustentatorio que contenga las razones por las cuales el Poder Ejecutivo considera que el tratado debe ser aprobado por el Congreso de la República.

14.1.4 Opiniones técnicas del sector o sectores con competencias vinculadas a la materia regulada por el tratado.

14.1.5 Resolución suprema que aprueba la remisión del tratado al Congreso de la República.

14.2 Estas iniciativas legislativas requieren del dictamen de la Comisión de Relaciones Exteriores antes de su debate en el Pleno del Congreso de la República.

14.3 La aprobación del tratado por el Congreso de la República se realiza a través de una resolución legislativa.

El referido procedimiento legislativo está previsto en el artículo 64 del Reglamento del Congreso,¹⁴⁰ que establece el debate y aprobación de las normas legales emanadas del poder Legislativo, disponiendo en el artículo 75º que “Las proposiciones de resolución legislativa se sujetarán a los mismos

¹⁴⁰ Reglamento del Congreso de la República.

Artículo 64º. - Los procedimientos parlamentarios son el conjunto de actos sucesivos e integrados que se realizan para promover el debate y los acuerdos del Congreso destinados a producir leyes y resoluciones legislativas, actos de control político y designaciones y nombramientos. Pueden ser:

- a. Procedimiento Legislativo; que comprende el debate y aprobación de leyes ordinarias, leyes orgánicas, leyes autoritativas para ejercer la legislación delegada, leyes presupuestales y financieras, leyes de demarcación territorial, leyes de reforma de la Constitución Política, del Reglamento del Congreso y de resoluciones legislativas. [...]

requisitos que los de ley, en lo que fuera aplicable.” Las propuestas del Poder Ejecutivo tienen un tratamiento establecido en el artículo siguiente:

Artículo 76°. - La presentación de las proposiciones de ley y de resolución legislativa está sujeta, además de lo señalado en el artículo precedente, a los siguientes requisitos especiales:

1. Las proposiciones presentadas por el Presidente de la República deben estar refrendadas por el Presidente del Consejo de Ministros y, en forma opcional, por el Ministro o los ministros cuyas carteras se relacionen en forma directa con la materia cuya regulación se propone. Pueden versar sobre cualquier asunto y de manera exclusiva le corresponde la iniciativa en materia presupuestal y financiera, legislación delegada, legislación demarcatoria territorial, **tratados internacionales**, consentimiento para el ingreso de tropas extranjeras sin afectar la soberanía nacional, prórroga del estado de sitio, declaración de guerra y firma de la paz y autorización para ausentarse del país.

La norma reconoce la competencia exclusiva del Presidente de la República para proponer la aprobación de tratados, a la vez que el requisito del refrendo ministerial preceptivo. El propio Reglamento establece los requisitos formales que debe contener la remisión del proyecto de tratado que será sometido a consideración del Congreso, establecidos en el citado artículo 76°, numeral 1, literal f):

Las proposiciones de resolución legislativa para la aprobación de tratados, de acuerdo al artículo 56° de la Constitución Política, deben ir acompañadas por el texto íntegro del instrumento internacional, sus antecedentes, un informe sustentatorio que contenga las razones por las cuales el Poder Ejecutivo considera que debe ser aprobado por el Congreso, la opinión técnica favorable del sector o sectores competentes y la resolución suprema que aprueba la remisión del tratado al Poder Legislativo.

El procedimiento de votación de los tratados no está expresamente señalado en el Reglamento del Congreso. Las propuestas del Poder Ejecutivo que requieren de la aprobación del Congreso a tenor de lo dispuesto en el artículo 56° de la CP93 se tramitan por el procedimiento general de las leyes, salvo una particularidad, al ser el Congreso peruano de tipo unicameral, las leyes pasan por dos votaciones, pero las resoluciones legislativas que aprueban tratados, según dispone el artículo 78° del Reglamento del Congreso, están dispensadas de la segunda votación.¹⁴¹

¹⁴¹ Artículo 78°. - No se puede debatir ningún proyecto de ley que no tenga dictamen. [...]

En el caso de los tratados ordinarios el procedimiento de votación es por mayoría simple una vez computado el quórum de la sesión.

a. Aprobación de tratados que afectan la Constitución por la forma o por el fondo

Sin embargo, la situación varía cuando alguna de las materias sometidas a la aprobación del Congreso cae dentro del supuesto contenido en el artículo 57° de la CP93, segundo párrafo: “Cuando el tratado afecte disposiciones constitucionales debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución, antes de ser ratificado por el Presidente de la República” (Art. 206). En tal caso se aplica el procedimiento especial contemplado en el artículo 81° del Reglamento del Congreso, que dispone la votación por mayoría calificada y, eventualmente, la sumisión a referéndum.¹⁴²

En tales casos, el tratado será votado por el referido procedimiento y sólo luego de su aprobación por el Congreso, o por el Congreso y su confirmación por referéndum, el Poder Ejecutivo se encontrará habilitado para proceder a la ratificación, aprobación o adhesión del tratado.

Al respecto cabe señalar que la CP93 incorpora el referéndum como mecanismo de democracia directa para la aprobación de la reforma de la constitución y de las normas con rango de ley, sin hacer reserva o excluir de este procedimiento la aprobación de los tratados. Sin embargo, dicho

Sin el requisito de la doble votación, la Mesa Directiva no puede proseguir el trámite de la ley, ni enviarla al Presidente de la República para su promulgación. Sólo se encuentran exoneradas de este requisito las proposiciones de resolución legislativa de aprobación de tratados, de aprobación de ingreso de tropas extranjeras, de autorización de viajes al exterior al Presidente de la República y las de designación, elección o ratificación de funcionarios, a que se refieren los incisos f), h) y j) del numeral 1 del artículo 76° y el artículo 93° del presente Reglamento. [...]

¹⁴² **Artículo 81°.** - Para el debate y aprobación de proposiciones de ley que no se refieran a materia común, se observarán las siguientes reglas:

- a. Leyes de reforma de la Constitución; se aprobarán con el voto favorable de por lo menos la mitad más uno del número legal de Congresistas, para luego ser sometida a referéndum o, en su defecto, será aprobada en dos períodos anuales de sesiones sucesivos con el voto aprobatorio de un número superior a los dos tercios del número legal de Congresistas. La ley aprobada por cualquiera de las formas señaladas no puede ser observada por el Presidente de la República.

procedimiento no procede aplicarse para la denuncia de los tratados, conforme lo señala el numeral 2 del artículo 32 de la CP93.¹⁴³

Evidentemente, la intención del constituyente de 1993 fue librar a los tratados de las vicisitudes de un procedimiento que no tomaría en cuenta adecuadamente la dimensión de las obligaciones internacionales surgidas de los tratados y podría suscitar una situación que obligara el Poder Ejecutivo a la modificación o denuncia de un tratado, estando sometida tal denuncia a las reglas del propio tratado o las del derecho internacional general (CV69, artículos 54 y 56), mientras que en el orden interno la norma modificada o desaprobada por referéndum habría perdido vigencia, colocando al Estado ante la situación de dar cumplimiento al tratado desconociendo la voluntad popular expresada en el referéndum, o bien dar cumplimiento a ésta última incurriendo en responsabilidad internacional por incumplimiento del tratado.

En el caso de tratados que afectan disposiciones constitucionales, el Artículo 3.3 del Proyecto de Ley N° 2571/2017-CR “Proyecto de Ley de desarrollo constitucional sobre el perfeccionamiento interno de los tratados” los define como “aquellos que requieren ser aprobados por el procedimiento que rige la reforma de la Constitución.” El procedimiento que establece el referido proyecto de ley es el siguiente:

Artículo 22.- Procedimiento de aprobación de los tratados que afectan disposiciones constitucionales

Un tratado que afecta alguna disposición constitucional se aprueba por el Congreso de la República antes de su ratificación por el Presidente de la República, siguiendo el procedimiento establecido para la reforma constitucional:

22.1 El tratado debe ser aprobado por el Congreso con mayoría absoluta del número legal de sus miembros y ratificado mediante referéndum.

22.2 Puede omitirse el referéndum cuando el acuerdo del Congreso se obtiene en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de congresistas.

¹⁴³ **Artículo 32°.** Pueden ser sometidas a referéndum:

1. La reforma total o parcial de la Constitución;
2. La aprobación de normas con rango de ley; [...]

No pueden someterse a referéndum la supresión o la disminución de los derechos fundamentales de la persona, ni las normas de carácter tributario y presupuestal, ni los tratados internacionales en vigor.

22.3 La tramitación del tratado en el Congreso de la República no necesariamente lleva a una modificación de la Constitución Política del Perú, pudiendo presentarse uno de los siguientes tres supuestos:

- a) Si el Congreso de la República decide aprobar el tratado y, a la vez, modificar la Constitución Política del Perú, debe emitir una Ley de Reforma Constitucional y, en ella, hacer constar la aprobación del tratado.
- b) Si el Congreso de la República decide aprobar el tratado sin modificar la Constitución Política del Perú, emite una resolución legislativa, luego de seguir el procedimiento que rige la reforma de la Constitución.
- c) Si el Congreso de la República decide no aprobar el tratado, emite una resolución legislativa, luego de seguir el procedimiento que rige la reforma de la Constitución.

El desarrollo legislativo propuesto establece entonces tres posibles situaciones para estos tratados: la aprobación del tratado por el procedimiento de reforma constitucional, que no implica reforma constitucional; la aprobación del tratado y de una reforma constitucional; la desaprobación del tratado. El primer caso concuerda con la disposición del segundo párrafo del artículo 57° de la CP93, que no exige una reforma de la constitución, únicamente que la aprobación del tratado siga el procedimiento de la reforma constitucional. El segundo caso supone que la aprobación del tratado se dé simultáneamente con una reforma constitucional, lo que es posible, pero no es lo que dispone el artículo constitucional precitado. No obstante, hay quienes entienden que esta es la situación que se produce con la aprobación de un tratado por el mecanismo de la reforma constitucional.¹⁴⁴

b. Indelegabilidad de la aprobación legislativa

¹⁴⁴ Hakansson, C. *Curso de Derecho Constitucional*. Lima, Palestra, 2012, p. 229: “[...] En otras palabras, cuando el contenido de los instrumentos internacionales se encuentran (sic) en manifiesta contradicción con la Constitución peruana, el Constituyente de 1993 ha dispuesto la necesidad de emplear el procedimiento previsto para hacer efectivo el llamado poder constituyente constituido, es decir, la necesidad de reformar la Carta de 1993 para superar el conflicto normativo.

En este caso lo que se modifica es la Constitución peruana pero no el tratado, ya que es imposible modificar unilateralmente un instrumento internacional además que ellos mismos contienen sus propias normas de reforma por los Estados partes. Debe entonces quedar claro que lo que se modifica es la Constitución para superar dicha contradicción, de tal manera que la Carta de 1993 haga suyas, recoja como propios, aquellos contenidos inicialmente polémicos, los cuales una vez incorporados mediante el procedimiento de reforma previsto en el artículo 206, y de adecuada armonía con la Constitución peruana, formarán parte de su texto superando así el conflicto de normas.”

Las atribuciones del Poder Legislativo sobre la aprobación de tratados, que la Constitución establece en el artículo 56 y en el segundo párrafo del artículo 57, son privativas de dicho poder del Estado, pues la misma Constitución taxativamente establece que es una atribución del Congreso (Artículo 102, numeral 3, “Aprobar los tratados, de conformidad con la Constitución”) y, que “No pueden delegarse a la Comisión Permanente materias relativas a la reforma constitucional, la aprobación de tratados internacionales [...]” (Artículo 101, numeral 4, segundo párrafo), por lo que dicha atribución tampoco puede delegarse en el Poder Ejecutivo, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 104:

Artículo 104°. El Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre la materia específica y por el plazo determinado establecidos en la ley autoritativa.

No pueden delegarse las materias que son indelegables a la Comisión Permanente.

Por lo que la aprobación legislativa, cuando la Constitución así lo dispone, es preceptiva e indelegable.¹⁴⁵

c. Los tratados sobre soberanía, dominio o integridad del Estado

Indudablemente, un aspecto siempre polémico es el relativo a los temas de soberanía o integridad territorial, aun cuando no sea fácil precisar exactamente lo que ese membrete incluye. En un sentido amplio, si tomamos a los tratados como una limitación a la soberanía nacional, por cuanto establecen obligaciones a cargo del Estado, no habría excepción alguna a la aprobación

¹⁴⁵ Méndez Chang, E. *Ob. Cit.*, p. 88: En relación a la posibilidad de delegar a la Comisión Permanente del Congreso la aprobación de los tratados, la Constitución Política de 1993 es muy clara al negar esta posibilidad. Así lo ha entendido en su jurisprudencia el Tribunal Constitucional: “Así, por ejemplo, el artículo 104.º de la Constitución se refiere a la ley autoritativa, mediante la cual el Congreso de la República delega al Poder Ejecutivo la facultad de legislar a través de Decretos Legislativos. Dicha ley tiene dos elementos indispensables: la materia específica a delegar y el plazo determinado para ejercer la delegación. A su turno, conforme a los artículos 104.º y 101.º, inciso 4.º, de la Constitución, el Congreso de la República no puede delegar al Poder Ejecutivo las materias relativas a reforma constitucional, aprobación de tratados internacionales, leyes orgánicas, Ley de Presupuesto y Ley de la Cuenta General de la República.” Tribunal Constitucional, Pleno Jurisdiccional, EXP. N.º 047-2004-AI/TC, del 24 de abril de 2006, acápite 2.1.3.1.1.1. Las leyes, párrafo 16.

legislativa previa, tal como se requería en el derecho peruano antes de la Constitución de 1979. Sin embargo, lo que se incluye en la disposición constitucional es lo que atañe al territorio del Estado y los espacios que lo conforman, u obligaciones que involucren cesión o limitación de soberanía, tal sería el caso de los tratados de límites,¹⁴⁶ los tratados de paz,¹⁴⁷ los de integración,¹⁴⁸ los que crean o aceptan la jurisdicción de tribunales internacionales,¹⁴⁹ los que establezcan servidumbres o afectaciones territoriales, o los que cedan o traspasen atribuciones o competencias estatales.

Es el caso de aquellos tratados que establecen una frontera, que puede ser terrestre,¹⁵⁰ marítima,¹⁵¹ fluvial,¹⁵² lacustre¹⁵³ o aérea, o la afectación a una

¹⁴⁶ Wagner De Reyna, A. *Historia Diplomática del Perú 1900 – 1945*. Lima: 1997, Fondo Editorial del Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú. Respecto al tratado de límites con Colombia, firmado el 24 de mayo de 1934 en Río de Janeiro, p. 258: “Sancionado por el Congreso del Perú el protocolo de Río de Janeiro de 1934 y su acta adicional, su aprobación legislativa tropezó con serios inconvenientes en Colombia, cuyo gobierno tuvo que pedir una prórroga para el canje de ratificaciones, que por fin se realizó en Bogotá el 27 de setiembre de 1935”. Respecto del tratado de límites con Ecuador, firmado el 29 de enero de 1942 en Río de Janeiro, p. 302: “Este tratado, en cambio, fue aprobado por el Congreso de la República del Ecuador el 26 de febrero de 1942, cuando no quedaba un solo soldado peruano en su territorio, y sus documentos de ratificación fueron canjeados en la capital brasileña en solemne ceremonia bajo la Presidencia del señor Getulio Vargas, Presidente el Brasil, el 31 de marzo del citado año”

¹⁴⁷ Wagner De Reyna, A. *Ob. Cit.*, p. 194: “El Perú estuvo representado en la conferencia de paz, y su delegado don Carlos G. de Candamo, ministro en París, suscribió el tratado de Versalles, instrumento que fue aprobado por resolución legislativa de 17 de noviembre de 1919.”

¹⁴⁸ Resolución Legislativa No. 26603, de fecha 9 de mayo de 1996, que aprueba el “Protocolo modificador del Acuerdo de Integración Subregional Andino – Acuerdo de Cartagena.”

¹⁴⁹ Es el caso de la Resolución Legislativa N° 28011, Resolución Legislativa que aprueba la “Declaración del Reconocimiento de la Competencia Obligatoria de la Corte Internacional de Justicia”, de 24 de junio de 2003.

También se encuentra una disposición relacionada en la Ley n° 27775, Ley que regula el procedimiento de ejecución de sentencias emitidas por tribunales supranacionales.

Artículo 1.- Objeto de la Ley

Declárase de interés nacional el cumplimiento de las sentencias dictadas en los procesos seguidos contra el Estado Peruano por Tribunales Internacionales constituidos por Tratados que han sido ratificados por el Perú de acuerdo con la Constitución Política.

¹⁵⁰ Protocolo de paz, amistad y límites, celebrado entre la República del Perú y la República del Ecuador el 29 de enero de 1942 en Río de Janeiro.

¹⁵¹ Acuerdo por intercambio de Notas de contenido idéntico entre la República del Perú y la República del Ecuador sobre Límites Marítimos, de 2 de mayo de 2011, Artículo 2°

En atención a la existencia de circunstancias especiales en el área adyacente a la frontera terrestre entre nuestros dos países, el límite entre los espacios marítimos bajo soberanía o

parte del territorio (como la creación de una servidumbre de paso, el establecimiento de una zona franca,¹⁵⁴ etc.), o aprobar una cesión en arrendamiento o una transferencia de territorio. Este tipo de tratados, por implicar una afectación al territorio del Estado en sentido amplio, solo pueden ser realizados con la participación activa de la representación nacional reunida en el poder Legislativo.¹⁵⁵

derechos de soberanía y jurisdicción del Perú y el Ecuador, incluyendo tanto la columna de agua como su suelo y subsuelo, se extenderá a lo largo del paralelo geográfico 03°23'33.96"S, que con el meridiano 80°19'16.31"W corresponde al punto de inicio de la frontera terrestre ratificada por el Acta de Brasilia de 26 de octubre de 1998 y cuya equivalencia en el sistema WGS 84, 03°23'31.65"S y 80°18'49.27"O respectivamente, fue definida en el Acta suscrita al término de la IV Reunión de la Comisión Mixta Permanente de fronteras Perú-Ecuador (COMPEFEP), llevada a cabo en Lima, los días 23 y 24 de abril de 2009.

¹⁵² Ver en: Ulloa, A. *Posición Internacional del Perú*. Lima: Fondo Editorial del Ministerio de Relaciones Exteriores, 1997, pp. 249 – 250. Tratado de rectificación de fronteras entre el Perú y Bolivia, firmado en La Paz el 17 de setiembre de 1909 (Tratado Polo – Bustamante), “la línea de demarcación entre los territorios del Perú y de Bolivia, partirá del lugar en que las actuales fronteras coinciden con el río Suches, cruzará el lago del mismo nombre y se dirigirá por los cerros Palomanbi – Tranca, Palomani – Kunca, pico de Palomani y Cordillera de Yagua – yagua. De allí se dirigirá por las cordilleras de Huajra, de Lurini y de Ichocorpa, siguiendo la línea de división de aguas entre los ríos Lanza y Tambopata hasta los 14° de latitud Sud, y de allí avanzará hasta encontrar el mismo paralelo el río Mosoj – Huaico o Lanza, y continuará por este río hasta su confluencia con el Tambopata. Desde la confluencia del río Tambopata con el río Lanza, la frontera irá a encontrar la cabecera occidental del río Heath, y seguirá por este, aguas abajo, hasta el río Amarumayu o Madre de Dios. Desde la confluencia del río Heath con el Madre de Dios, se trazará una línea geodésica que, partiendo de la boca del Heath vaya al Occidente de la barraca Illampu, sobre el río Manuripi, y dejando esta propiedad, del lado de Bolivia, la línea de frontera se dirigirá a la confluencia del arroyo Yaverija con el río Acre, quedando de propiedad definitiva y perpetua de Bolivia todos los territorios situados al Oriente de dichas líneas y de propiedad definitiva y perpetua del Perú los territorios situados al occidente de las mismas.”

¹⁵³ Ulloa, A. *Ob. Cit.*, p. 252: “El Lago Titicaca, que separa la Perú de Bolivia en una vasta extensión, se encuentra delimitado entre los dos Estados por las bases fijadas en el artículo 5° del Protocolo de 2 de junio de 1925 y por el Protocolo ratificatorio de 15 de enero de 1932. Este último confirma el acuerdo de la Comisión Mixta Demarcadora de 19 de diciembre de 1929 y comprende no sólo el trazo de las fronteras a través, propiamente, de las aguas del lago, sino de los accidentes geográficos territoriales que en él se mencionan.”

¹⁵⁴ Resolución Legislativa N° 26184 Aprueban Convenios e Instrumentos Internacionales suscritos entre los Gobiernos de Perú y Bolivia, 12 de mayo de 1993.

¹⁵⁵ Novak, F. *Ob. Cit.* Artículo 56, 2006, p. 775: “Todo ello nos lleva a concluir que son tratados comprendidos en este acápite: los tratados de paz; tratados de límites; tratados de establecimiento de relaciones diplomáticas y consulares; los constitutivos de Organizaciones Internacionales; los de solución pacífica de controversias; los tratados de integración; sobre recursos naturales y medio ambiente, entre otros. La práctica peruana confirma además que tratados que han versado sobre estas materias han pasado por la previa aprobación del Congreso.

Por otro lado, la Constitución complementa esta norma al establecer que el Congreso también deberá prestar su consentimiento para el ingreso de tropas extranjeras en el territorio de la

El Proyecto de Ley N° 2571/2017-CR “Proyecto de Ley de desarrollo constitucional sobre el perfeccionamiento interno de los tratados”:

Artículo 6.- Tratados que versan sobre soberanía, dominio o integridad del Estado

Un tratado versa sobre soberanía, dominio o integridad del Estado, en los siguientes supuestos:

6.1 Cuando se cede a otro sujeto de derecho internacional, institución internacional o actor internacional, alguna de las competencias soberanas del Estado; como las de juzgar, legislar, realizar labores de fiscalización o control, u otras similares

6.2 Cuando se renuncia a alguna de las competencias soberanas del Estado, como las señaladas en el numeral anterior, en favor de otro sujeto de Derecho internacional, institución internacional o actor internacional.

6.3 Cuando se otorgan privilegios o inmunidades a nacionales de otros Estados, sean o no funcionarios internacionales, y siempre que esos privilegios o inmunidades no les sean ya aplicables a esas personas en virtud de otros acuerdos internacionales de los que el Perú sea Estado parte.

6.4 Cuando se afecta, en favor o en contra del Estado peruano, alguna de las fronteras o alguno de los derechos soberanos que ejerce sobre el suelo, subsuelo, mar adyacente a sus costas y el espacio aéreo que los cubre.

6.5 Cuando se refiere al uso o usufructo del territorio, del mar adyacente a sus costas o del espacio aéreo que los cubre.

6.6 Cuando versa sobre otras materias, distintas de las señaladas en los numerales anteriores, referidas a la soberanía del Estado, al dominio que ejerce sobre sus nacionales y sobre extranjeros que se encuentran en su territorio o a la integridad de su territorio.

En los últimos 20 años algunos documentos internacionales suscritos por el Perú han caído dentro de este supuesto constitucional, aunque han recibido un tratamiento muy variado, según el caso, pues todos los temas territoriales suelen ser sensibles para las opiniones públicas nacionales. Como casos relevantes podemos citar los siguientes:

a) El Acta Final de Brasilia de paz con el Ecuador (1998)

Se trata de un documento *sui generis*, pues no era propiamente la aprobación de un tratado de límites directamente negociado por los Estados partes, pero

República (artículo 102, inciso 8); así como para la declaración de guerra y firma de la paz (artículo 118, inciso 16).”

fijaba los límites que habían quedado pendientes de determinar entre ambos Estados.

Ante el entrampamiento de las negociaciones directas entre el Perú y el Ecuador, los países garantes del Protocolo de Río de Janeiro de 1942, a saber, los Estados Unidos de Norteamérica, Argentina, Brasil y Chile, realizan una proposición a ambos gobiernos: los cuatro garantes harán una propuesta integral de solución que contemple la cuestión limítrofe y las cuestiones conexas que se han ido conversando entre el Perú y el Ecuador a partir del inicio de las rondas de conversaciones en Brasilia, en abril de 1997. Dichas conversaciones giraron en torno a la solución de los problemas limítrofes identificados como “impases subsistentes” en la declaración de Santiago de octubre de 1996, que incluía el asunto de la provisión de agua en el Canal de Zarumilla, único impasse subsistente en el sector occidental de la frontera; el problema de la delimitación de los ríos fronterizos; la delimitación de la zona septentrional de Lagartococha; la delimitación en la zona de la Cordillera del Cóndor comprendida entre los hitos “Cunhuime Sur” y “20 de noviembre”; y en la estribación final de dicha cordillera, el espacio entre el hito “Cusumaza – Bumbuisa” y la desembocadura del río Yaupi en el río Santiago, en el sector oriental. A estos aspectos se sumaban un acuerdo sobre la navegabilidad de los ríos internacionales de la cuenca del Amazonas que discurren entre ambos Estados, la formación de espacios binacionales de distensión (parques binacionales) y alguna concesión territorial reclamada por el Ecuador.

Los países garantes realizaron una propuesta bastante atípica: en función de todo lo visto y conversado directamente por los Estados partes, con la asistencia de los países garantes, harían una propuesta integral de solución que incluiría el arreglo de las diferencias territoriales y los demás aspectos involucrados en las conversaciones, y la propuesta sería entregada en sobre cerrado a los Estados interesados, pero a condición que estos la aceptaran con carácter de obligatoria y se comprometieran a cumplirla como si fuera un tratado de límites directamente concertado por las partes.

Sin embargo, al ser una propuesta de arreglo territorial, necesariamente caía dentro del supuesto constitucional de soberanía e integridad, lo que implicaba

la aprobación de los poderes legislativos de ambos Estados, como requisito habilitante para que los poderes ejecutivos pudiesen aceptar la propuesta en sobre cerrado y se comprometieran a darle cumplimiento. La dificultad, principalmente política, estribaba en que los parlamentos nacionales de ambos Estados aceptaran aprobar un documento a ciegas, que a ciegas igualmente les presentaban sus poderes ejecutivos, y que implicaba aceptar un arreglo de límites a un problema secular.

No fue fácil. Ni en el Perú ni en el Ecuador. En ambos Estados se elevaron voces de protesta, se generaron suspicacias y se sembraron dudas respecto a la conveniencia de avenirse a tal solución. Los presidentes de ambos países, señores Fujimori y Mahuad, se vieron en la necesidad de emplearse a fondo en lograr una aprobación “a ciegas”, un acto de inaudita confianza en la posición nacional que sustentaba cada uno, pero también en la probidad de los países garantes que ofrecían una solución que no había sido conversada ni pactada con los directos interesados, pero que ponía cumplido fin a los 56 años de gestiones que habían realizado para que el acuerdo de 1942 se materialice en el trazado de una frontera y en una paz duradera entre los dos países andinos.

Finalmente la confianza en la paz por venir se impuso en ambos parlamentos, que aprobaron mayoritariamente que sus jefes de Estado aceptaran la propuesta de los países garantes, acto que se llevó a cabo el 31 de octubre de 1998 en Brasilia, donde se suscribió el acta de aceptación y se abrió el sobre con la fórmula propuesta por los países garantes, que en los aspectos territoriales fue largamente favorable a la posición peruana, e introdujo algunos aspectos que, más allá de la polémica del momento, no han enturbiado lo principal, que se llegó a un acuerdo de límites definitivo y que se inauguró una nueva etapa en las relaciones vecinales entre ambos Estados.

En este caso primó lo sustantivo sobre lo formal, pues en realidad no se llevó ante el parlamento el texto de un acuerdo de límites, sino que se solicitó la autorización para aceptar un arreglo territorial propuesto por los países garantes, con el añadido de desconocer cuales eran los alcances de dicha propuesta. Sin embargo, pese al debate, que por momentos alcanzo cotas dramáticas, el Congreso peruano aprobó que el Poder Ejecutivo aceptase la

propuesta de los garantes con carácter de definitivo, mandatorio y ejecutable, como si de un acuerdo de límites formal se hubiese tratado.¹⁵⁶

b) El Acuerdo con Chile para la ejecución del Tratado de 1929 (1999)

Como consecuencia de la Guerra del Pacífico, iniciada por Chile contra el Perú y Bolivia en 1879, y que terminó en 1883 con el Tratado de Ancón por el que se cedió a Chile de manera definitiva la provincia litoral de Tarapacá, y por diez años las provincias de Tacna y Arica, el Perú sostuvo un largo contencioso con Chile, que vencido el plazo estipulado de 10 años se negó a restituir las provincias cautivas. Dicho contencioso pasó por varias etapas y requirió la mediación del presidente de los Estados Unidos de Norteamérica, hasta que en 1929 ambos gobiernos arribaron a un acuerdo directo, el Tratado de Lima y su Protocolo complementario de 29 de junio de 1929.

El aspecto esencial de dicho tratado, la devolución de la provincia de Tacna, se cumplió cabalmente. Sin embargo, hubo numerosos aspectos complementarios que quedaron pendientes. En 1993 hubo un intento de ambos gobiernos, las llamadas "Convenciones de Lima" que quisieron en cierto sentido novar las obligaciones del tratado de 1929, pero al ser desaprobadas en los congresos de ambos Estados no pudieron ser ratificadas ni entrar en vigor. En 1999 se negoció y firmó un acuerdo de carácter ejecutivo para el cumplimiento del tratado de 1929, que al no involucrar aspectos territoriales ni de soberanía, y mantenerse dentro de la ejecución de las obligaciones establecidas por dicho tratado y su protocolo complementario, no requirió aprobación previa del poder legislativo.

c) La demanda marítima del Perú contra Chile en la CIJ (2008)

¹⁵⁶ García Corrochano, L. "La Fórmula de Brasilia: nuevas soluciones a viejos problemas", en: Autores Varios. *El proceso de conversaciones para la solución del diferendo peruano – ecuatoriano (1995 - 1998)*. Lima: Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú – Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000.

Un asunto de indudable carácter limítrofe fue la presentación de la demanda del Perú contra Chile en la CIJ para determinar la frontera marítima entre ambos Estados, que no había sido definida por ningún instrumento internacional reconocido por ambas partes con tal carácter de tratado de límites. El Perú, luego de ofrecer a Chile un diálogo con vistas a un acuerdo, ante el rechazo de tal iniciativa, decidió presentar una demanda ante la CIJ para la determinación del límite marítimo. Pese a ser un acto internacional de alcance territorial y que implicaba la soberanía nacional sobre los espacios materia de la demanda, esta fue presentada por el poder Ejecutivo sin requerir la autorización del Congreso para su tramitación. Situación sin duda particular, porque la sentencia que puso fin al diferendo estableció un límite que no coincidía con la posición peruana (tampoco coincidía con la posición chilena) y tuvo el mismo efecto de un tratado de límites pues puso fin al diferendo y estableció de manera permanente la frontera marítima entre ambos Estados.¹⁵⁷

d) El tratado de límites marítimos con el Ecuador (2011)

El caso de la frontera marítima con el Ecuador tuvo un tratamiento muy distinto al caso de la frontera marítima sur con Chile. A propuesta del Perú, sobre la base de instrumentos internacionales preexistentes que específicamente se referían a la particular situación de la frontera marítima norperuana, en la que la presencia de islas en el litoral ecuatoriano no permitían el trazado de una línea media equidistante, lo que impulsaba la línea de frontera al paralelo marítimo como fórmula equitativa, que es lo que finalmente acordaron ambos Estados, suscribiendo un tratado por canje de notas el 2 de mayo de 2011, que fue objeto de aprobación por ambos congresos nacionales, y por intercambio de ratificaciones se concretó el tratado de límite marítimo entre ambos Estados.

e) Los Convenios de Ilo con Bolivia (1992) y protocolo adicional (2010)

¹⁵⁷ Novak, F. y L. García Corrochano. "Presentación y análisis general del fallo de la Corte Internacional de Justicia sobre el diferendo marítimo entre el Perú y Chile", en: *Agenda Internacional*, Año XXI, N° 32, 2014.

En primer lugar, debemos tener en cuenta que el origen del protocolo adicional se encuentra en el Convenio Marco de 1992 denominado Proyecto Binacional de Amistad, Cooperación e Integración “Gran Mariscal Andrés de Santa Cruz” entre los Gobiernos de Perú y Bolivia. Dicho instrumento estableció en su Artículo 2 que el Perú concedía “el libre uso de sus instalaciones portuarias y el desarrollo de una Zona Franca Industrial y una Zona Franca Turística en playa en el Puerto de Ilo”. De lo que se desprende que dicho tratado establecía una concesión únicamente de carácter civil o comercial, y para uso dentro de dichos fines.

Luego, en el 2010, el embajador del Perú en Bolivia suscribe con el ministro de Relaciones Exteriores de Bolivia el denominado “Protocolo Complementario y Ampliatorio a los Convenios de Ilo”, que incorpora temas no previstos por el tratado original, como los que se encuentran en el Artículo 20 relativo a la presencia y derecho de navegación otorgado a los buques de la Armada Boliviana en el Puerto de Ilo, y el Artículo 23 que autoriza la instalación en Ilo de “un Anexo de la Escuela Naval del Estado Plurinacional de Bolivia”. Presentado como un acuerdo complementarlo y ampliatorio, constituyó una auténtica novación del tratado original, puesto que no está en la letra, ni pareciera tampoco estar en el espíritu del Convenio de 1992 incorporar temas de naturaleza militar a lo que originalmente fue un convenio de amistad, cooperación e integración. Estos artículos disponen lo siguiente:

Artículo 20.- El Perú autorizará la presencia de barcos de la Armada boliviana y les otorga derecho de navegación en el puerto de Ilo, a partir de la entrada en vigencia del presente Protocolo Complementario, para desarrollar actividades de investigación, cooperación e instrucción. Los alcances y aspectos específicos de esta materia serán definidos en el acuerdo que sobre el particular concerten las autoridades de ambos países.

Artículo 23.- Se instalará en Ilo un Anexo de la Escuela Naval del Estado Plurinacional de Bolivia, para cuyo propósito se suscribirá un convenio de cooperación institucional entre las Armadas de ambos países. Asimismo, las Armadas de ambos países suscribirán un acuerdo de cooperación, en el curso de los 45 días después de la entrada en vigor del presente Protocolo Complementario.

Debemos partir por señalar que, en nuestro criterio, ambos artículos consagran diversas servidumbres internacionales a favor de Bolivia, lo que por definición implica una limitación a la soberanía territorial del Estado Peruano. Esta afirmación se sustenta en los siguientes argumentos:

La servidumbre internacional se establece por medio de un tratado, en virtud del cual una parte del territorio de un Estado sirve a cierto fin o interés de otro Estado.¹⁵⁸ El Estado en cuyo territorio va a operar la servidumbre se le conoce como Estado servidor, mientras que el Estado beneficiado con este derecho recibirá el nombre de Estado dominante.¹⁵⁹

Precisamente, los artículos 20 y 23 del citado Protocolo establecen por tratado diversas servidumbres positivas a favor de Bolivia, que se configura como Estado dominante, como es el caso del “derecho de navegación en el puerto de Ilo”, y su presencia permanente en el mismo, y la instalación de un anexo de su Escuela Naval dentro del territorio peruano; estos tres derechos consagrados a favor de Bolivia implican – como lo señala la definición de servidumbre anteriormente citada – el uso permanente de territorio peruano a favor de las Fuerzas armadas de Bolivia.

En síntesis, los artículos 20 y 23 del Protocolo de 2010 consagraron tres servidumbres internacionales a favor del Estado Plurinacional de Bolivia, las mismas que por su propia naturaleza, implican una afectación a la soberanía territorial del Estado peruano.¹⁶⁰

¹⁵⁸ Oppenheim, L. *Tratado de Derecho Internacional Público, Tomo I, Volumen II*. Barcelona: Bosch, 1961, pp. 94 – 95; Podestá Costa, L. *Derecho Internacional Público, Tomo I*. Buenos Aires: TEA, pp. 69 y siguientes; Arellano Garcia, C. *Primer Curso de Derecho Internacional Público*. México: Trillar, p. 800; Cavaré, L. *Le droit international public positif, Tome I: La notion de droit international public*. París: Pédone, 1951, p. 288; Barberis, J. *El territorio del Estado y la soberanía territorial*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2003, pp. 203 y ss.

¹⁵⁹ Bonfils, H. *Manuel de droit international public*. París: Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, 1898, p. 169: “Las servidumbres pueden ser clasificadas como positivas o negativas. Una servidumbre es positiva si obliga al Estado a permitir que dentro de su territorio ejerza derechos otro Estado.” Ver también: Pederneiras, R. *Direito internacional compendiado*. Río de Janeiro, 1936, pp. 161 – 162.

¹⁶⁰ Se entiende que afectar cobra el significado que le atribuye el Diccionario de la Academia de la Lengua Española: “Imponer gravamen u obligación sobre algo, sujetándolo el dueño a la efectividad de ajeno derecho.”

De todo lo señalado en el punto anterior se desprende que el Protocolo debería ser aprobado internamente por el Congreso de la República antes de su ratificación presidencial, en virtud del artículo 56, inciso 2 de la Constitución Política del Perú de 1993, que dispone que “Los tratados deben ser aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el Presidente de la República, siempre que versen sobre las siguientes materias: [...] 2. Soberanía, dominio o integridad del Estado.”¹⁶¹

La Constitución peruana establece la necesidad de que aquellos tratados que afecten de alguna manera cualesquiera de estos tres conceptos deben pasar por el Congreso. La soberanía es, como sabemos, la potestad jurídica de un Estado para decidir libremente sus asuntos internos y externos, la cual se ejerce sobre un territorio (soberanía territorial). El dominio es el derecho en virtud del cual las cosas se encuentran sometidas a la acción y voluntad del Estado; ese derecho se ejerce sobre bienes muebles (navíos y otros elementos de transporte, etc.) y sobre inmuebles (el territorio en sus diversos aspectos). Finalmente, la integridad se refiere al elemento territorial del Estado como representación real de este.¹⁶²

En consecuencia, será el Congreso de la República, como depositario de la voluntad popular y de la representación nacional, el que tendrá que evaluar y definir si el referido Protocolo es favorable a los intereses nacionales, aprobándolo o rechazándolo en bloque. El Congreso no puede plantear modificaciones ni tampoco sugerir reservas, en tanto esta última figura jurídica solo procede en los tratados multilaterales.

d. Los tratados sobre derechos humanos

¹⁶¹ Véase la Ley N° 26647, Establecen normas que regulan actos relativos al perfeccionamiento nacional de los Tratados celebrados por el Estado Peruano.

Artículo 2.- La aprobación legislativa de los tratados a que se refiere el Artículo 56 de la Constitución Política, corresponde al Congreso de la República, mediante Resolución Legislativa; y su ratificación al Presidente de la República, mediante Decreto Supremo. [...]

¹⁶² Ruíz Moreno, I. Citado en *Enciclopedia Jurídica OMEBA. Tomo IX*. Buenos Aires, p. 405; Novak, F. “Los Tratados Aprobados por el Congreso”. En: *La Constitución Comentada. Análisis Artículo por Artículo*. Tomo I, Lima: Gaceta Jurídica/Congreso de la República, 2006, p. 775.

En primer término, respecto de los tratados sobre derechos humanos existe aún polémica en torno a su tratamiento constitucional. La CP79 les concedía jerarquía constitucional, situándolos por encima de los demás tratados dentro del orden jurídico interno, aun cuando en el derecho internacional no existe tal jerarquía, sin embargo, cabe resaltar que la intención tuitiva de los derechos fundamentales, y las circunstancias políticas del momento, inspiraron parte de la labor del constituyente de aquel tiempo.¹⁶³ La CP93 establece en la Cuarta Disposición Final:

Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

En tal sentido, es evidente que el constituyente de 1993 no quiso rebajar el nivel de reconocimiento o protección de los derechos fundamentales, sin por ello establecer una jerarquía normativa donde no cabe hacerlo.¹⁶⁴ El sentido de la disposición que requiere la aprobación legislativa de los tratados sobre derechos humanos debemos buscarlo en el hecho que, al ser incorporados al derecho peruano por la vía de un tratado, dichos derechos pasan a formar parte de la obligación de proteger que asume el Estado, y generalmente requieren de medidas legislativas complementarias para garantizar su plena observancia.

El Proyecto de Ley N° 2571/2017-CR “Proyecto de Ley de desarrollo constitucional sobre el perfeccionamiento interno de los tratados”:

Artículo 5.- Tratados que versan sobre derechos humanos

Un tratado versa sobre derechos humanos, en los supuestos siguientes:

¹⁶³ García Corrochano, L. “La Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Constitución Peruana”, en: Novak, F. y J.J. Ruda. *Cincuenta años de la Declaración de los Derechos Humanos*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, p. 126: Asimismo, la Constitución de 1979 señalaba en el artículo 105º: «Los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos tienen jerarquía constitucional». De esta manera, el legislador constituyente de 1979 asimilaba los acuerdos internacionales de derechos humanos a la legislación interna, situándolos en el lugar de mayor jerarquía normativa.

¹⁶⁴ García Corrochano, L. *Ob. Cit.*, p. 127: Aun cuando no existe un artículo en la Constitución que expresamente reconozca la jerarquía constitucional de los tratados internacionales relativos a los derechos humanos, una disposición final establece que dichos tratados forman el marco interpretativo de los preceptos constitucionales relativos a los derechos y libertades de la persona, haciendo expresa mención de la Declaración Universal de Derechos Humanos, e incluyendo los tratados sobre la materia ratificados por el Perú.

5.1 Cuando reconoce derechos humanos, ya sea que estén o no regulados en la Constitución Política del Perú como derechos fundamentales, o en normas internacionales de las cuales el Perú es parte.

5.2 Cuando amplía los alcances de aplicación o interpretación de uno o varios derechos humanos

5.3 Cuando establece la obligación de implementar medidas directamente encaminadas a dotar de mayor eficacia a los derechos humanos.

5.4 Cuando establece un sistema de protección internacional de derechos humanos o un mecanismo de cooperación que ayude a garantizar la efectividad de derechos humanos o a sancionar su violación.

5.5 Cuando reconoce la competencia contenciosa o consultiva de un tribunal, corte, comité o similar, de carácter internacional, en materia de derechos humanos.

5.6 Cuando versa sobre otras materias, distintas de las señaladas en el presente artículo, pero que estén referidas a derechos humanos.

En algunos casos resulta evidente que el tratado en cuestión contiene una materia de derechos humanos, en cuyo caso se realiza el trámite legislativo de aprobación previamente a su ratificación. Tal ha sido el caso del Protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos, aprobado por Resolución Legislativa N° 26448 de 28 de abril de 1995; la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, aprobada por Resolución Legislativa N° 26583 de 22 de marzo de 1996; o la Enmienda al artículo 8° de la Convención internacional sobre eliminación de todas las formas de discriminación racial, aprobada por Resolución Legislativa N° 27078 de 22 de marzo de 1999.

En otros casos el contenido no ha sido directamente de derechos humanos pero el Ejecutivo le ha dado esa calificación y lo ha sometido a aprobación legislativa, como es el caso de la Convención para facilitar y garantizar la adopción de menores, aprobada por Resolución Legislativa N° 26474 de 9 de junio de 1995, aunque en otras situaciones similares se ha procedido de manera distinta, considerando la materia como de relevancia únicamente del Ejecutivo.

El Tribunal Constitucional ha determinado que los tratados que obligan a la adopción de medidas para garantizar los derechos humanos son también

tratados de derechos humanos, en la sentencia recaída en el Expediente N° 00032 – 2010 – AI:

"(...) Los tratados en virtud de los cuales un Estado se obliga a la adopción de medidas encaminadas directamente a dotar de mayor eficacia los derechos humanos, son tratados sobre derechos humanos, aun cuando éstos no reconozcan "nuevos derechos". De hecho, muchas veces, son justamente las medidas concretas que el Estado asume internacionalmente, a través de determinados tratados complementarios, las que permiten perfilar con mayor nitidez los alcances del contenido protegido de tales derechos, y consecuentemente, las que permiten, al amparo de la Cuarta Disposición Final de la Constitución, interpretar de modo más preciso los derechos fundamentales reconocidos por ella. En otros términos, la existencia o no de un tratado sobre derechos humanos, no viene definida por un criterio formal como puede ser el análisis de si se trata de un tratado que por primera vez reconoce un derecho de ese carácter, sino por un criterio material, consistente en analizar si el tratado se ocupa directamente de un derecho humano, sea para reconocerlo por vez primera, sea para asumir obligaciones orientadas a su más eficiente protección.

Es así que, por ejemplo, el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir la pena de muerte, es un tratado sobre derechos humanos, que contribuye a interpretar de forma más precisa los alcances del contenido protegido del derecho a la vida, aunque no se le reconozca aquí por primera vez; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, es un tratado sobre derechos humanos, que precisa determinados alcances del derecho a la igualdad de género, exigiendo a los Estados partes la adopción de determinadas medidas para efectivizar su protección, aunque no reconozca al derecho por primera vez; la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, es un tratado sobre derechos humanos, que precisa determinados alcances del derecho a la integridad personal, obligando a la adopción de determinadas medidas a ello orientadas, aunque no reconozca por vez primera el referido derecho; la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, es un tratado sobre derechos humanos, que contribuye a precisar la delimitación del derecho al trabajo, exigiendo a los Estados partes la toma de ciertas medidas para ello, y no conlleva un reconocimiento *ex novo* del mencionado derecho; la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, es un tratado sobre derechos humanos, pues coadyuva a la mejor protección del derecho a la verdad, y no establece un originario reconocimiento de este derecho; etc.

En esa misma línea, el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, es un tratado sobre derechos humanos, pues, aunque no reconoce al derecho a la protección de la salud como un "nuevo derecho" (en los términos de los recurrentes), obliga a los Estados partes de manera clara y directa a la adopción de medidas que contribuyan a optimizar su eficacia".

Aun así, en la práctica peruana no queda muy claro el límite a establecer sobre en qué casos estamos estrictamente ante una materia de derechos humanos que requiere aprobación legislativa, pues muchas enmiendas o protocolos

adicionales no tratan estrictamente de las materias sustantivas de dichos tratados sino sobre asuntos conexos.

El Perú tiene una larga tradición suscribiendo o adhiriendo tratados relativos a derecho internacional de los conflictos armados, que se remonta a los primeros textos convencionales sobre dichas materias, pues ha sido parte, como se verá, de los principales instrumentos internacionales de derecho de los conflictos armados en sus tres vertientes: conducción de las hostilidades, limitación de armamentos y derecho internacional humanitario. Es el caso de la Declaración de París de 1856 sobre principios de derecho marítimo en tiempo de guerra, aprobada por Resolución Legislativa de 5 de octubre de 1857,¹⁶⁵ texto que pone fin a la secular práctica del corso en la guerra naval (1. El Corso está y queda abolido).¹⁶⁶

Las Convenciones de La Haya de 1899 sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre y su reglamento anexo y la de adaptación a la guerra marítima de los principios de la Convención de Ginebra de 1864 fueron aprobadas por Resolución Legislativa de 25 de octubre de 1903, y enviada la nota de adhesión del MRE del Perú a su homólogo de los Países Bajos el 24 de noviembre de 1903.¹⁶⁷ La Convención de La Haya sobre buques hospitales (1905) fue aprobada por Resolución Legislativa N° 104 de 25 de octubre de 1905.¹⁶⁸

Las Convenciones de la Haya de 1907 relativas a los derechos y deberes de las potencias y de las personas neutrales en caso de guerra terrestre, y relativa a los derechos y deberes de las potencias neutrales en caso de guerra marítima, no fueron ratificadas por el Perú, sin embargo “en los Decretos

¹⁶⁵ Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú. *Tratados, Convenciones y Acuerdos vigentes entre el Perú y otros Estados. II Instrumentos multilaterales*. Lima: Imprenta Torres Aguirre, 1936, pp: 3 – 4.

¹⁶⁶ La Constitución de 1839 aún incluía entre las atribuciones del Presidente de la República, una disposición que le facultaba a conceder patentes de corso (Art. 87, 15ª Conceder patentes de corso y letras de represalia). Dicha disposición dejó de incluirse como atribución presidencial a partir de la Constitución de 1856.

¹⁶⁷ Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú. *Tratados, Convenciones y Acuerdos vigentes entre el Perú y otros Estados. II Instrumentos multilaterales*. Lima: Imprenta Torres Aguirre, 1936, pp: 82 – 95.

¹⁶⁸ *Ibidem*, pp: 100 – 102.

Supremos de fechas 21 de agosto de 1914 y 13 de mayo de 1933, estableciendo la neutralidad en la guerra de 1914 – 1918 y en la guerra entre Bolivia y Paraguay, respectivamente, declaró someterse a sus disposiciones.”¹⁶⁹ Situación similar se produjo respecto de la Declaración Naval de Londres de 26 de febrero de 1909, que no fue ratificada por el Perú, sin embargo, durante la guerra del Chaco Bolivia – Paraguay) el Perú como país neutral declaró someterse a sus disposiciones por decreto de 13 de mayo de 1933.¹⁷⁰ La Convención de Ginebra de 1929 para el mejoramiento de los heridos y enfermos de los ejércitos en campaña fue aprobada por Resolución Legislativa N°7770 de 10 de junio de 1933.¹⁷¹

Los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 fueron ratificados por el Perú en noviembre de 1955, luego de ser aprobados por el Congreso.¹⁷²

e. Los tratados sobre defensa nacional

La disposición constitucional contenida en el artículo 56.3 es tan escueta en su formulación (“Defensa Nacional”) como polivalente al momento de determinar el alcance de las obligaciones internacionales que son susceptibles de enmarcarse dentro de tan sucinta expresión.¹⁷³

¹⁶⁹ *Ibidem*, pp: 113 – 126.

¹⁷⁰ *Ibidem*, pp: 127 – 137.

¹⁷¹ *Ibidem*, pp: 574 – 584.

¹⁷² RESOLUCIÓN LEGISLATIVA N° 12412

Lima, 31 de octubre de 1955.

Señor:

El Congreso, en ejercicio de la atribución que le confiere el inciso 21° del artículo 123° de la Constitución Política del Estado, ha resuelto aprobar los Convenios suscritos en Ginebra, el 12 de agosto de 1949, para la protección de las víctimas de la guerra.

Lo comunicamos a usted, para su conocimiento y demás fines.

En: Memoria de Relaciones Exteriores, 28 de julio de 1955 – 28 de julio de 1956, Lima, 1956, p. 373.

¹⁷³ Novak, F. *Ob. Cit.* Artículo 56, 2006, p. 776: “En este sentido, podemos enmarcar dentro de esta categoría los tratados de seguridad colectiva; los tratados de alianza defensiva, los de no agresión o neutralidad; y los que establezcan Organizaciones Internacionales de Cooperación Militar.”

El Proyecto de Ley N° 2571/2017-CR “Proyecto de Ley de desarrollo constitucional sobre el perfeccionamiento interno de los tratados” realiza un listado bastante exhaustivo de los diversos tipos de situaciones que caben ser reguladas a través de tratados internacionales.

Artículo 7.- Tratados que versan sobre defensa nacional

Un tratado versa sobre defensa nacional, en los supuestos siguientes:

7.1 Cuando se declara o se da por terminado un conflicto armado internacional, en los términos establecidos en las normas de Derecho internacional humanitario.

7.2 Cuando se compra, se vende o se dona a otro sujeto de Derecho internacional, institución internacional o actor internacional, o se recibe de ellos por donación, préstamo o puesta a disposición, armas, maquinaria, equipos, uniformes o similares, empleados por las fuerzas armadas.

7.3 Cuando se compra, se vende o se dona a otro sujeto de Derecho internacional, institución internacional o actor internacional, o se recibe de ellos por donación, préstamo o puesta a disposición, equipos de tecnología avanzada, satélites u otros similares, para ser empleados de manera exclusiva por las fuerzas armadas o de manera compartida con otras instituciones del Estado, ya sea que su control esté o no a cargo de las fuerzas armadas

7.4 Cuando se establece una transferencia de tecnología en materia de defensa nacional, entre sujetos de Derecho internacional, instituciones internacionales o actores internacionales, indistintamente.

7.5 Cuando se dispone de personal o equipos de las fuerzas armadas, cualquiera que fuere el fin.

7.6 Cuando versa sobre otras materias, distintas de las señaladas en los numerales anteriores, pero referidas a defensa nacional o bajo el control del Ministerio de Defensa.

Como se puede apreciar, bajo el membrete de “defensa nacional” caben una serie de situaciones que el proyecto de ley aspira a detallar de manera comprensiva. No obstante, el punto 7.1 trae un anacronismo como es la declaratoria de guerra. En efecto, después de 1945 no sólo ha entrado en desuso el *ius ad bellum*, sino que se encuentra expresamente prohibido por la Carta de las Naciones Unidas. Sin embargo, entre las atribuciones usualmente compartidas (o sujetas a control) del presidente de la república se ha encontrado desde siempre la de declarar la guerra (o firmar la paz) con autorización del Congreso,¹⁷⁴ disposición que han mantenido todas las

¹⁷⁴ Constitución de 1823, art. 60. Son facultades exclusivas del Congreso: 6° Decretar la guerra con presencia de las instrucciones del Poder Ejecutivo, y requerir a este para que negocie la

constituciones, con distintas fórmulas, pero que, con posterioridad a la suscripción de la Carta de las Naciones Unidas, deviene en contradictoria con las disposiciones de dicho tratado multilateral. Curiosamente, la CP79 mantuvo dicha atribución presidencial,¹⁷⁵ ya para entonces anacrónica, y más sorprendente aun es que se mantenga dicha disposición en la vigente CP93.¹⁷⁶

La disposición “se da por terminado un conflicto armado internacional” es más amplia (e imprecisa) que la fórmula constitucional “firmar la paz”, y sólo puede ser entendida en concordancia con ésta, y la preceptiva limitación de requerir para ello la aprobación congresal. La invocación para ambas situaciones, declaratoria de guerra y firma de paz, “en los términos establecidos en las normas de Derecho internacional humanitario”, no parece la más adecuada. Quizá una mención más general del tipo “conforme a la constitución y los tratados en vigor”, o de acuerdo a la constitución y el derecho internacional” (por no mencionar a la más tradicional “conforme a los usos y costumbres de la guerra”) hubiese resuelto la papeleta de mejor manera.

Los acápites 7.2, 7.3 y 7.5 con ser amplios para abarcar diversas situaciones (“Cuando se compra, se vende o se dona a otro sujeto de Derecho internacional”), no contemplan la puesta a disposición de personal militar o armamento u otro equipo bélico, que resulta necesario para cumplir con las obligaciones y posibles requerimientos de la mencionada Carta de la ONU en casos de operaciones de mantenimiento o restablecimiento de la paz de acuerdo a las disposiciones del Capítulo VII Acción en caso de amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión, cuyo artículo 43 dispone:

1. Todos los Miembros de las Naciones Unidas, con el fin de contribuir al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, se comprometen a poner a disposición del Consejo de Seguridad, cuando éste lo solicite, y de conformidad con un convenio especial o con convenios especiales, las fuerzas

paz. Art. 80. Además son facultades exclusivas del presidente: 4° Declarar la guerra a consecuencia de la resolución del Congreso.

¹⁷⁵ Artículo 211.- Son atribuciones y obligaciones del Presidente de la República:

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

¹⁷⁶ Artículo 118°. Corresponde al Presidente de la República:

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

armadas, la ayuda y las facilidades, incluso el derecho de paso, que sean necesarias para el propósito de mantener la paz y la seguridad internacionales.

2. Dicho convenio o convenios fijarán el número y clase de las fuerzas, su grado de preparación y su ubicación general, como también la naturaleza de las facilidades y de la ayuda que habrán de darse.

3. El convenio o convenios serán negociados a iniciativa del Consejo de Seguridad tan pronto como sea posible; serán concertados entre el Consejo de Seguridad y Miembros individuales o entre el Consejo de Seguridad y grupos de Miembros, y estarán sujetos a ratificación por los Estados signatarios de acuerdo con sus respectivos procedimientos constitucionales.

El propio texto señala que el cumplimiento de la obligación se materializará a través de acuerdos sujetos a los procedimientos constitucionales de cada Estado, lo que salva el vacío normativo interno.

En las restantes disposiciones del artículo, vemos que éste se adecua a la práctica estatal más reciente, especialmente en los relativo a la recepción de tecnología para uso militar exclusivo o compartido, así como para las diversas formas de cooperación para la defensa, que se ilustra con algunos tratados recientes.¹⁷⁷

¹⁷⁷ “Acuerdo de Cooperación en materia de Defensa entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República Francesa”, suscrito por los ministros de Defensa de ambos Estados en Lima el 4 de noviembre de 2013. Aprobado por Resolución Legislativa N° 30389 de 18 de diciembre de 2015. Ratificado mediante Decreto Supremo N° 078-2015-RE de 28 de diciembre de 2015. Entró en vigor el 29 de diciembre de 2015. Publicado en el diario “El Peruano” el 13 de enero de 2016. Estableció:

Artículo 2

La cooperación puede referirse especialmente a los siguientes sectores:

- a. Consulta y reuniones de trabajo a todos los niveles de mando y supervisión;
- b. Cooperación en materia de investigación y desarrollo;
- c. Cooperación en materia logística;
- d. Cooperación en materia de armamento, en particular intercambio de conocimientos y experiencias en materia de equipos militares, apoyo del estado a la ejecución de contratos, facilitación del desarrollo de alianzas industriales, diseño y producción conjuntos de armamento;
- e. Estudios y pasantías en la escuelas militares y centros de instrucción de las fuerzas armadas francesas;
- f. Intercambio sobre temas de interés común y en materia de seguridad regional e internacional, a nivel estratégico y operacional;
- g. Cooperación militar en los sectores operacionales, de intercambios de doctrinas, de personal y de formaciones.

f. Los tratados sobre obligaciones financieras del Estado

La disposición constitucional que incluye a los tratados sobre obligaciones financieras del Estado entre aquellos que requieren de una aprobación parlamentaria previa a la ratificación, es coherente con aquellas disposiciones constitucionales relativas a las cuestiones presupuestarias, cuya aprobación está reservada a la aprobación del Poder Legislativo.¹⁷⁸

El Proyecto de Ley N° 2571/2017-CR “Proyecto de Ley de desarrollo constitucional sobre el perfeccionamiento interno de los tratados” busca delimitar adecuadamente el mandato constitucional, especificando no solamente que situaciones se encuentran dentro del mandato de aprobación parlamentaria previa, sino también aquellas que no se deben considerar dentro de dicha categoría, por provenir, por ejemplo, de los mecanismos de cooperación internacional.

Artículo 8.- Tratados que versan sobre obligaciones financieras del Estado

Un tratado versa sobre obligaciones financieras del Estado, en los supuestos siguientes:

“Acuerdo entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la Federación de Rusia sobre la protección mutua de la propiedad intelectual en el curso de la cooperación bilateral técnico – militar”, suscrito en Lima, República del Perú, el 2 de diciembre de 2013. Aprobado por Resolución Legislativa N° 30390 de 18 d diciembre de 2015. Ratificado mediante Decreto Supremo N° 079-2015-RE de 28 de diciembre de 2015. Entró en vigor el 29 de diciembre de 2015. Publicado en el diario “El Peruano” el 13 de enero de 2016.

¹⁷⁸ Novak, F. *Ob. Cit.* Artículo 56, 2006, p. 776: “El artículo 102, inciso 4 y 5 del Texto Constitucional consagra como atribuciones del Congreso aprobar el presupuesto y la cuenta general de la República, así como autorizar empréstitos, conforme a la Constitución. En este sentido, resulta lógico que el artículo 56 del mismo texto normativo obligue a que aquellos tratados que impliquen una obligación financiera del Estado, sean aprobados por el Congreso antes de su ratificación presidencial, debiendo entenderse como comprendidos en esta categoría, todos aquellos tratados que versen sobre operaciones de endeudamiento interno y externo del Estado.

Sin embargo, creemos que tal como está redactado el artículo 56 literal d) de la Constitución resulta demasiado amplio, pudiendo significar un obstáculo para la obtención de créditos en el futuro. Incluso, en nuestra práctica interna, muchos tratados sobre esta materia han sido celebrados por la vía simplificada. Es el caso del crédito por 300 millones de dólares otorgado por el gobierno argentino al Perú aprobado por cambio de notas el 4 de setiembre de 1981 y el préstamo del gobierno de Canadá al Perú para el desarrollo de un proyecto industrial forestal, firmado el 10 de noviembre del mismo año, solo por citar dos ejemplos.”

8.1 Cuando se contrata o se autoriza la contratación de deuda externa, así como, cuando se establece la posibilidad de endeudamiento externo.

8.2 Cuando establece la obligación de pago en dinero o especie, en una o varias cuotas, sea cual fuere el concepto de esas cuotas, en favor de un sujeto de Derecho internacional, institución internacional o actor internacional.

8.3 Cuando establece la incorporación del Estado en una organización internacional en la que tiene la obligación de pagar cuotas, en dinero o en especie; ya sea que el tratado contemple esta obligación o que se derive de las normas internas de dicha organización internacional.

8.4 Cuando se establece el compromiso de cubrir costos vinculados a la realización en el Perú o en el extranjero, de una actividad internacional, como conferencias, cumbres, reuniones o similares.

8.5 Cuando versa sobre otras materias, distintas de las señaladas en los numerales anteriores, pero que generan obligación financiera.

Artículo 9.- Supuestos en los que no hay obligaciones financieras

No se considera que un tratado versa sobre obligaciones financieras del Estado peruano en los supuestos siguientes:

9.1 Cuando el cumplimiento de la obligación en su totalidad se hace con cargo al presupuesto aprobado del sector o de la entidad responsable de la ejecución del tratado, en un único ejercicio presupuestal.

9.2 Cuando conlleva la entrega de dinero o especies; la cesión o arrendamiento de inmuebles; la contratación o puesta a disposición de personal; la realización de trámites; la prestación de servicios; el pago de tributos; el pago de remuneraciones; u otras obligaciones similares, como contrapartida, en los casos de acuerdos de cooperación no reembolsable.

9.3 Cuando implica la entrega de dinero o especies; la cesión o arrendamiento de inmuebles, la contratación o puesta a disposición de personal; la realización de trámites; la prestación de servicios; el pago de tributos; el pago de remuneraciones; u otras obligaciones similares, en el marco de la ejecución de proyectos derivados de acuerdos de cooperación internacional en los que el ente cooperante otorga al Perú, en calidad de donación o contribución, una suma de dinero o especies.

Sin alcanzar a ser exhaustiva, la enumeración del proyecto legislativo intenta establecer criterios que permitan ordenar la calificación de los instrumentos internacionales que contengan prestaciones de carácter económico.

g. Los tratados que crean, modifican o suprimen tributos

La potestad tributaria es, históricamente en el desarrollo del derecho constitucional, un acto que requiere de la aprobación de la representación nacional (*no taxation without representation*). En concordancia con la

disposición constitucional que establece la reserva de ley para la creación, modificación o supresión de tributos, todo tratado que produzca el mismo efecto deberá estar sometido al mismo proceso de aprobación.¹⁷⁹

El Proyecto de Ley N° 2571/2017-CR “Proyecto de Ley de desarrollo constitucional sobre el perfeccionamiento interno de los tratados” nuevamente busca establecer un criterio objetivo de calificación de los tratados, en esta ocasión entre aquellos que tiene una incidencia en la creación, modificación o supresión de tributos, y aquellas disposiciones de carácter ejecutivo o administrativo referidas a normas de carácter arancelario.

Artículo 10.- Tratados que crean, modifican o suprimen tributos

Un tratado crea, modifica o suprime tributos, en los supuestos siguientes:

10.1 Cuando establece la obligación de crear o crea un tributo al margen de que tal tributo ya esté regulado en la legislación nacional.

10.2 Cuando establece la obligación de modificar o modifica un tributo, en cualquiera de los elementos de la norma tributaria, al margen de que la regulación interna de dicho tributo requiera o no modificaciones para adecuarse a la obligación que se deriva del tratado.

10.3 Cuando establece la prohibición de realizar el cobro de un tributo; ya sea porque obliga a suprimirlo o lo suprime, porque establece una exoneración, porque establece una exención, o por cualquier otra razón; al margen de que dicho tributo esté o no regulado en el ordenamiento jurídico nacional y de que este ordenamiento ya contenga o no la posibilidad de exonerar u otorgar una exención del pago de aquel tributo.

10.4 Cuando se establecen regímenes para evitar la doble imposición tributaria.

Artículo 11.- Supuestos en los que no hay creación, modificación o supresión de tributos

Un tratado no crea, modifica o suprime tributos en los siguientes supuestos:

1 1.1 Cuando modifica o dispone la modificación de la tasa de un arancel; incluso en el supuesto de la reducción de la tasa del arancel a cero.

1 1 .2 Cuando la creación, modificación o supresión de tributos se realiza en el marco del cumplimiento de un tratado ordinario anterior en vigor para el Perú.

¹⁷⁹ Novak, F. *Ob. Cit.* Artículo 56, 2006, p. 776: Este inciso encuentra su explicación en el artículo 74 de la Constitución, ubicado en el Capítulo IV sobre Régimen Tributario y Presupuestal, donde se señala que “los tributos se crean, modifican o derogan (...) exclusivamente por ley (...)”.

Resulta lógico entonces que cualquier tratado sobre la materia requiera también la aprobación previa del Congreso, ya que este es el órgano a quien la Constitución reserva tal competencia.

1 1.3 Cuando se dispone la creación, modificación, exoneración, exención o supresión de tributos, en los supuestos de los numerales 9.2 y 9.3.

El Perú ha suscrito un número importante de tratados que establecen disposiciones sobre doble tributación, que han requerido la aprobación legislativa previa a su ratificación.¹⁸⁰

La jurisprudencia del Tribunal Fiscal lo ha comprendido cabalmente, como se desprende del precedente de observancia obligatoria 03041 – A – 2004, que resolvió:

Precedente de observancia obligatoria

"En el derecho internacional público, el principio del Pacta Sunt Servanda prescribe la obligatoriedad de los tratados, otorgando así seguridad jurídica al derecho internacional y es recogido en los artículos 26° y 27° de la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados, el cual ha sido ratificado por el Perú mediante el Decreto Supremo N°029-2000-RE, publicado el 21 de setiembre de 2000. Así, el artículo 26° de la referida convención establece que "Todo Tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe", y el artículo 27°, cuando regula el derecho interno y la observancia de los tratados, prescribe expresamente que "Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado", a lo que la doctrina del derecho internacional denomina como el principio de primacía del derecho internacional convencional sobre el derecho interno.

Asimismo, debe señalarse que nuestra propia legislación interna garantiza el principio del Pacta Sunt Servanda en el primer párrafo del artículo 7° de la Ley N°26647, que aprobó las normas que regulan los actos relativos al perfeccionamiento nacional de los tratados celebrados por el Estado Peruano, publicada el 28 de junio de 1996, cuando establece que "los tratados celebrados y perfeccionados por el Estado Peruano, conforme a lo señalado en los artículos anteriores, solo podrán ser denunciados, modificados o suspendidos, según lo estipulen las disposiciones de los mismos, o en su defecto de acuerdo con las normas generales del derecho internacional", impidiéndose que mediante acto interno se deje sin efecto, se modifique o suspenda los alcances de los tratados suscritos por el Estado.

El criterio de prevalencia de los tratados sobre las normas internas no tiene efectos derogatorios sobre las normas internas que les sean opuestas, sino únicamente las deja inaplicables a efectos de garantizar el cumplimiento de las obligaciones del Estado derivadas de su condición de parte de un tratado. En

¹⁸⁰ Convenio con la República de Chile, el cual se aplica desde enero del 2004. Convenio con Canadá, aplicable desde el 2004. Convenio con la Comunidad Andina, desde enero del 2005. Convenio con la República Federativa de Brasil, desde enero del 2010. Convenio con los Estados Unidos Mexicanos, desde enero del 2015. Convenio con la República de Corea, desde enero del 2015. Convenio con la Confederación Suiza, desde enero del 2015. Convenio con la República de Portugal, aplicable desde el 2015.

tal sentido, la ley resultara aplicable en todos los supuestos en que no se contraponga con lo dispuesto en el tratado.

[...] de acuerdo a los principios del Pacta Sunt Servanda y de la primacía del derecho internacional convencional sobre el derecho interno, los tratados que versan sobre materias de soberanía tributaria prevalecen sobre las normas internas con rango de ley [...]"

h. Los tratados que requieren la modificación o derogación de una ley y los que requieran medidas legislativas para su ejecución

Los tratados tienen en el ordenamiento nacional el mismo rango que las normas legales, pero no hay interacción entre tratados y leyes. Esto es, las disposiciones legales no pueden limitar ni alterar el contenido de los compromisos internacionales expresados en los tratados; a su vez, los tratados no tienen un efecto directo sobre las normas internas, en el sentido que nos las modifican, derogan o abrogan.

Nuevamente, recurrimos a la jurisprudencia del Tribunal Fiscal, que ha expresado con claridad los efectos que produce un tratado al entrar en conflicto con una ley, en la Resolución N° 03345 – A – 2004:

"El criterio de prevalencia de los tratados sobre las normas internas no tiene efectos derogatorios sobre las normas internas que les sean opuestas, sino únicamente las deja inaplicables a efectos de garantizar el cumplimiento de las obligaciones del Estado derivadas de su condición de parte de un tratado. En tal sentido, la ley resultara aplicable en todos los supuestos en que no se contraponga con lo dispuesto en el tratado.

En tal sentido, de lo expuesto se puede concluir que, de acuerdo a los principios del Pacta Sunt Servanda y de la primacía del derecho internacional convencional sobre el derecho interno, los tratados que versan sobre materias de soberanía tributaria prevalecen sobre las normas internas con rango de ley."

Sin embargo, para el cumplimiento o aplicación de un tratado, aun cuando lo consideremos prevalente sobre la ley, es deseable no tener normas legales opuestas o contradictorias que generen confusión en los destinatarios de las normas (funcionarios, jueces o ciudadanos); es más saludable adecuar la legislación nacional al cumplimiento de las obligaciones internacionales,

modificando o eliminando las normas opuestas, para que no perturben la aplicación del tratado.¹⁸¹

Dado que el tratado por sí mismo no puede producir dichos efectos, se requiere evaluar previamente si la aprobación del tratado habrá de requerir modificaciones legislativas, en cuyo caso se necesitará la aprobación previa del Poder Legislativo, ya que las modificaciones de las normas con rango de ley es *a priori* atribución de dicho poder. Por lo tanto, al obligarse por medio del tratado, el Estado se está obligando también a la modificación o derogación de las normas legales que impiden o podrían impedir la ejecución del tratado, y para el cumplimiento de dicha obligación requiere de la participación del Poder Legislativo, sea al momento de aprobar el tratado, o durante el tiempo de *vacatio tractatum* que el mismo tratado disponga para la adecuación de la legislación nacional a las materias del tratado. Actualmente no es de recibo la fórmula antaño empleada “Deróguense todas las leyes que se opongan a la presente norma”, que se utilizaba (y de la que se abusaba) en el derecho interno. La práctica a partir de la vigencia de la CP93 ha sido la de modificar, derogar o abrogar expresamente las normas opuestas.

El Proyecto de Ley N° 2571/2017-CR “Proyecto de Ley de desarrollo constitucional sobre el perfeccionamiento interno de los tratados”:

Artículo 12.- Tratados que exigen la modificación o derogación de alguna ley o que requieren medidas legislativas para su ejecución

Se considera que un tratado exige la modificación o derogación de una ley, cuando debe modificarse o derogarse una norma con rango de ley como consecuencia de la manifestación del consentimiento del Estado peruano en obligarse por éste.

Se considera que un tratado requiere medidas legislativas para su ejecución, cuando su cumplimiento está condicionado a la promulgación de una o varias normas con rango de ley.

¹⁸¹ Novak, F. *Ob. Cit.* Artículo 56, 2006, p. 777: “La aprobación del Congreso se hace entonces necesaria en la medida que debe existir coordinación entre las normas internas que aprueba el Congreso y los tratados internacionales que impliquen la modificación o derogación de tales normas. De igual forma, se torna imperativo que tratados que exijan medidas legislativas para su ejecución, sean aprobados por el Congreso, en la medida que éste órgano deberá ser quien legislará internamente para implementar el tratado.

En esta categoría están comprendidos los Convenios OIT que muchas veces implican la interpretación, modificación e incluso la derogación de medidas legislativas. Sobre este tema existe además una práctica nacional muy basta.”

Puede darse el caso que un acuerdo implique que los Estados asuman el compromiso de modificar su legislación para hacerla compatible con las obligaciones del tratado. En tal situación los Estados requieren reformas legales o nuevas normas para que el tratado pueda ejecutarse debidamente, pero el tratado no modifica la legislación vigente. En el caso del TLC Perú – EEUU, la complejidad del tratado requería de tales procedimientos y por ello se hizo necesario involucrar la voluntad política del Congreso, para hacerle sentir la necesidad de la reforma legislativa que permitiera la aplicación del tratado.¹⁸²

i. La delegación de facultades legislativas necesarias para dar cumplimiento a un tratado

Sin embargo, si bien la aprobación legislativa de tratados que requieren la modificación o derogación de alguna ley, y las que requieren medidas legislativas para su ejecución no se pueden delegar en el Poder Ejecutivo, si es posible delegar la aprobación de dichas medidas legislativas, así como de modificar o derogar leyes. De hecho, esa situación se dio luego de la aprobación del Acuerdo de Promoción Comercial entre el Perú y los Estados Unidos de Norteamérica, que fue aprobado, pero diferida su entrada en vigor hasta tres años después del intercambio de ratificaciones, para que ambos Estados pudieran dictar las medidas legislativas necesarias para su ejecución.

Las disposiciones contenidas en el TLC no son todas de eficacia inmediata. Como cualquier tratado complejo, contiene disposiciones que pueden aplicarse directamente, sin necesidad de adaptación o de la dación de normas complementarias de carácter legislativo o reglamentario, y que por lo tanto deberán ser aplicadas por los poderes públicos; pero contiene también disposiciones que requieren de un desarrollo normativo para poder ser aplicables, tales como la promulgación, modificación o abrogación de normas legales o la expedición de normas administrativas, así como de actos de Estado, tales como la ratificación o adhesión a tratados. El mismo TLC en ocasiones ha previsto que determinados compromisos serán exigibles tiempo después de la entrada en vigor del tratado, dando a las partes un plazo para el

¹⁸² García Corrochano, L. "El Tratado de Libre Comercio entre el Perú y los Estados Unidos de Norteamérica desde la perspectiva del Derecho Internacional Público" en: Cantuarias, F. y P. Stucchi (Editores). *TLC Perú – Estados Unidos: contenido y aplicación*. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2008.

cumplimiento de las condiciones o realización de los actos necesarios para tal fin.¹⁸³

La fórmula general de la ley autoritativa dejaba constancia del motivo de la delegación de facultades legislativas, del fundamento constitucional de la delegación de facultades legislativas, y de las materias sobre las que podía versar la legislación delegada (aunque en términos tan amplios que eran verdaderas cláusulas abiertas), así como el plazo para el ejercicio de la competencia legislativa:

Ley N° 29157, Ley que delega en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar sobre diversas materias relacionadas con la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú - Estados Unidos, y con el apoyo a la competitividad económica para su aprovechamiento.

Artículo 1°. – Disposición autoritativa general

Delegase en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar sobre las materias especificadas en la presente Ley, con la finalidad de facilitar la implementación el Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos, y su Protocolo de Enmienda, y el apoyo a la competitividad económica para su aprovechamiento, dentro del marco de lo previsto en el segundo párrafo del inciso 4) del artículo 101° y el artículo 104° de la Constitución Política del Perú, y lo establecido en el inciso d) del numeral 1 del artículo 76° y en el artículo 90° del Reglamento del congreso de la República.

Artículo 2°. – Plazo y materias de la delegación de facultades legislativas

2.1 La delegación a que se refiere el artículo 1° tendrá un plazo de ciento ochenta (180) días calendario y comprende las facultades de legislar sobre las siguientes materias:

- a) Facilitación del comercio;
- b) mejora del marco regulatorio, fortalecimiento institucional y simplificación administrativa, y modernización del Estado;
- c) mejora de la administración de justicia en materia comercial y contencioso administrativa; para lo cual se solicitará opinión al Poder Judicial;
- d) promoción de la inversión privada;
- e) impulso a la innovación tecnológica, la mejora de la calidad y el desarrollo de capacidades;
- f) promoción del empleo y de las micro, pequeñas y mediana empresas;
- g) fortalecimiento institucional de la gestión ambiental; y,
- h) mejora de la competitividad de la producción agropecuaria

2.2 El contenido de los decretos legislativos se sujetará estrictamente a los compromisos del Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos y de su protocolo de Enmienda, y a las medidas necesarias para mejorar la competitividad económica para su aprovechamiento, sin perjuicio de la

¹⁸³ García Corrochano, L. *Ob. Cit.*

observación de las disposiciones constitucionales y legales que, sobre delegación de facultades legislativas, se citan en el artículo 1°.

Dada la cantidad y variedad de las materias contenidas en el acuerdo, así como el carácter especializado de su contenido, el Congreso, a través de la precitada Ley N° 29157, delegó en el Poder Ejecutivo la dación de las normas legales necesarias para su ejecución. En cumplimiento de dicha delegación de facultades legislativas, el Poder Ejecutivo dictó, entre mayo y junio de 2008, más de una centena de Decretos Legislativos sobre materias variadas, que incluyeron la creación del Ministerio del Ambiente (DL N° 1013), una nueva Ley de Arbitraje (DL N° 1071), Ley General de Aduanas (DL N° 1053), entre otras.

Los decretos legislativos expedidos al amparo de la ley autoritativa utilizaban, en su exposición de motivos, la siguiente formulación general:

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA
POR CUANTO:

El Congreso de la República, mediante Ley N° 29157, ha delegado en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar sobre diversas materias relacionadas con la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos, y con el apoyo a la competitividad económica para su aprovechamiento, señala las materias sobre las cuales el Poder Ejecutivo podrá legislar durante un periodo de 180 días calendario, encontrándose dentro de dichas facultades la modernización del Estado, así como la mejora del marco regulatorio y fortalecimiento institucional.

4.2.1 Control previo de constitucionalidad

Sobre la relación entre los tratados y la constitución han corrido ríos de tinta en la doctrina nacional y extranjera. Más allá de la postura monista o dualista que adopte un sistema jurídico, es innegable que, al menos en el plano teórico, un tratado puede entrar en conflicto con la constitución, por el fondo o por la forma. Entonces se presenta el problema de qué hacer ante semejante conflicto normativo. Desde el derecho constitucional se suele resolver sosteniendo la primacía de la constitución, como si fuera un problema de jerarquía de normas, cuando en realidad es un problema de determinación de la norma aplicable, que se debe resolver conjuntamente entre el derecho internacional público y el derecho constitucional.

La solución, cuando el conflicto es evidente, se estableció en la constitución peruana de 1979 (art. 103) y se repitió en la de 1993 (art. 57, 2° párrafo), cuyo tenor es el siguiente:

Cuando un tratado internacional contiene una estipulación que afecta una disposición constitucional, debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la constitución, antes de ser ratificado por el Presidente de la República.

Nótese que la disposición no establece la obligación de reformar la constitución, sino la de aprobar el tratado por el procedimiento establecido para la reforma de la constitución. La diferencia parece una sutileza jurídica, un mero tecnicismo, pero en realidad existe y tiene consecuencias muy distintas en un caso u otro. Una reforma de la constitución significa una variación, en la terminología jurídica una enmienda del texto constitucional, lo que supondría una adaptación del texto constitucional respecto del tratado, modificando o suprimiendo disposiciones constitucionales.

La aprobación del tratado por el mismo procedimiento de la reforma constitucional supone seguir un procedimiento sin que ello conlleve, necesariamente, a la modificación o reforma de la constitución. El tratado aprobado por el procedimiento de reforma constitucional no modifica la constitución, menos aún deroga la disposición constitucional, sino que suspende la disposición constitucional adversa en relación al tratado, por lo que nada obsta para que dicha disposición siga en vigor respecto de aquellas situaciones que nos son regidas por el tratado.¹⁸⁴ En esa tesitura, si el tratado finalmente no fuera ratificado por el Poder Ejecutivo, o no entrara en vigor (o en

¹⁸⁴ Novak, F. "Artículo 57 Tratados no aprobados por el Congreso, denuncia de tratados" en: Gutiérrez, W. (Director). *La Constitución comentada, análisis artículo por artículo*. Lima: Gaceta Jurídica, 2006, pp. 779 – 780: "El modelo peruano no sigue ninguno de los tres sistemas mencionados. Al igual que la Constitución derogada adopta una postura novedosa. Así, para que se apruebe un tratado en conflicto con una norma constitucional, solo se requiere la aprobación de dicho acuerdo utilizando el procedimiento que está previsto para la reforma constitucional. Es similar, por ende, a la tercera postura antes señalada, pero sin existir propiamente la reforma constitucional.

En este sentido, la norma constitucional sigue rigiendo fuera del ámbito de aplicación del tratado y recupera su plena vigencia en caso de que este fuese objeto de una denuncia o terminara. En consecuencia, la sustitución de la norma constitucional por la norma del tratado solo se verifica sobre el campo de aplicación del mismo; en todos los demás casos, la Constitución mantiene plena vigencia."

tanto no entre en vigor), se suspendiera, terminara, fuera denunciado o deviniera en nulo, la disposición constitucional continuaría en vigor, o sería nuevamente aplicable a las situaciones que fueron temporalmente regidas por el tratado.

Decimos que no es un problema de jerarquía normativa sino de aplicación, porque el tratado no prevalece sobre la constitución, sino que pasa a regir una situación que anteriormente se regía por ella.¹⁸⁵ No está, por lo tanto, por encima de la constitución, sino en el lugar de ella. Una situación deja de ser regulada por el derecho interno del Estado y pasa a serlo por el derecho internacional público, en tanto el tratado se encuentre en vigor.¹⁸⁶

4.3 Expresión del consentimiento definitivo del Estado

El Proyecto de Ley N° 2571/2017-CR “Proyecto de Ley de desarrollo constitucional sobre el perfeccionamiento interno de los tratados” establece, en formulaciones de idéntico tenor, que la expresión del consentimiento definitivo en obligarse por medio de un tratado emana del presidente de la República, con referendo del ministro de Relaciones Exteriores, y toma la forma normativa de un decreto supremo.¹⁸⁷

¹⁸⁵ De Piérola y Balta, N. y C. Loayza. “Comentarios sobre la recepción del Derecho Internacional en las Constituciones de 1979 y 1993”, en: *Gaceta Jurídica*. Lima, noviembre 1994. Tomo XI, p. 69-A: Es claro que el tratado prevalece sobre ella [la Constitución].

¹⁸⁶ Novak, F. *Ob. Cit.*, artículo 57, 2006, pp. 780 – 781: “Precisamente, para evitar el conflicto normativo, el tratado es aprobado siguiendo un procedimiento especial que, una vez concluido, deja en suspenso la norma constitucional, para permitir posteriormente, la ratificación interna e internacional del tratado y con ello, su incorporación al Derecho interno peruano. En consecuencia, nunca llega a producirse el conflicto normativo; en el momento en que el tratado se incorpora a nuestro Derecho nacional no contradice ninguna norma constitucional, menos aún la deroga o deja en suspenso. Por tanto, el tratado se incorpora a nuestro ordenamiento como el resto de acuerdos internacionales celebrados por el Perú, esto es, como una norma con rango de ley.”

¹⁸⁷ Artículo 15.- Manifestación del consentimiento del Estado en obligarse por un tratado ordinario

La decisión de manifestar el consentimiento del Estado en obligarse por un tratado ordinario corresponde al Presidente de la República, en virtud de lo señalado en el artículo 118, numeral 11 de la Constitución Política del Perú.

El Presidente de la República, a través de un decreto supremo, ordena la manifestación del consentimiento del Estado peruano en obligarse por un tratado ordinario y la elaboración, por el

2.4.3.1 Firma del instrumento por el Presidente de la República

Ha quedado dicho que la constitución reserva al presidente de la República la exclusiva capacidad de comprometer internacionalmente la voluntad del Estado en obligarse por medio de tratados (art. 118°. Corresponde al Presidente de la República: 11. Dirigir la política exterior y las relaciones internacionales; y celebrar y ratificar tratados.). Sea directamente, cuando el presidente de la república firma el instrumento de aceptación, aprobación, ratificación o adhesión (que la fórmula constitucional subsume en el genérico “ratificar”), o cuando delega en un funcionario (ministro de Estado, embajador o

Ministro de Relaciones Exteriores, del instrumento internacional que corresponda, en virtud del tratado, para manifestar tal consentimiento.

El instrumento internacional que se elabora para manifestar el consentimiento del Estado en obligarse por el tratado debe ser firmado por el Presidente de la República y refrendado por el Ministro de Relaciones Exteriores.

Artículo 17.- Manifestación del consentimiento del Estado en obligarse por un tratado internacional ejecutivo

La decisión de manifestar el consentimiento del Estado en obligarse por un tratado internacional ejecutivo corresponde al Presidente de la República, en virtud de lo señalado en el artículo 118, numeral 11, de la Constitución Política del Perú.

El Presidente de la República, a través de un decreto supremo, ordena la manifestación del consentimiento del Estado peruano en obligarse por un tratado internacional ejecutivo; la elaboración, por el Ministro de Relaciones Exteriores, del instrumento internacional que corresponda, en virtud del tratado, para manifestar tal consentimiento; y la remisión del tratado al Congreso de la República, en dación de cuenta.

El instrumento internacional que se elabora para manifestar el consentimiento del Estado en obligarse por el tratado internacional ejecutivo debe ser firmado por el Presidente de la República y refrendado por el Ministro de Relaciones Exteriores.

Artículo 23.- Manifestación del consentimiento del Estado en obligarse por un tratado que afecta disposiciones constitucionales

La decisión de manifestar el consentimiento del Estado en obligarse por un tratado que afecta disposiciones constitucionales corresponde al Presidente de la República, en virtud de lo señalado en el artículo 118, numeral 11, de la Constitución Política del Perú.

El Presidente de la República, a través de un decreto supremo, ordena la manifestación del consentimiento del Estado peruano en obligarse por un tratado que afecta disposiciones constitucionales y la elaboración, por el Ministro de Relaciones Exteriores, del instrumento internacional que corresponda, en virtud del tratado, para manifestar tal consentimiento.

El instrumento internacional que se elabora para manifestar el consentimiento del Estado en obligarse por el tratado debe ser firmado por el Presidente de la República y refrendado por el Ministro de Relaciones Exteriores.

representante permanente) la facultad de comprometer internacionalmente al Estado.¹⁸⁸

La Ley N° 26647 “Establecen normas que regulan actos relativos al perfeccionamiento nacional de los Tratados celebrados por el Estado Peruano” establece que, en todos los casos, sean tratados de carácter ejecutivo, o sean tratados que requieren la aprobación del Poder Legislativo, la ratificación es competencia exclusiva del presidente de la República.

Artículo 2.- La aprobación legislativa de los tratados a que se refiere el Artículo 56 de la Constitución Política, corresponde al Congreso de la República, mediante Resolución Legislativa; y su ratificación al Presidente de la República, mediante Decreto Supremo.

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

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

La forma que reviste la expresión del consentimiento en obligarse, o la delegación de la misma, es a través de un decreto supremo firmado por el presidente de la República y refrendado por el ministro de Relaciones Exteriores. No requiere de la aprobación del Consejo de ministros. El Proyecto de Ley N° 2571/2017-CR “Proyecto de ley de desarrollo constitucional sobre el perfeccionamiento de los tratados”, en sus artículos 15° (tratados ordinarios), 17° (tratados ejecutivos) y 23° (tratados que afectan disposiciones constitucionales) propone idéntica forma de expresión definitiva del consentimiento en obligarse: “El instrumento internacional que se elabora para manifestar el consentimiento del Estado en obligarse por el tratado debe ser firmado por el Presidente de la República y refrendado por el Ministro de Relaciones Exteriores.”

¹⁸⁸ De acuerdo a lo dispuesto en la Resolución Ministerial N° 0231/RE de 6 de marzo de 2013 que aprueba la Directiva N° 002-DGT/RE-2013 "Lineamientos Generales sobre la suscripción, perfeccionamiento interno y registro de los Tratados", la misma que establece en la parte V.- PRECISIONES CONCEPTUALES, Para efectos de los presentes lineamientos, se entenderá por: a.- Tratado, Convenio o Acuerdo: Los tratados son suscritos por el Presidente de la República, el Ministro de Relaciones Exteriores o cualquier funcionario público que haya sido facultado para ello a través de Plenos Poderes. (*in fine*)

4.3.2 Canje o depósito de los instrumentos de ratificación, aprobación, aceptación y adhesión

Los instrumentos que expresan la voluntad definitiva del estado en obligarse por medio de un tratado, deben ser puestos en conocimiento de los demás Estados contratantes, para surtir efecto, en el caso de la ratificación, aprobación o aceptación, los instrumentos o bien son materia de canje entre los Estados concernidos, en el caso de los tratados bilaterales, o bien se remiten al depositario, en el caso de los tratados multilaterales. La función de conservación y archivo de los instrumentos internacionales corresponde a la Dirección general de Tratados del MRE.¹⁸⁹

En el caso de la adhesión, en general, un Estado puede adherir a cualquier tratado en vigor de cuya negociación y adopción no formó parte, o si habiendo sido parte inicialmente, no firmó el tratado en la fecha abierta para la firma, y por lo tanto perdió la oportunidad de ser parte mediante la ratificación.¹⁹⁰

Es el caso del Perú respecto de la Convención del Mar de 1982, al no suscribir dicho acuerdo dentro del año que estuvo abierto a la firma, perdió la posibilidad de incorporarse a él ratificándolo posteriormente. En tal situación, si el Estado deseara ser parte en el tratado, cuenta con el mecanismo de la adhesión para incorporarse al mismo.

La adhesión sigue el mismo procedimiento que la firma o ratificación. Si la materia del tratado es de naturaleza que compete exclusivamente al Poder Ejecutivo, éste, mediante el mecanismo correspondiente, esto es, la aprobación por el Presidente de la República, con refrendo del Ministro de Relaciones Exteriores, decide la adhesión y la formaliza mediante un Decreto Supremo que autoriza el depósito del instrumento de adhesión ante el depositario del tratado.

¹⁸⁹ Artículo 129°. - De las Funciones de la Dirección General de Tratados

Son funciones específicas de la Dirección General de Tratados:

k) Custodiar y conservar los Tratados y demás instrumentos jurídicos internacionales celebrados por el Perú, con el apoyo técnico de la dependencia encargada del archivo para efectos de conservación.

¹⁹⁰ De La Guardia, E. *Ob. Cit.*, p. 162. Se puede definir a la adhesión como el “procedimiento por el que un Estado deviene parte de un tratado del cual no ha sido signatario, pero cuya participación se haya prevista en éste, o se admite ulteriormente mediante una enmienda o por acuerdo entre las partes.”

En el caso de ser un tratado que por la materia requiera de aprobación del Poder Legislativo, se seguirá el mismo procedimiento que para la ratificación, esto es, el Poder Ejecutivo enviará al Poder Legislativo el tratado al que desea adherir siguiendo lo establecido en el artículo 76, literal f, del Reglamento del Congreso. La aprobación del Congreso habilita al Poder Ejecutivo a depositar el instrumento de adhesión.

PROCESO DE ADHESIÓN A UN TRATADO

CP93	Art. 118° - 11	Art. 56° y 57°	Art. 56°	Art. 57° - 2° párr.	Art. 57° - 1er párr	Art. 56° y 57°
ETAPA	PROPUESTA	CALIFICACIÓN	APROBACIÓN	APROBACIÓN	APROBACIÓN	ADHESIÓN
COMPETENCIA	Poder Ejecutivo	Poder Ejecutivo	Congreso	Congreso	Poder Ejecutivo	Poder Ejecutivo
INSTRUMENTO	Consultas Opiniones técnicas de los sectores Opinión sustantiva MRE	Directiva de la DG de Tratados Ministerio de RREE ROF art. 129 e)	Resolución Legislativa Ley 26647 art. 2, 1er párrafo	Resolución Legislativa	Decreto Supremo Ley 26647 art. 2, 2o párrafo	Decreto Supremo Ley 26647 art. 2, 3er párrafo
PROCESO	Remisión para calificación de la DG de Tratados del MRE	Determinación de la competencia constitucional en función de la materia Arts. 56° y 57°	Proceso de aprobación de leyes	Proceso de reforma constitucional	Aprobación del Presidente de la República, refrendo del Ministro de Relaciones Exteriores	Comunicación del Ministerio de RREE

4.4 Reservas, objeciones y declaraciones interpretativas

Resolución Ministerial N° 0115/RE de 4 de febrero de 2013 que aprueba la Directiva N O 001-DGT/RE-2013 "Lineamientos Generales Internos sobre la suscripción, perfeccionamiento interno y registro de los Tratados"

2.6. Seguimiento:

Las reservas, declaraciones, notificaciones y otros actos vinculados con el cumplimiento y ejecución de los tratados que sean recibidos por la Dirección General de Tratados serán puestos en conocimiento del órgano de línea competente a fin que emita la opinión y la recomendación que corresponda sobre dichos actos.

2.7. Procedimiento Interno para la tramitación de las notificaciones sobre reservas y objeciones:

27.1 . Las reservas y objeciones que se notifiquen a Representaciones Permanentes del Perú ante organizaciones internacionales, serán comunicadas a través de un mensaje dirigido siempre a la Dirección General de Tratados, con copia al órgano interno responsable del tema relacionado con la reserva u objeción.

27.2. La Dirección General de Tratados evaluará la notificación recibida en lo que respecta al tratado sobre el cual versa. La evaluación de la Dirección General de Tratados se centrará en:

a) Analizar la naturaleza de la reserva u objeción y verificar si el tratado materia de la reserva u objeción está vigente para el Perú.

b) Si el tratado permite la formulación de reservas y objeciones.

c) Si la reserva cumple con las formalidades previstas en el Tratado.

d) Si existe un plazo determinado por el propio tratado para formular las objeciones correspondientes cuando se trate de una reserva.

e) Si dicho plazo aún está vigente para que el Estado peruano formule una objeción, en el caso que no esté de acuerdo con la reserva presentada.

27.3. A mérito del mensaje recibido de la respectiva Representación Permanente, la Dirección General de Tratados requerirá al órgano interno de la Cancillería responsable de la materia sobre la que versa el tratado que evalúe por su parte el contenido sustantivo de las reservas y, en base a ello, que emita una opinión respecto a las consecuencias de las mencionadas reservas para los intereses del Perú, sugiriendo la posición que el Estado peruano debería asumir respecto de ellas.

27.4. Dicha opinión deberá ser remitida a la Dirección General de Tratados para integrarla al informe que se haya elaborado sobre la evaluación de las formalidades del tratado descrita en el numeral 2.7.2 que antecede. El documento integrado de ambas opiniones se elevará al Despacho del Viceministro para conocimiento e instrucciones que sobre el asunto deban impartirse.

Las disposiciones de la CP93 no establecen ningún tratamiento especial para las reservas a los tratados. Desde que el Poder Ejecutivo está facultado para negociar los tratados y participar en las etapas de adopción y autenticación del texto hasta la firma, se entiende que, en el caso de tratados ejecutivos, el hacer o no hacer reservas es una potestad exclusiva del Ejecutivo.

La situación es distinta frente a los tratados que requieren aprobación legislativa, en cuyo caso se pueden producir dos situaciones dependiendo de los tipos de tratados, bilaterales o multilaterales. En el caso de los tratados bilaterales, aun cuando estos sean de aquellos sujetos a reserva de aprobación legislativa, al ser negociados y acordados por el Ejecutivo, cuando son sometidos a la aprobación del Congreso éste no puede introducir en ellos modificaciones o plantear reservas, por la naturaleza misma de dichos tratados, por lo que deben ser aprobados o desaprobados en su totalidad.

Sobre esto último habría que recordar la posición de la doctrina y de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, las que han señalado en repetidas oportunidades la improcedencia de formular reservas en los tratados bilaterales, pues si se formula la reserva en este tipo de acuerdos, lo que en realidad se está haciendo es una proposición de reapertura de las negociaciones.¹⁹¹ En consecuencia, la atribución del Congreso se limitará a la aprobación o desaprobación *in toto* del presente acuerdo.

¹⁹¹ Cahier, Ph. "Changements et continuité du Droit International. Cours Général de Droit International Public". En: *RCADI*, 1985-VI, tomo 195, p. 172. En el mismo sentido se manifiestan Thierry, H., J. Combacau, S. Sur y Ch. Vallée. *Droit International Public*. París: Montchrestien, 1986, p. 83: "En el marco de un tratado bilateral, las reservas conducirían a reabrir las negociaciones y eventualmente a modificar el tratado". También puede citarse a Verdross, A. *Derecho Internacional Público*. Traducción de Antonio Truyol y Serra. Madrid: Aguilar, 1964, p. 112. Por esta razón, llamó la atención a los asistentes a la Conferencia de Viena que el Comité de redacción de la Convención de Viena de 1969, suprimiera la expresión "reservas a los tratados multilaterales" por la expresión "reservas", pues ello dejaba abierta la posibilidad de formular reservas en tratados bilaterales. Roberto Ago, Presidente en ese entonces de la Conferencia, señaló: "Me ha sorprendido que el Comité de Redacción tome en consideración la idea de las reservas en los tratados bilaterales. En mi época de estudiante aprendí que esto constituye una *contradictio in terminis*, es en realidad una nueva propuesta y no una reserva". Frente a esta observación, el Presidente del Comité de Redacción señaló que "La práctica de algunos Estados puede dar la impresión de que es posible formular reservas a los tratados bilaterales, pero esta supresión no implica que se admita la posibilidad de formular

En la Conferencia de Viena hubo discusiones acerca de la procedencia de formular reservas a los tratados bilaterales, debate que se prolongó en la doctrina, siendo una opinión bastante generalizada que en los tratados bilaterales la figura de las reservas constituye en realidad, una oferta para continuar o reabrir la negociación, dado que una reserva adquiere en dicho contexto el carácter de oferta, o contraoferta, cuyo efecto práctico es impedir el cierre de las negociaciones.¹⁹²

En el caso de los tratados multilaterales, somos de la opinión que si es posible que al momento de producirse la aprobación legislativa se puedan plantear reservas al tratado, que el Poder Ejecutivo deberá asumir porque forman parte de la aprobación legislativa, son previas a la ratificación y por la naturaleza del tratado se presentarán conjuntamente con la ratificación.

En tal supuesto, se entiende que el Poder Legislativo al aprobar con reservas se ajusta al tratamiento que las reservas tienen en el propio tratado materia de ratificación, así como en el derecho internacional general, y más precisamente a las disposiciones del artículo 19 de la CV69.

19. Formulación de reservas. Un Estado podrá formular una reserva en el momento de firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o de adherirse al mismo, a menos:

- a) que la reserva esté prohibida por el tratado;
- b) que el tratado disponga que únicamente pueden hacerse determinadas reservas, entre las cuales no figure la reserva de que se trate; o
- c) que, en los casos no previstos en los apartados a) y b), la reserva sea incompatible con el objeto y el fin del tratado.

Si las reservas hechas a propuesta del Poder Legislativo son procedentes, el Ejecutivo deberá incluirlas en su ratificación, aprobación o adhesión del tratado. En caso el Poder Legislativo aprobara reservas no autorizadas por el tratado o

reservas a los tratados bilaterales”, con lo cual se dejó cerrado el debate. Al respecto véase De La Guardia, E. *Derecho de los Tratados Internacionales*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo de Palma, 1997, pp. 171-172.

¹⁹² Novak, F. y L. García Corrochano, *Ob. Cit.*, pp. 238 y siguientes, donde se recoge la opinión de diversos autores como Rousseau, Verdross, Ruda, Maresca, Reuter, Thierry, Combacau, Ago y Yaseen, entre otros.

incompatibles con su objeto y fin, es evidente que el Poder Ejecutivo no estará en condición de ratificar, aprobar o adherir dicho tratado pues la aprobación legislativa condicionada a una reserva improcedente es una denegación implícita de la autorización para ratificar y ser parte en el tratado.

Si la reserva que el Congreso propone incorporar al tratado, fuera incompatible con el mismo, por ir en contra del objeto y fin del tratado, o estuviera prohibida por el propio tratado, la aprobación del Congreso no permitiría la ratificación del tratado y tendría en la práctica el mismo efecto que una denegatoria o desaprobación del tratado.

En el caso del retiro de una reserva, se sigue el principio según el cual, en el derecho las cosas se deshacen de la misma forma en que se hicieron. Por lo tanto, se habrá de seguir el mismo procedimiento que se siguió en la formulación de la reserva. Si el tratado es de competencia exclusiva del Poder Ejecutivo, éste deberá aprobar el retiro de la reserva, para poder comunicar dicho retiro al depositario. Si la reserva fue aprobada conjuntamente con el tratado por el Poder Legislativo, la misma instancia deberá aprobar el retiro de la reserva antes de ser comunicado al depositario.

En el caso del retiro de la objeción a una reserva formulada por otro Estado, es un acto discrecional del Poder Ejecutivo, pues únicamente él decide la formulación de objeciones.

La noción de “reserva” es amplia y abarca toda expresión unilateral que pretenda modificar o excluir disposiciones de un tratado, independientemente de la forma en que se presente.¹⁹³ Sin embargo, eso no limita el derecho de un Estado a determinar cuál es la interpretación que, en razón del tiempo o la materia, por ejemplo, da a una cláusula del tratado, dado que al momento de la aplicación o ejecución, dicha disposición será objeto de una interpretación, por

¹⁹³ Jiménez De Aréchaga, E. *Ob. cit.*, p. 38: “Las palabras cruciales en esta definición son ‘excluir’ o ‘modificar’: estos verbos distinguen las reservas de las meras declaraciones interpretativas y cada declaración debe ser tratada como reserva sólo si tiene como efecto excluir o restringir el efecto legal de ciertas provisiones del tratado.”

lo que esta puede ser establecida de antemano, fijando previamente la posición del Estado frente a una o varias disposiciones convencionales.¹⁹⁴

Las declaraciones interpretativas tienen una utilidad innegable, pues en el caso de aquellos tratados que no admiten reservas, permiten a los Estados establecer un límite a la interpretación del texto sin que ello suponga una modificación o supresión de sus disposiciones.¹⁹⁵

La discusión sobre las declaraciones interpretativas, tanto en la CDI como en la Convención de Viena, tuvo opiniones encontradas, entre quienes no las distinguían de las reservas, y quienes les conferían una identidad distinta.¹⁹⁶ Ciertamente es que más allá de la denominación, es el contenido de la declaración y la intención con que se formula lo que define si nos encontramos frente a una declaración interpretativa o frente a una reserva, con las consecuencias jurídicas que corresponden en cada caso. No obstante, como bien se ha señalado en la doctrina, las declaraciones interpretativas, en tanto actos unilaterales, sólo serán oponibles a los Estados que las acepten.¹⁹⁷

4.5 Publicación y registro

El principio de la publicidad de las normas es una garantía del estado de derecho. Así lo establece la Constitución de 1993 en el Artículo 51° *in fine* “La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado”. La disposición constitucional es abierta, en el sentido que no dispone un medio de publicación, o la publicación en un medio determinado, como sería el caso del diario oficial que publica las normas legales.

¹⁹⁴ Lachs, M. *Ob. cit.*, pp. 302 - 303: “Se conocen también declaraciones por las cuales un Estado emite una reserva según la cual las disposiciones del tratado no prejuzgan en nada su posición en ciertas cuestiones que son esenciales para él. [...] Estas reservas no tienen los rasgos característicos de las reservas, sino que ellas pueden tener más bien un significado para la interpretación de otros tratados que conciernen a problemas parecidos. Todas las declaraciones de este tipo no tienen el carácter de reservas [...] Lo mismo sucede con las declaraciones que conciernen al tratado pero que tienen un carácter de protestas teóricas.”

¹⁹⁵ De La Guardia, E. *Ob. cit.*, p. 187. Verdross, A. *Ob. cit.*, p.112.

¹⁹⁶ De La Guardia, E. *Ob. cit.*, p. 189. Comisión de Derecho Internacional. *Informe*, 1966, p. 24.

¹⁹⁷ Remiro Brotóns, A. y otros. *Ob. cit.*, p. 449.

Esta disposición, de carácter general, sin embargo, complementa las disposiciones del Art. 55° “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”, pues cualquier norma, para formar parte del derecho nacional, requiere haber sido publicada. La publicación de los tratados, entonces, los incorpora al derecho interno del Estado sin necesidad de cumplir con ninguna otra condición o requisito, lo que refuerza la postura monista de la constitución, pues la entrada en vigor de un tratado válidamente celebrado y publicado en el diario oficial, implica su recepción en el sistema normativo nacional.¹⁹⁸

En tal sentido, la Ley N° 26647 “Establecen normas que regulan actos relativos al perfeccionamiento nacional de los Tratados celebrados por el Estado Peruano”, que dispone la publicidad de los tratados, así como de los textos de aprobación y ratificación, ha establecido las pautas de la publicación, para dar cumplimiento al precepto constitucional.

Artículo 4.- El texto íntegro de los tratados celebrados y aprobados por el Estado deberá ser publicado en el Diario Oficial. Dicha publicación comprenderá uno o más instrumentos anexos si los hubiere. Asimismo, deberá señalar el número y fecha de la Resolución Legislativa que los aprobó o del Decreto Supremo que los ratificó.

Artículo 5.- La publicación del texto de los tratados se realizará en un plazo máximo de treinta días útiles contados a partir de la fecha en que sean recibidos en el Diario Oficial.

¹⁹⁸ Álvarez, J. *Tratados internacionales y ley interna*. Lima: Universidad de Lima, 2001, pp. 131 – 132: “En cuanto a la obligatoriedad de publicar el texto de un tratado en un Estado, práctica observada por muchos países es la de dar publicidad, en el diario oficial, al texto del tratado ya aprobado conforme a su ordenamiento jurídico interno, como condición imprescindible para que el convenio tenga calidez interna y sea invocable ante los tribunales. [...]”

Frente a este carácter de obligatoriedad de publicar el texto de un tratado para que tenga validez en el ámbito interno de un Estado, en otros países la práctica observada ha sido como suficiente la publicación únicamente del instrumento legal que aprueba el tratado, sin que ello signifique que necesariamente se publique, conjuntamente, el propio texto del convenio como sería lo recomendable dado el carácter de ley nacional que en muchos estados se reconoce al tratado y considerando que, como tal, es imperativa su publicidad. Tal ha sido, hasta hace poco tiempo, el caso del Perú donde tradicionalmente los tratados se venían publicando ya sea en recopilaciones oficiales de la cancillería o en el *Boletín del Ministerio de Relaciones Exteriores*, más que en el diario oficial *El Peruano*. La reciente disposición de que se editen, dentro de la sección de Normas Legales del citado diario oficial, es lo correcto en el marco del ordenamiento jurídico de Estado, toda vez que nada justifica su no publicación oficial, dado que los tratados, conforme a la propia Constitución del estado, forman parte del derecho nacional y, por tanto su publicación oficial resulta necesaria”

De igual forma, se ha previsto además la publicación de la fecha de la entrada en vigor, en el entendido que dicha fecha es a su vez la de incorporación al derecho nacional. Esta situación asume el supuesto que, a la fecha de la entrada en vigor del tratado, el Estado haya expresado su consentimiento definitivo en obligarse por medio del mismo, de forma tal que la entrada en vigor del tratado surte efectos en el orden jurídico internacional e interno de manera simultánea.

Artículo 6.- El Ministerio de Relaciones Exteriores comunicará al Diario Oficial, en cuanto se hayan cumplido las condiciones establecidas en el tratado, para que publique la fecha de la entrada en vigor del mismo, a partir de la cual se incorpora al derecho nacional.

La publicación de las normas las incorpora al sistema jurídico. En el caso de las leyes es una garantía para que nadie esté obligado a algo que desconoce, con el riesgo consiguiente de incurrir en falta o delito de manera involuntaria. La publicidad de las normas implica la presunción de su conocimiento y por lo tanto de su obligatoriedad y observancia, en aplicación del principio “la ignorancia de la ley no exime de su cumplimiento.”

En el caso de los tratados se aplica el mismo principio, pero puede darse el caso que un tratado se encuentre en vigor y no haya sido publicado, y puede ser invocado por quien se considere beneficiario. La publicación es un requisito de orden interno, pero no tiene efecto alguno sobre la validez del tratado. Publicidad y validez son dos nociones que operan en distintos ámbitos jurídicos.

El principio de la publicidad ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 00021 – 2010 – AI, en la causa interpuesta por 30 Congresistas de la República contra el Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República Popular China:

"B) La supuesta falta de publicación del TLC Perú-China [...]

13. Así las cosas, el Tribunal considera que no se trata tanto de analizar si el TLC Perú-China fue publicado (o no), sino si la forma cómo finalmente se publicó cumple con las exigencias constitucionales relacionadas con el principio

de publicidad de las normas estatales y, específicamente, de los tratados internacionales.

14. Con tal propósito, el Tribunal recuerda que en diversas oportunidades ha expresado la importancia para la democracia constitucional del cumplimiento del principio de publicidad de las normas. Así, hemos afirmado que “detrás de la exigencia constitucional de la publicación de las normas se encuentra el principio constitucional de la publicidad, que es un principio nuclear de la configuración de nuestro Estado como uno ‘Democrático de Derecho’ (...). Y lo es, al menos desde un doble punto de vista.

a) Por un lado, porque es servicial al principio de seguridad jurídica: “la exigencia constitucional de que las normas sean publicadas en el diario oficial El Peruano está directamente vinculada con el principio de seguridad jurídica, pues sólo podrán asegurarse las posiciones jurídicas de los ciudadanos, su posibilidad de ejercer y defender sus derechos, y la efectiva sujeción de éstos y los poderes públicos al ordenamiento jurídico, si los destinatarios de las normas tienen una efectiva oportunidad de conocerlas” (STC 2050-2002-AA/TC, fundamento 24).

b) Por otro lado, “la publicidad es requisito básico para la vigencia de las normas”. Ello es así pues a partir “de una interpretación sistemática del artículo 51°, in fine, y del artículo 109° de la Constitución, la publicación determina la eficacia, vigencia y obligatoriedad de la norma, pero no determina su constitución, pues ésta tiene lugar con la sanción del órgano que ejerce potestades legislativas. Por lo tanto (...) [u]na ley que no haya sido publicada, sencillamente es ineficaz, pues no ha cobrado vigencia” (STC 0021-2003-AI/TC, fundamento 3).

15. Por ello, sin desconocerse que en el ámbito del Derecho Internacional Público los Tratados entran en vigor en la fecha en que lo dispongan tales instrumentos internacionales, también es verdad que nuestra Constitución impone su publicidad como obligación para la vigencia de toda norma legal –y un tratado internacional tiene esa condición– en el orden jurídico interno (artículo 51° de la Constitución). De modo que, al igual de lo que sucede con cualquier otra fuente del derecho, también para el caso de los tratados, la publicación es un requisito esencial para su vigencia y eficacia dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Así también lo prevé el artículo 4° de la Ley N° 26647, que ordena la publicación del texto íntegro de los tratados internacionales celebrados y aprobados por el Estado en el diario oficial “El Peruano”, como parte de los actos relativos al “perfeccionamiento nacional de los tratados celebrados por el Estado Peruano” (artículo 1°); debiéndose señalar en la publicación, el número y fecha de la Resolución Legislativa que los aprobó o del Decreto Supremo que los ratificó (artículo 4°), además de la fecha de entrada en vigor del tratado a partir de la cual se incorpora al derecho nacional (artículo 6°). [...]

17. En ese sentido, el Tribunal es de la opinión que para compatibilizar los efectos de la aplicación del artículo 24.1 del Convenio de Viena, Sobre el Derecho de los Tratados, con las exigencias derivadas del artículo 51° de la Constitución, las autoridades nacionales competentes están en la obligación de adoptar todas las medidas necesarias y adecuadas para hacer coincidir la fecha de entrada en vigencia de un tratado con su publicación previa en el Derecho interno, de modo que problemas de esta naturaleza no generen la responsabilidad del Estado en el ámbito internacional, y la ineficacia del tratado en el ámbito interno”.

El Proyecto de Ley N° 2571/2017-CR “Proyecto de Ley de desarrollo constitucional sobre el perfeccionamiento interno de los tratados” busca precisar una serie de aspectos relacionados a la publicación y consiguiente entrada en vigor de los tratados:

Artículo 25.- Publicación del tratado

El texto íntegro del tratador incluyendo todos los documentos que formen parte del tratado, deben publicarse en el portal institucional del Ministerio de Relaciones Exteriores, indicando el dispositivo legal que ordena la manifestación del consentimiento del Estado en obligarse por él y, de ser el caso, la norma que lo aprobó.

Esta publicación interna del tratado incide en su eficacia interna, pero no en su validez o vigencia, pues estas condiciones se rigen por las normas del Derecho internacional.

El Ministerio de Relaciones Exteriores debe hacer coincidir la fecha de la publicación interna del tratado en su portal institucional con la fecha que corresponda al día anterior a la entrada en vigor del tratado para el Perú.

En los casos en los que la coincidencia señalada en el párrafo anterior no fuere viable, el Ministerio de Relaciones Exteriores debe publicar el tratado en su portal institucional lo antes posible y máximo dentro de los tres días útiles posteriores a la fecha de su entrada en vigor para el Perú.

En todos los casos, la publicación debe contener, de manera clara, la fecha en la que el tratado entró en vigor para el Perú.

No deja de ser llamativo que, a pesar del empleo hoy día generalizado de los medios digitales para dar publicidad a los actos del Estado, aún no encontremos disposiciones normativas respecto a la publicación de los tratados, su ratificación o entrada en vigor a través de dichos medios, aun cuando en algunos casos la publicación en el diario oficial consigne que los anexos del tratado serán publicados en un medio digital, usualmente la página web de una entidad estatal. La propuesta legislativa precitada viene a llenar ese vacío

4.5.1 Registro y depósito

a) Interno

Ley N° 29357 “Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Relaciones Exteriores”, establece como una de sus funciones la de llevar un “registro de

los tratados y demás instrumentos internacionales”,¹⁹⁹ dicha función es responsabilidad de la Dirección General de Tratados.²⁰⁰

Entre sus funciones específicas, reguladas por el Art. 129° del citado Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de relaciones Exteriores, la mencionada Dirección General de Tratados, además del registro, está encargada de su clasificación y archivo (art. 129° j); custodia y conservación (art. 129° k); administrar el acceso a dichos instrumentos (art. 129° l); expedición exclusiva de copias autenticadas (art. 129° m); encargarse de la custodia de los instrumentos, en caso ser el Estado designado depositario, y expedir copias certificadas de dichos instrumentos (art. 129° n).²⁰¹ Las citadas disposiciones fueron reiteradas en la Resolución Ministerial

¹⁹⁹ Artículo 6.- Funciones específicas

El Ministerio de Relaciones Exteriores garantiza su operatividad mediante las siguientes funciones:

2. Dictar las normas y lineamientos técnicos para la adecuada suscripción, perfeccionamiento interno y registro de los tratados y demás instrumentos internacionales, así como supervisar su cumplimiento. [...]
24. Mantener el registro y archivo únicos de los tratados y demás instrumentos internacionales suscritos por el Perú.

²⁰⁰ Decreto Supremo N° 135 – 2010 – RE, de 17 de diciembre de 2010 “Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Relaciones Exteriores”

Artículo 128°. - De la Dirección General de Tratados

La Dirección General de Tratados es el órgano de línea que depende del Despacho Viceministerial. Es responsable de dictar las normas y lineamientos técnicos para la adecuada suscripción, perfeccionamiento interno y registro de los tratados y demás instrumentos internacionales que suscriba el Estado peruano. Asimismo, se encarga de mantener el registro y archivo único de los tratados y demás instrumentos internacionales suscritos por el Perú.

Resolución Ministerial N° 0115/RE de 4 de febrero de 2013 que aprueba la Directiva N O 001-DGT/RE-2013 "Lineamientos Generales Internos sobre la suscripción, perfeccionamiento interno y registro de los Tratados"

- 2.4.8. Una vez terminado el procedimiento de perfeccionamiento interno del acuerdo, la Dirección General de Tratados procederá a su registro y archivo correspondiente conforme lo dispone la Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Relaciones Exteriores.

²⁰¹ **Artículo 129°. - De las Funciones de la Dirección General de Tratados** Son funciones específicas de la Dirección General de Tratados:

- a) Formular, proponer y evaluar las normas y lineamientos técnicos para la adecuada suscripción, perfeccionamiento interno y registro de los tratados y demás instrumentos internacionales que suscriba el Perú. [...]

N° 0115/RE de 4 de febrero de 2013 que aprueba la Directiva N O 001-DGT/RE-2013 "Lineamientos Generales Internos sobre la suscripción, perfeccionamiento interno y registro de los Tratados", en los numerales 1.5.10 a 1.5.15. la misma norma dispone que siempre deberá registrarse una versión en castellano de los instrumentos internacionales, por ser la lengua oficial del Estado (CP93 art. 48°), además de la versión en la lengua de la otra parte u otras partes en el acuerdo. El tenor de la disposición denota que se refiere a tratados bilaterales o plurilaterales.²⁰²

No existe en las normas nacionales ninguna disposición acerca del registro de tratados multilaterales en las lenguas de los Estados partes. En el caso de los tratados celebrados bajo los auspicios de la organización de las Naciones Unidas, se registrará la versión en español del acuerdo, al ser una de las lenguas oficiales de la organización.²⁰³

-
- j) Registrar, clasificar y archivar, los Tratados y demás instrumentos jurídicos internacionales celebrados por el Perú, salvo aquéllos referidos a los contratos financieros internacionales a cargo del Sistema Administrativo de Endeudamiento.
 - k) Custodiar y conservar los Tratados y demás instrumentos jurídicos internacionales celebrados por el Perú, con el apoyo técnico de la dependencia encargada del archivo para efectos de conservación.
 - l) Elaborar y actualizar una base de datos electrónica de los tratados y demás instrumentos internacionales suscritos por el Perú y administrar el acceso a los citados documentos.
 - m) Expedir, en forma exclusiva, las copias autenticadas de los Tratados e instrumentos jurídicos internacionales celebrados por el Perú.
 - n) Custodiar los instrumentos jurídicos internacionales, cuando se le encomiende al Perú la función de depositario de los mismos, y ser responsable de las notificaciones relativas y de la expedición de copias certificadas de dichos documentos.
 - o) Mantener el registro y archivo de los convenios entre el Ministerio y otras instituciones extranjeras o nacionales.

²⁰² 2.5 Versiones de los textos en castellano:

25.1. De conformidad con el artículo 48 ° de la Constitución Política del Perú, el idioma oficial es e] castellano. Por tanto, deberá haber una versión de [os acuerdos y otros instrumentos internacionales en castellano, además de en el idioma oficial de la otra parte, e, incluso, de en una tercera lengua, cuando así se convenga por voluntad de las partes. (sic)

25.2. Siempre deberá remitirse a la Dirección General de Tratados el acuerdo suscrito con las versiones del texto en castellano y en el idioma oficial de la otra parte, Cuando haya una versión del texto en una tercera lengua, también se acompañará esta.

²⁰³ ONU, Resolución N° 2 de 1° de febrero de 1946.

La función de depositario de los tratados internacionales, cuando el Estado Peruano es designado depositario, corresponde al Ministerio de Relaciones Exteriores, que la ejerce a través de la Dirección General de Tratados, de acuerdo a lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 135 – 2010 – RE, de 17 de diciembre de 2010 “Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Relaciones Exteriores”, Artículo 129°. - De las Funciones de la Dirección General de Tratados. Son funciones específicas de la Dirección General de Tratados: n) Custodiar los instrumentos jurídicos internacionales, cuando se le encomiende al Perú la función de depositario de los mismos, y ser responsable de las notificaciones relativas y de la expedición de copias certificadas de dichos documentos.

b) Internacional

Como antecedente de la obligación de registrar y publicar los tratados internacionales, aún antes del Pacto de la Sociedad de Naciones, encontramos el proyecto de la “Unión Internacional para la publicación de los Tratados internacionales”, por iniciativa del gobierno de Bélgica, proyecto al que adhirió el Perú, pero al parecer nunca entró en vigor.^{204, 205}

El Pacto de la Sociedad de Naciones, estableció en su Artículo 18 “Todo tratado o compromiso internacional celebrado en lo futuro por un miembro de la Liga, deberá ser inmediatamente registrado y publicado por la Secretaría a la brevedad posible. Ninguno de esos tratados o compromisos internacionales será obligatorio antes de que haya sido registrado.” La disposición recogía el primero de los 14 puntos para la paz, que propuso el presidente norteamericano Wilson para el término de la primera guerra mundial.²⁰⁶ Sin

²⁰⁴ Aranda, R. *Colección de los Tratados, Convenciones, Capitulaciones, Armisticios y otros actos diplomáticos y políticos celebrados desde la Independencia hasta el día*. Publicación Oficial del Ministerio de Relaciones Exteriores. Tomo Trece, Apéndice I. Lima: Imprenta de “La Revista”, 1911, páginas 261 y 262.

²⁰⁵ Novak, F. y L. García Corrochano, *Ob. Cit.*, p. 190: “Más tarde, en 1888, el *Institut de Droit International* propuso en la sesión de Lausana, la creación de la Unión Internacional para la publicación de los Actos Internacionales, “decidiéndose la elaboración de proyectos de convenios y reglamentos, los cuales, elaborados por De Martens, fueron aprobados en la sesión de Ginebra en 1892.” Esta constituyó la primera reglamentación formal de la obligación de registrar y publicar los tratados internacionales, no obstante que hasta 1894 no alcanzó mayor aplicación.”

²⁰⁶ Novak, F. y L. García Corrochano, *Ob. Cit.*, p. 191: “Esta disposición tuvo como punto de partida el primero, de los catorce puntos que el Presidente de los Estados Unidos Woodrow Wilson, presentó en 1918 y que constituían a su entender, la base de la paz futura. En él propugnada la transparencia y la buena fe como principios rectores de las relaciones

embargo, supeditar la obligatoriedad de los tratados al requisito de su registro colisionaba con el propio concepto de tratado, tal como entonces (y hasta hoy) se entiende. Entonces como ahora, quedaba entendido que el registro carecía de un efecto constitutivo respecto del tratado, y eran las condiciones del propio instrumento las que definían su naturaleza convencional.²⁰⁷

La Carta de las Naciones Unidas establece la obligación de registrar los tratados ante la Secretaría General como condición para que dicho instrumento pueda ser invocado ante los órganos de la ONU, la misma que se encargará de la publicación periódica de los acuerdos ante ella registrados.²⁰⁸ La CV69 establece, además, que el depositario de un tratado está autorizado para efectuar el registro de dicho instrumento ante la SG de la ONU.²⁰⁹

interestatales, señalando que los Pactos Secretos no coincidían con esta nueva visión, además de una larga experiencia histórica de conflictos armados provocados por acuerdos de esta naturaleza.”

²⁰⁷ Jennings, R. y A. Watts. Ob. Cit. p. 1317: “The question arise whether a state, by registering an instrument, may clothe it with a treaty character which it did not previously possess. Seemingly this would not happen, since the nature of the instrument depends upon its own characteristics, and registration, filing or recording, is an ancillary matter only. In cases of doubt, however, the fact of registration might be considered to shed light on the parties’ intentions concerning the legal nature of the instrument. The United Nations Secretariat has stated that the registration of an instrument by a member of the United nations does not imply a judgement by the Secretariat on the nature of the instrument, the status of the party, or any similar question; and that it is its understanding that its action does not confer on the instrument any status as a treaty or international agreement which it does not already have, nor does it confer on a party a status which it would not otherwise have.”

²⁰⁸ Artículo 102, Carta ONU

1. Todo tratado y todo acuerdo internacional concertado por cualesquiera Miembros de las Naciones Unidas después de entrar en vigor esta Carta, serán registrados en la Secretaría y publicados por ésta a la mayor brevedad posible.
2. Ninguna de las partes en un tratado o acuerdo internacional que no haya sido registrado conforme a las disposiciones del párrafo 1 de este Artículo, podrá invocar dicho tratado o acuerdo ante órgano alguno de las Naciones Unidas.

²⁰⁹ Artículo 80 (1)

1. Los tratados, después de su entrada en vigor, se transmitirán a la Secretaría de las Naciones Unidas para su registro o archivo e inscripción, según el caso, y para su publicación.
2. La designación de un depositario constituirá la autorización para que éste realice los actos previstos en el párrafo precedente.

CAPÍTULO III

VICISITUDES EN LA VIDA DE LOS TRATADOS

3.1 La modificación o enmienda de los tratados

En atención a lo dispuesto por las normas constitucionales y legales, toda modificación o enmienda de un tratado debe seguir el mismo procedimiento que el usado para su aprobación. Por lo tanto, de acuerdo a las disposiciones del derecho interno peruano, si el tratado requirió la aprobación del Congreso, su modificación o enmienda requerirán del mismo trámite. Si el tratado es de carácter ejecutivo, dichos procedimientos serán de competencia exclusiva del Poder Ejecutivo, con cargo de dar cuenta al Congreso.

Los acuerdos establecidos por las partes pueden ser modificados por ellas, usualmente por el mismo procedimiento empleado para la adopción del acuerdo original,²¹⁰ a tenor de los artículos 39° y 40° del Convenio de Viena de 1969. Es claro que ninguna modificación procede de manera unilateral, puesto que para surtir efectos toda modificación del tratado debe ser acordada conjuntamente por las partes. El tratado mismo puede contener disposiciones respecto al procedimiento de modificación o enmienda; si las contiene, esas disposiciones se aplicarán, si no las tuviere, pueden aplicarse supletoriamente las disposiciones del Convenio de Viena de 1969.

En caso que el tratado aun no haya entrado en vigor, con posterioridad a la adopción y autenticación del texto del tratado, el texto así establecido será aquel sobre el cuál los Estados expresarán su voluntad definitiva en obligarse. En caso que se deseara modificar el texto autenticado, será necesario proceder de la misma manera que en la modificación de un tratado en vigor, esto es, las partes deberán adoptar de común acuerdo la decisión de modificar el texto establecido, utilizando un instrumento en el cual de manera cierta conste la voluntad de las partes de modificar el texto del tratado, y que será parte

²¹⁰ Novak, F. y L. García Corrochano. *Ob. Cit.*, p. 321: En relación con el artículo 39, debemos señalar que la enmienda de un tratado se efectúa normalmente mediante la conclusión de otro tratado por escrito, aunque también puede ser modificado por acuerdo verbal o por acuerdo tácito evidenciado por la conducta de las partes en la aplicación del tratado.

integrante del tratado, siendo aprobado con las mismas formalidades que las empleadas para el texto del tratado originalmente previsto.²¹¹

En tales casos, tanto si el acuerdo aún no ha entrado en vigor, como cuando el tratado se encuentra vigente, el procedimiento a seguir constará de una negociación y establecimiento de un texto modificatorio, cuya adopción, autenticación, aprobación y entrada en vigor deberá observar el mismo procedimiento y formalidades empleados para el acuerdo primigenio.

Toda modificación del tratado está destinada a surtir efectos en el futuro, esto es, por regla general, carece de efectos retroactivos. Eso no quiere decir que en cuanto sea aprobada por las partes entrará inmediatamente en vigor; las partes pueden decidir a partir de qué momento la modificación del tratado surtirá efectos y será de observancia obligatoria en sus relaciones recíprocas.

Lo anterior no significa que cualquier modificación o enmienda de aquellos tratados en los que ambos Estados son también partes y a los que hacen expresa referencia en el texto, sólo puedan ser modificados por el procedimiento o en las condiciones que el propio tratado establece. La modificación o enmienda de otros tratados que tienen relación con un tratado se rige por las disposiciones que esos mismos tratados establecen. Igualmente, los efectos de tales modificaciones o enmiendas surtirán efecto de acuerdo a las disposiciones de los propios tratados, pudiendo los Estados partes tomar alguna provisión al respecto, siempre y cuando esos tratados así lo permitan, por ejemplo: para anticipar o diferir la entrada en vigor de las modificaciones o enmiendas.²¹²

²¹¹ Novak, F. y L. García Corrochano. *Ob. Cit.*, p. 167

²¹² Proyecto de Ley N° 2571/2017-CR “Proyecto de Ley de desarrollo constitucional sobre el perfeccionamiento interno de los tratados”:

Artículo 26.- Denuncia o retiro, modificación, enmienda, suspensión y terminación de los tratados

Los tratados celebrados por el Estado peruano sólo pueden ser denunciados, ser objeto de un retiro del Estado, ser modificados, ser enmendados, su aplicación ser suspendida, o darse por terminados de conformidad con lo establecido en el mismo documento internacional o de acuerdo con las normas del Derecho internacional.

3.2 La suspensión de un tratado

En la Ley N° 26647, “Establecen normas que regulan actos relativos al perfeccionamiento nacional de los Tratados celebrados por el Estado Peruano”, encontramos la disposición siguiente:

Artículo 7.- Los tratados celebrados y perfeccionados por el Estado Peruano, conforme a lo señalado en los artículos anteriores, sólo podrán ser denunciados, modificados o suspendidos, según lo estipulen las disposiciones de los mismos, o en su defecto de acuerdo con las normas generales del derecho internacional.

La denuncia de los tratados es potestad del Presidente de la República con cargo a dar cuenta al Congreso. En el caso de los tratados sujetos a aprobación del Congreso, la denuncia requiere su aprobación previa.

En busca de concordar las disposiciones internas con las obligaciones internacionales, el Proyecto de Ley N° 2571/2017-CR “Proyecto de Ley de desarrollo constitucional sobre el perfeccionamiento interno de los tratados” establece:

Artículo 26.- Denuncia o retiro, modificación, enmienda, suspensión y terminación de los tratados

Los tratados celebrados por el Estado peruano sólo pueden ser denunciados, ser objeto de un retiro del Estado, ser modificados, ser enmendados, su aplicación ser suspendida, o darse por terminados de conformidad con lo establecido en el mismo documento internacional o de acuerdo con las normas del Derecho internacional.

La denuncia o retiro de los tratados es potestad del Presidente de la República, con cargo a dar cuenta al Congreso de la República. La denuncia de los tratados ordinarios y los que afectan disposiciones constitucionales, requieren de la aprobación previa del Congreso de la República, que es tramitada siguiendo el mismo procedimiento que se haya aplicado al tratado para su aprobación inicial.

La propuesta legislativa busca establecer una concordancia entre los preceptos de derecho internacional aplicables la suspensión de los tratados con los mecanismos internos previstos para dicho efecto, que implican la participación de los mismos poderes públicos que participaron en el perfeccionamiento interno del tratado.

3.3 La denuncia de los tratados

Si bien la CP93 establece las competencias del Legislativo y el Ejecutivo en la ratificación, adhesión o aprobación de los tratados, hay una disposición constitucional referida a la potestad de denunciar dichos instrumentos internacionales, contenida en el tercer párrafo del artículo 57:

La denuncia de los tratados es potestad del Presidente de la República, con cargo de dar cuenta al Congreso. En el caso de los tratados sujetos a aprobación del Congreso, la denuncia requiere la aprobación previa de este.

Esta disposición fue recogida en la Ley N° 26647, “Establecen normas que regulan actos relativos al perfeccionamiento nacional de los Tratados celebrados por el Estado Peruano”, que dispone:

Artículo 7.- Los tratados celebrados y perfeccionados por el Estado Peruano, conforme a lo señalado en los artículos anteriores, sólo podrán ser denunciados, modificados o suspendidos, según lo estipulen las disposiciones de los mismos, o en su defecto de acuerdo con las normas generales del derecho internacional.

La denuncia de los tratados es potestad del Presidente de la República con cargo a dar cuenta al Congreso. En el caso de los tratados sujetos a aprobación del Congreso, la denuncia requiere su aprobación previa.

En tal sentido, la norma legal ha previsto, siguiendo el referido principio que en el derecho las cosas se deshacen de la misma forma en que se hicieron, que el poder público competente para decidir la aprobación del tratado lo será también para decidir su denuncia, dejando la definición del mecanismo y plazo de la denuncia a las disposiciones del propio tratado o del derecho internacional general, comprendida la CV69 en los casos que sea aplicable.

Se reserva el derecho del jefe de Estado a decidir la denuncia, que procede por la sola voluntad del Poder Ejecutivo, pero puede requerir la aprobación legislativa, según sea el caso.²¹³ En tal situación, ante la denuncia de un

²¹³ Méndez Chang, E. Ob. Cit., pp. 90 – 91: Si bien el artículo 33 de la Ley N° 25397 regulaba el tema, la Constitución Política del Perú de 1933 (art. 57) modifica las disposiciones de la Constitución Política de 1979, al establecer dos formas o modalidades de denuncia:

tratado, subsiste la obligación de dar cuenta al Congreso, que sólo podrá pronunciarse por la responsabilidad política del Poder Ejecutivo, pues a diferencia de la situación en que se da cuenta de los acuerdos suscritos, aquí no cabe pronunciamiento que invalide la decisión del Poder Ejecutivo y haga recobrar vigencia al tratado denunciado o detenga el proceso y plazos de la denuncia.²¹⁴

La denuncia del tratado, una vez que surte plenos efectos, hace que dicho instrumento internacional deje de tener efectos legales en el orden jurídico interno para cualquier situación producida a partir que el tratado dejó de estar en vigor para el Estado tal como establece la CV69:

Artículo 56

1. Un tratado que no contenga disposiciones sobre su terminación ni prevea la denuncia o el retiro del mismo no podrá ser objeto de denuncia o de retiro a menos:

- a) Que conste que fue intención de las partes admitir la posibilidad de denuncia o de retiro; o
- b) Que el derecho de denuncia o de retiro pueda inferirse de la naturaleza del tratado.

2. Una parte deberá notificar con doce meses por lo menos de antelación su intención de denunciar un tratado o de retirarse de él conforme al párrafo 1.

En busca de concordar las disposiciones internas con las obligaciones internacionales, el Proyecto de Ley N° 2571/2017-CR “Proyecto de Ley de

-
- a) La denuncia de tratados solemnes se hará previa aprobación el Congreso, haciendo participar de esta manera al Poder Legislativo que, en la formación de la voluntad del estado, tuvo un papel decisivo. Sería lamentable que el Poder Ejecutivo diese por terminado un tratado vigente para el Perú de modo precipitado; si ha habido consenso en el Congreso, resulta equitativo que éste participe también en la formación de la voluntad del estado tendiente a desligarse del acuerdo internacional válidamente contraído.
 - b) La denuncia de los llamados tratados simplificados o convenios internacionales ejecutivos es hecha sólo por el Poder Ejecutivo. Esta simplificación en la formalidad es adecuada y resulta coherente toda vez que tendría la iniciativa el mismo órgano que celebró el tratado. Dentro de este supuesto, se incorpora la necesidad de dar cuenta al Congreso. Esto es correcto pues de este modo se logra establecer la vía para un control parlamentario a posteriori que permita evaluar la decisión tomada y que, en todo caso, propicie una mayor reflexión del Poder Ejecutivo frente a una denuncia, evitando cualquier decisión precipitada.

²¹⁴ Novak, F. *Ob. Cit.* Artículo 57, p. 782: “Asimismo se incorpora la necesidad de dar cuenta al Congreso en caso de denuncia de un tratado ejecutivo, con lo cual se busca un control parlamentario *ex post*, que desaliente una denuncia precipitada.”

desarrollo constitucional sobre el perfeccionamiento interno de los tratados” establece:

Artículo 26.- Denuncia o retiro, modificación, enmienda, suspensión y terminación de los tratados

Los tratados celebrados por el Estado peruano sólo pueden ser denunciados, ser objeto de un retiro del Estado, ser modificados, ser enmendados, su aplicación ser suspendida, o darse por terminados de conformidad con lo establecido en el mismo documento internacional o de acuerdo con las normas del Derecho internacional.

La denuncia o retiro de los tratados es potestad del Presidente de la República, con cargo a dar cuenta al Congreso de la República. La denuncia de los tratados ordinarios y los que afectan disposiciones constitucionales, requieren de la aprobación previa del Congreso de la República, que es tramitada siguiendo el mismo procedimiento que se haya aplicado al tratado para su aprobación inicial.

La propuesta legislativa busca alinear los preceptos de derecho internacional aplicables la denuncia de los tratados con los mecanismos internos previstos para dicho efecto, que implican la participación de los mismos poderes públicos que participaron en la adopción del tratado.

PROCESO DE ENMIENDA, MODIFICACIÓN O DENUNCIA DE LOS TRATADOS

CP93	Proceso	Tipo de tratado	Competencia	Norma	Procedimiento	Instrumento de aprobación	Autoridad	Comunicación
Art. 57 3er párr.	ENMIENDA, MODIFICACIÓN O	Tratado con aprobación legislativa Art. 56	Congreso	Resolución Legislativa	Proceso de aprobación de leyes	Resolución Legislativa	Poder Ejecutivo	Ministerio de RREE por Decreto Supremo
	DENUNCIA	Tratado ejecutivo Art. 57 1er párr.	Poder Ejecutivo	Decreto Supremo	Aprobación del Presidente de la República	Decreto Supremo		

PARTE III. LA INTEGRACIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN EL DERECHO INTERNO DE PERÚ

CAPÍTULO IV

LOS TRATADOS Y EL DERECHO INTERNO

4.1 La entrada en vigor de los tratados

La vigencia de los tratados y su incorporación al derecho interno peruano está prevista y aceptada por la CP93 de una manera general en la disposición del artículo 55° “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.” Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia.

[E]s un hecho inobjetable (...) que cuando nuestra Constitución Política del Estado reconoce en su artículo 55 que “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional” y el artículo 200 inciso 4) consigna entre las diversas normas con jerarquía legal, a los tratados (sin distinción alguna), no cabe sino admitir que los mismos tiene un valor normativo indiscutible y en consecuencia son plenamente aplicables por los jueces y tribunales peruanos.²¹⁵

No obstante, la disposición constitucional que establece la incorporación de los tratados al derecho interno peruano busca ser clara sin lograrlo completamente. ¿Qué quiere decir “celebrados por el Estado”? ¿Cuándo el tratado entra en vigor? ¿Bastará que entre en vigor para ser parte del derecho nacional?

Es evidente que para responder a las interrogantes planteadas debemos considerar en primer lugar el sentido que se debe dar al hecho de ser “celebrados por el Estado.” El proceso de celebración de los tratados no se establece en las constituciones, pero se encuentra claramente definido en el Convenio de Viena en materia de tratados de 1969. La disposición constitucional no quiere referirse a dicho proceso, sino directamente a su culminación, es decir, cuando terminada la etapa de la negociación, adopción del texto (artículo 9 CV69), autenticación (artículo 10 CV69) y firma (artículo 12

²¹⁵ Expediente N° 1277 – 1999 – AC, 13/07/01, P, FJ. 7, en: Tribunal Constitucional del Perú. *La Constitución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica, 2006. pp. 408 – 409.

CV69), el proyecto de tratado queda listo para que los Estados partes puedan expresar la manifestación de su voluntad definitiva en obligarse por medio del acuerdo.

Entendemos entonces “celebración” no como la totalidad del proceso de elaboración del mismo, sino únicamente en el sentido de conclusión del tratado, es decir del momento en el cual se expresa el consentimiento definitivo en obligarse, sea mediante la firma, canje de notas, ratificación, aprobación o adhesión. Pero el momento de la expresión del consentimiento definitivo de un Estado no tiene por qué ser coincidente o simultáneo con el de otro u otros Estados partes, por lo que se debe estar a lo que disponga el tratado respecto del consentimiento expresado. En ese sentido, el texto constitucional le atribuye al término “celebración” el efecto de perfeccionamiento de la expresión del consentimiento. Por otro lado, el precepto constitucional establece como requisito para incorporar los tratados al derecho interno que éstos se encuentren en vigor, es decir que puedan ser aplicados entre las partes contratantes, pero la entrada en vigor la establece el propio tratado, o en su defecto las disposiciones de derecho internacional aplicables.

Ambos requisitos se aplican de manera concurrente, pues efectivamente un tratado puede haber sido celebrado, pero no haber entrado en vigor (o dejar de estar en vigor), o bien puede estar en vigor, pero el Estado, aun cuando fue parte en la negociación, no ha expresado aun su consentimiento definitivo en obligarse por medio de dicho tratado. Se requiere entonces que el Estado sea parte en el tratado y que este se encuentre en vigor y sea aplicable para que pueda surtir efecto en el orden interno. Se entiende que al asumir la postura monista el texto constitucional acepta que la entrada en vigor de un tratado celebrado por el Estado se produce simultáneamente en el orden internacional y en el orden interno.

“En todos estos casos, al entrar internacionalmente en vigor el tratado, el Estado queda automáticamente obligado, sin necesidad de ningún tipo de acto de incorporación al ordenamiento interno. No se debe entender como actos de incorporación los mecanismos administrativos que se sigan para facilitar el conocimiento de la administración o la intervención previa del legislativo para su aprobación interna.”²¹⁶

²¹⁶ Novak, F. y L. García-Corrochano. *Ob. Cit.*, p. 353.

Sin duda, es el ordenamiento jurídico del Estado el que regula la celebración de los tratados y su efecto en el derecho interno. No obstante, lo relativo a la entrada en vigor de los tratados corresponde al derecho internacional público, y es en ese sentido que debemos entender lo dispuesto por la Ley N° 26647 “Establecen normas que regulan actos relativos al perfeccionamiento nacional de los Tratados celebrados por el Estado Peruano”, cuando dispone que la vigencia de los tratados depende del cumplimiento de las condiciones y lo establecido en los propios tratados.

Artículo 3.- Los Tratados celebrados y perfeccionados por el Estado Peruano entran en vigencia y se incorporan al derecho nacional, en la fecha en que se cumplan las condiciones establecidas en los instrumentos internacionales respectivos, de acuerdo al artículo precedente.

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

En ese sentido, la disposición legal es concordante con lo dispuesto por el artículo 24° de la CV69 respecto a la entrada en vigor de los tratados, que alternativamente señala que se dará según lo dispuesto en el propio tratado, o según lo acordado por la partes.²¹⁷

Sin embargo, el segundo párrafo del artículo precedente, además de redundante, es inexacto. Si bien es cierto que la forma de la entrada en vigor la puede establecer el propio tratado, o las partes de común acuerdo, según las reglas del derecho internacional, y dado que el Perú adhiere al monismo normativo, por lo que la entrada en vigor del tratado en el ordenamiento internacional genera la entrada en vigor en el derecho interno, y la entrada en vigor genera la incorporación del tratado al ordenamiento interno, no es a

²¹⁷ **24. Entrada en vigor.**

1. Un tratado entrará en vigor de la manera y en la fecha que en él se disponga o que acuerden los Estados negociadores.

2. A falta de tal disposición o acuerdo, el tratado entrara en vigor tan pronto como haya constancia del consentimiento de todos los Estados negociadores en obligarse por el tratado.

3. Cuando el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado se haga constar en una fecha posterior a la de la entrada en vigor de dicho tratado, este entrará en vigor con relación a ese Estado en dicha fecha, a menos que el tratado disponga otra cosa.

4. Las disposiciones de un tratado que regulen la autenticidad de su texto, la constancia del consentimiento de los Estados en obligarse por el tratado, la manera o la fecha de su entrada en vigor, las reservas. las funciones del depositario y otras cuestiones que se susciten necesariamente antes de la entrada en vigor del tratado se aplicarán desde el momento de la adopción de su texto.

través de disposiciones del tratado sino de las normas del derecho nacional que se establece la incorporación del tratado al ordenamiento interno.

El derecho constitucional peruano establece la incorporación de las normas convencionales al derecho interno.²¹⁸ Sin embargo, dicha incorporación no es automática, pues debe cumplir con ciertas formalidades inherentes a las normas legales como es el caso de la publicidad de las leyes, una garantía inherente al Estado de Derecho, a tenor de lo dispuesto por los artículos 108º y 109º de la CP93.

Artículo 108º. La ley aprobada según lo previsto por la Constitución, se envía al Presidente de la República para su promulgación dentro de un plazo de quince días. En caso de no promulgación por el Presidente de la República, la promulga el Presidente del Congreso, o el de la Comisión Permanente, según corresponda. [...]

Artículo 109º. La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte.

En tal sentido, la Ley N° 26647 “Establecen normas que regulan actos relativos al perfeccionamiento nacional de los Tratados celebrados por el Estado Peruano”, ha dispuesto la publicidad de los tratados, así como de los textos de aprobación y ratificación.

Artículo 4.- El texto íntegro de los tratados celebrados y aprobados por el Estado deberá ser publicado en el Diario Oficial. Dicha publicación comprenderá uno o más instrumentos anexos si los hubiere. Asimismo, deberá señalar el número y fecha de la Resolución Legislativa que los aprobó o del Decreto Supremo que los ratificó.

Artículo 5.- La publicación del texto de los tratados se realizará en un plazo máximo de treinta días útiles contados a partir de la fecha en que sean recibidos en el Diario Oficial.

De igual forma, se ha previsto además la publicación de la fecha de la entrada en vigor, suponiendo que dicha fecha es a su vez la de incorporación al derecho nacional. Esta situación asume el supuesto que, a la fecha de la

²¹⁸ Novak, F. *Ob. Cit.*, 2006, pp. 762 – 763: “En el caso del Perú, nuestro sistema constitucional opta por la aplicabilidad inmediata de los tratados en el Derecho interno. Esto significa que el Estado no requiere emitir acto adicional alguno de incorporación, sino que basta con que el Perú haya, de un lado, “celebrado” el tratado y que este, de otro, se encuentre en vigor de acuerdo a sus propias disposiciones.”

entrada en vigor del tratado, el Estado haya expresado su consentimiento definitivo en obligarse por medio del mismo, de forma tal que la entrada en vigor del tratado surte efectos en el orden jurídico internacional e interno de manera simultánea.

Artículo 6.- El Ministerio de Relaciones Exteriores comunicará al Diario Oficial, en cuanto se hayan cumplido las condiciones establecidas en el tratado, para que publique la fecha de la entrada en vigor del mismo, a partir de la cual se incorpora al derecho nacional.

El Proyecto de Ley N° 2571/2017-CR “Proyecto de Ley de desarrollo constitucional sobre el perfeccionamiento interno de los tratados”, precisa que los tratados se incorporan al derecho nacional al momento de su entrada en vigor, que surte efecto en el ámbito interno e internacional simultáneamente.²¹⁹

4.2 La recepción de los tratados en el orden jurídico interno

Hasta ahora, todas las veces que se ha abordado la relación entre los tratados y el derecho interno, se ha interpretado el artículo 55 de la CP93 como una incorporación de los tratados al sistema jerárquico de las normas nacionales, en cuya cúspide se encuentra la propia constitución. Ese ha sido el enfoque, predominantemente constitucionalista, que se ha empleado incluso por quienes han estudiado el tema desde la perspectiva del derecho internacional público. Por lo tanto, esta relación “tratados – derecho interno” ha tenido una lectura en clave constitucional, incluso por quienes entienden que las normas internacionales poseen entidad propia y no se incardinan dentro de la denominada “pirámide normativa”, en el sentido de interactuar con las demás normas y participar de su misma naturaleza.

Es la Constitución de 1979 la que introduce una regulación específica de los tratados, que va más allá de determinar, tal como lo hicieron todos los textos constitucionales anteriores, que el Poder Legislativo debía aprobar los tratados

²¹⁹ Artículo 24.- Entrada en vigor del tratado

El tratado celebrado por el Estado Peruano entra en vigor en la fecha en la que se cumplan las condiciones para ello establecidas en el instrumento internacional o en las normas del Derecho internacional. En esa misma fecha, el tratado se considera incorporado al Derecho nacional.

antes de su ratificación por el Presidente de la República. En el Título II, Del Estado y la Nación, Capítulo V, De los Tratados, se estableció:

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

Analicemos detenidamente el artículo. Se refiere a “celebración” que es un concepto que, en sentido lato, abarca distintas etapas en la formación de los tratados.²²⁰ Evidentemente, el legislador constituyente quiso referirse no a la etapa del proceso de formación del tratado, sino a la etapa de expresión definitiva del consentimiento en obligarse por medio del tratado, y a que dicho tratado entrase en vigor, pues siguiendo la lógica de la postura monista adoptada, la norma internacional debía encontrarse en vigor para ser parte del derecho nacional. La precisión de la celebración con otros Estados era, ya en su momento, inactual. Aunque hasta hoy no haya un tratado sobre la materia que se encuentre en vigor, entonces ya era generalmente aceptada la capacidad de contratación internacional de las Organizaciones Internacionales, particularmente de las Naciones Unidas, de la que el Perú fue miembro fundador.

Es el segundo enunciado del que parte toda la confusión posterior, pues al referirse al “conflicto” entre tratado y ley, sitúa a ambos en un mismo nivel jerárquico, con prevalencia del tratado. La doctrina constitucional peruana ha visto siempre en este artículo una categorización del tratado como norma infra constitucional y supra legal. Si hubiera sido esa la voluntad del legislador constituyente, es decir que el tratado debía ser considerado por encima de la ley, bastaba haberlo enunciado en esa forma.

En estricta lógica, dos normas no pueden entrar en conflicto si una es de mayor jerarquía que la otra. La prevalencia se da en caso de concurrencia o conflicto de normas de igual jerarquía, y se resuelve de acuerdo a principios generales del derecho tales como la primacía de la norma especial sobre la norma

²²⁰ Reuter, P. *Introducción al Derecho de los Tratados*. México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 73, §89.

general, o la aplicación de la norma más reciente frente a la más antigua, que hace prevalecer a una norma sin que tal prevalencia tenga un efecto derogatorio o abrogatorio respecto de la norma preterida.

Entonces, la CP79 no estableció de manera expresa el rango supra legal de los tratados, sino la prevalencia del tratado respecto de la ley en caso de conflicto. En ninguno de los enunciados del artículo 101° se establece que los tratados tengan un rango normativo en el derecho interno, al que, sin embargo, quedan incorporados. Lo que se dice es que son parte del derecho interno y que prevalecen frente a las leyes en caso de conflicto. A tal punto no incluye a los tratados en la pirámide normativa nacional, que el artículo relativo al ordenamiento jurídico omite toda mención a los tratados:

Artículo 87.- La Constitución prevalece sobre toda otra norma legal. La ley, sobre toda norma de inferior categoría, y así sucesivamente de acuerdo a su jerarquía jurídica.

Artículo 211.- Son atribuciones y obligaciones del Presidente de la República:

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

Y en concordancia con dicha disposición, la CP79 no incluye a los tratados entre las normas a ser recurridas por inconstitucionalidad ante el órgano de control de la constitución:

Artículo 298.- El Tribunal de Garantías Constitucionales tiene jurisdicción en todo el territorio de la República. Es competente para:

1. Declarar, a petición de parte, la inconstitucionalidad parcial o total de las leyes, decretos legislativos, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravienen la constitución por la forma o por el fondo.

Resulta evidente que el desarrollo respecto de los tratados no fue congruente en el texto constitucional de 1979, pues en realidad lo que hizo fue establecer una jerarquía paralela de las normas internacionales que, evidentemente, estaba fuera de sus atribuciones y carecía de efectos en el derecho internacional.

Veamos. La CP79 estableció una jerarquía constitucional para los tratados de derechos humanos, de la manera siguiente:

Artículo 105.- Los preceptos contenidos en los tratados de derechos humanos tienen jerarquía constitucional. No pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige para la reforma de la constitución.

No elevó al rango constitucional al documento formal (tratado), sino a su contenido (preceptos). En sentido estricto tiene lógica equiparar los derechos fundamentales que la constitución consagra con los derechos humanos contenidos en los tratados sobre la materia, dado que más allá de la formulación de los preceptos, el objeto de protección es el mismo: la persona humana.

No obstante, para prácticamente la totalidad de la doctrina constitucional peruana, el texto de 1979 situaba a los tratados sobre derechos humanos al nivel de la Constitución (Artículo 105.- Los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos, tienen jerarquía constitucional.), incorporándolos implícitamente al texto constitucional al disponer que “No pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Constitución”, asimilando el procedimiento internacional de enmienda de los tratados a un procedimiento interno de reforma constitucional, subordinado el primero al segundo.

Ese impedimento, pensado probablemente como una barrera a una eventual modificación de dichos tratados que recortara los derechos enunciados, desconociendo el principio de progresividad de los derechos humanos, se constituía también en un impedimento a cualquier enmienda que buscara ampliar el espectro de protección de dichos tratados, pues hacía más gravoso el procedimiento de enmienda que la adopción de un nuevo tratado, dado que los tratados de Derechos Humanos no tenían un procedimiento especial de aprobación, pues aún si se consideraba que se incorporaban a la constitución, no se consideraba que afectasen disposiciones constitucionales, por lo que no requerían para su aprobación seguir el proceso de reforma constitucional, salvo que se entienda afectación en un sentido lato que abarque la incorporación de los preceptos de derechos humanos a la constitución.

No fue más acertada dicha Constitución al establecer una distinción entre los tratados, a tenor de lo dispuesto por el Artículo 106.- “Los tratados de integración con estados latinoamericanos prevalecen sobre los demás tratados celebrados entre las mismas partes”, disposición poco ajustada al derecho internacional, pues establecía unilateralmente la prevalencia de ciertos tratados sobre otros, prevalencia únicamente aplicable a los tratados celebrados con algunos Estados. En razón de un criterio, más político que jurídico o geográfico, por lo demás bastante impreciso.

En el caso de tratados celebrados con otros Estados distintos de los latinoamericanos, los tratados de integración y los demás tratados se encontraban en una posición infra constitucional, pero supra legal, sin que se aplicara a ellos la misma prelación establecida para los tratados celebrados con Estados Latinoamericanos. Estas disposiciones, entonces, establecían prácticamente una jerarquía entre los tratados, de la manera siguiente: los tratados sobre derechos humanos tenían jerarquía constitucional; los tratados de integración con Estados Latinoamericanos se encontraban por debajo de la constitución, pero por encima de los demás tratados celebrados con otros Estados Latinoamericanos y en general con todos los demás Estados (más precisamente, con todos los demás sujetos de derecho internacional con capacidad de contratar), que a su vez se situaban por encima de las leyes nacionales, y por debajo de todas esas normas, los tratados ejecutivos que denominaba “convenios Internacionales”. Todo ello, absolutamente irrelevante para el derecho internacional y muy lejos de los criterios de la CV69 que, en esa fecha, aun cuando no hubiese entrado en vigor, era ampliamente conocida por todos los Estados, entre ellos el Perú, que participó activamente en su redacción y era Estado firmante de la misma.

El tratamiento dispensado a la materia convencional en la Constitución de 1979 estuvo lejos de ser coherente, ordenado y práctico, pues estableció distingos y prelações totalmente ajenos al derecho internacional, adoleció de falta de claridad en su formulación y de serias inconsistencias.

Sin embargo, eso no significa que haya tenido mucho mejor fortuna la Constitución de 1993. Si bien la redacción del artículo que abre la puerta a los

tratados es bastante más afortunada y precisa: “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional” (art. 55°). A diferencia de su predecesora, la CP93 no distingue entre quienes se han celebrado los tratados, pues lo realmente importante es que son celebrados por el Estado.²²¹ Se entiende que habrán sido celebrados con entidades que gozan del derecho de contratación internacional, es decir otros Estados, u Organizaciones Internacionales a las que su carta constitutiva confiere dicha capacidad.²²² De otro lado, queda meridianamente establecido que sólo el Estado puede celebrar tratados. La precisión sigue la línea de lo establecido en el artículo 43° que establece “El Estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario [...]”, lo que no deja duda sobre la exclusividad del *ius tractandi* estatal, que otras normas desarrollan.²²³

Ciertamente, es también más preciso decir que los tratados deberán estar en vigor para formar parte del derecho nacional, pues tratándose de un sistema jurídico que adopta el monismo, la entrada en vigor de los tratados es el

²²¹ Méndez Chang, E. *Ob. Cit.*, p. 79: El Capítulo pertinente de la Constitución Política del Perú de 1993 asume como término genérico “tratados”, superando las confusiones surgidas a raíz del empleo de tratados y convenios. Esta opción del legislador resulta correcta toda vez que la Convención de Viena de 1978 sobre Derecho de los Tratados, de conformidad con la doctrina internacionalista contemporánea más acreditada, se inclina por el empleo de tratado, sin que se establezcan *a priori* diferencias ni jerarquías por el empleo de otras denominaciones, producto de la práctica de los Estados.

²²² Novak, F. “Artículo 55 Tratados”, en: Gutiérrez, W. (Director), *La constitución comentada, análisis artículo por artículo, Tomo I*, Lima: Gaceta Jurídica, 2006, pp. 759 – 760: “Asimismo, el artículo 55 corrige un erro que contenía el artículo 101 de la Constitución de 1979, en este se limitaba el concepto *de tratados* a los acuerdos internacionales suscritos entre Estados, excluyendo así a los acuerdos celebrados entre el Estado peruano con otros sujetos del Derecho Internacional, como las Organizaciones Internacionales. En efecto, al señalar textualmente el artículo 101 de la Constitución derogada: “Los tratados internacionales celebrados por el Perú *con otros Estados*, forman parte del derecho nacional. (...)”. (cursivas nuestras), excluía al resto, estableciendo un concepto de tratado muy limitado e inactual. Por esta razón, era necesario corregir el error.”

²²³ Ley N° 27783, Ley de Bases de la descentralización, de 17 de julio de 2002.

Artículo 26.- Competencias exclusivas

26.1. Son competencias exclusivas del gobierno nacional:

- a) Diseño de políticas nacionales y sectoriales. [...]
- c) Relaciones Exteriores. [...]

26.2. No son objeto de transferencia ni delegación las funciones y atribuciones inherentes a los sectores y materias antes señaladas.

momento en que estos adquieren plena obligatoriedad como normas internacionales, tanto para el Estado como entre los Estados.

A diferencia de su predecesora, la CP93 no establece de manera expresa una jerarquía o prevalencia de los tratados respecto de las leyes. Este olvido u omisión, si fue tal, han valido un sinnúmero de críticas a esta constitución, llegando a salir desfavorecida en este aspecto en comparación con la anterior carta magna. Las críticas han llegado además por partida doble, desde la orilla de los constitucionalistas, por un lado, y por otro desde aquella de los internacionalistas. Se han centrado en criticar la incertidumbre jurídica que tal olvido u omisión han generado, al no proclamar la prevalencia de los tratados sobre las leyes, dejando incluso que la equiparación entre ambas normas tenga que ser deducida de una disposición relativa a la acción de inconstitucionalidad, que establece su procedencia contra las normas que tienen rango de ley, entre las que incluye a los tratados (Artículo 204°, numeral 4).²²⁴

El principal problema, a nuestro juicio, es abordar los tratados internacionales exclusivamente desde la perspectiva constitucional que, siendo correcta, es insuficiente por la naturaleza misma de las normas internacionales, que aun cuando se incorporan al ordenamiento jurídico interno, no se generan en su seno ni dependen en lo esencial de él. Indudablemente las normas internacionales no se pueden situar por encima ni contravenir la constitución. Cualquier tratado debe situarse jerárquicamente por debajo de la constitución, o en todo caso, a su mismo nivel. Centrar el problema de la aplicación de los tratados en una cuestión de jerarquía librada a lo que disponga la constitución

²²⁴ Novak, F. *Ob. Cit.*, 2006, p.764: “Todo lo expuesto ha llevado a concluir a algunos prestigiosos constitucionalistas peruanos que los tratados aprobados por el Congreso vía resolución legislativa tienen rango de ley; mientras que los tratados ratificados por el Presidente de la República vía decreto supremo sólo tienen rango de norma administrativa. Sin embargo, lo cierto es que, independientemente de la formalidad escogida para la incorporación de los tratados en nuestro ordenamiento jurídico interno, materialmente los tratados en el Perú tienen rango de ley.

En primer lugar, porque la atribución constitucional del rango de ley a los tratados es expresa. En efecto, la Constitución en su artículo 200, inciso 4, habla de “normas que tienen rango de ley” y, entre ellas, incluye a los tratados, sin distinguir aquellos aprobados por el Congreso vía resolución legislativa de los celebrados por el Ejecutivo vía decreto supremo. Por tanto, no hay que distinguir donde la ley no distingue.”

o las leyes de cada Estado no guarda relación con la naturaleza de las normas internacionales.

Además de la jerarquía, interesa las materias que el tratado aborda y pretende regular, ya no para un Estado, sino para el conjunto de Estados partes en el mismo. Entonces, resultaría necesario que en todos los Estados el tratado tuviese, sino la misma jerarquía, al menos una categoría homologable que garantice pueda desplegar sus efectos de manera similar. Eso no se da en la práctica.

Cada constitución define la situación de los tratados dentro del ordenamiento jurídico estatal, y si bien no hay un número ilimitado de posibilidades, más bien apenas un ramillete, lo cierto es que no necesariamente coincidirán todos los Estados en dar a los tratados idéntica jerarquía normativa, además de estar en presencia de al menos dos modelos de incorporación, el monista y el dualista, amén de las situaciones de ausencia de una disposición constitucional relativa a la materia de la incorporación de los tratados.

Por esas razones, determinar la jerarquía de los tratados no es suficiente, y pretender que sólo la jerarquía basta para decidir una posible concurrencia o conflicto entre un tratado y una ley no resuelve la cuestión. Lo que determina la prevalencia, aplicación preferente o prelación del tratado respecto de la ley no es la jerarquía normativa, por demás discutible, pues vendría a equiparar dos normas de distinta naturaleza y procedencia, sino la competencia para regular situaciones.

Al celebrar un tratado, un Estado acepta que ciertas situaciones no se regirán por la ley interna, sino por el acuerdo internacional, acuerdo en el que intervienen dos o más voluntades y que una vez cumplidos ciertos procedimientos, adquiere fuerza obligatoria para las partes. En ese momento, el tratado desplaza a las legislaciones nacionales para aplicarse a las situaciones previstas en él. Claramente ha sido entendido de esa manera por el Tribunal Fiscal, en su Resolución N° 845 – 4 – 2001, en la que señala:

“Que aun cuando el Texto Constitucional vigente no contiene norma expresa que disponga la prevalencia del Tratado sobre las leyes internas, esta primacía puede inferirse desde el hecho que los tratados son normas internacionales mediante las cuales los Estados se obligan frente a otros, y su procedimiento

de aprobación tiene rango constitucional, por lo cual los mismos no pueden verse enervados por normas que rigen el orden interno de un país, como el caso de las leyes”

El procedimiento de celebración de los tratados no incide en el derecho interno de los Estados. Las disposiciones de derecho interno sobre la celebración de tratados, por lo general, prevén algún mecanismo para que la aprobación interna del tratado evite la colisión con las normas nacionales, sin que ello implique, necesariamente, su derogación. Incluso, esas previsiones se aplicarán también a las normas constitucionales. Cuando los Estados expresan su voluntad definitiva en obligarse por medio de un tratado están asumiendo el compromiso de cumplirlo, por lo que, razonablemente, ninguna norma interna debe perturbar la ejecución del tratado. En esa circunstancia, el tratado deviene en la única norma aplicable para regular las situaciones en él previstas, sustituyendo a las normas internas, sobre las cuáles prevalece.

Es la voluntad de los Estados la que sustrae una situación a la aplicación de las leyes para colocarla bajo el imperio de un tratado. Por lo tanto, el elemento esencial no es la jerarquía que el derecho interno le pueda conceder al tratado, sino la competencia que este adquiere para regir una situación desplazando a las normas internas, que pueden ser incluso disposiciones constitucionales. Con lo cual, queda en evidencia que atribuir una jerarquía a los tratados dentro de un ordenamiento interno carece de relevancia, pues es la competencia de la norma, antes que su ubicación jerárquica, lo que la hace obligatoria y que prevalezca sobre el derecho interno. Recurrimos nuevamente a la jurisprudencia del Tribunal Fiscal, que se ha expresado de la siguiente manera en su Resolución N° 03345 – A – 2004:

"El criterio de prevalencia de los tratados sobre las normas internas no tiene efectos derogatorios sobre las normas internas que les sean opuestas, sino únicamente las deja inaplicables a efectos de garantizar el cumplimiento de las obligaciones del Estado derivadas de su condición de parte de un tratado. En tal sentido, la ley resultara aplicable en todos los supuestos en que no se contraponga con lo dispuesto en el tratado.

En tal sentido, de lo expuesto se puede concluir que, de acuerdo a los principios del Pacta Sunt Servanda y de la primacía del derecho internacional convencional sobre el derecho interno, los tratados que versan sobre materias de soberanía tributaria prevalecen sobre las normas internas con rango de ley"

Sin embargo, desde la orilla constitucional, encontramos posiciones muy particulares respecto a la jerarquía de los tratados, que no pueden superar la supuesta dicotomía entre las modalidades de aprobación interna de los tratados, esto es, entre los tratados de carácter ejecutivo y aquellos que requieren aprobación parlamentaria previa a su ratificación, e insisten en vincular el valor jurídico del tratado y sus efectos al procedimiento interno de aprobación o de formación de la voluntad estatal, condicionando por lo tanto su nivel de obligatoriedad, su prevalencia frente a la ley ordinaria e incluso su pertenencia al orden jurídico interno, pese a lo meridianamente claro de la disposición constitucional.²²⁵ Veamos, a título de ilustración, algunas de estas posiciones.

Algún autor cuestiona que un tratado ejecutivo pueda ser considerado como norma con rango de ley únicamente porque contra él se pueda interponer la acción de inconstitucionalidad,²²⁶ que coincide con su postura respecto que los tratados adquieren, en el derecho interno, el valor de la norma que los aprueba,²²⁷ por lo que los tratados ejecutivos adquieren el rango de norma administrativa reglamentaria (Decreto Supremo), es decir, infra legal.

Esta postura es difícil de sostener dentro del derecho constitucional y administrativo peruanos, debido a que no se limita la posibilidad de dictar decretos autónomos, y todo decreto debe consistir en el desarrollo de una ley, tal como la propia constitución establece la atribución presidencial: “Ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas; y, dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones” (Artículo 118°, numeral 8). No se entendería, entonces, que un tratado estuviera supeditado a una ley, peor aún, que fuera un tratado el que desarrolle y haga aplicable lo dispuesto

²²⁵ Novak, F. *Ob. Cit.* Artículo 55, 2006, p. 765: “En todo caso, se debe reconocer que quizá lo óptimo hubiera sido que, al igual que en los artículos 80 y 81 de la Constitución, se hubiera autorizado al Presidente de la República a aprobar tratados mediante decreto legislativo sin delegación del Congreso, en cuyo caso el rango de ley del tratado en todos los casos sería internamente indiscutible.”

²²⁶ Rubio Correa, M. *Estudio de la Constitución Política de 1993, Tomo 3*. Lima: PUCP, Fondo Editorial, 1999, p. 160.

²²⁷ Rubio Correa, M. *Ob. Cit.*, p. 104.

por una ley, por lo que no resulta coherente que el tratado se ubique jerárquicamente por debajo de la ley, en la categoría de norma administrativa.

Otra postura entiende que es aplicable a los tratados una institución de derecho internacional privado como el reenvío, pese a que en nuestro derecho internacional privado está expresamente prohibida.²²⁸ Es la que sostiene García Toma:

“Significa la aplicación de la institución del reenvío (sic); por ende, nuestro cuerpo político recoge como parte de nuestra normatividad –y con carácter obligatorio para todos los ciudadanos y residentes en el Perú– a todas aquellas normas internacionales convencionales (tratados), celebrados por el Estado, que se encuentran en vigor.”²²⁹

No se termina de entender cómo podría operar el reenvío si es que la norma ya forma parte del orden jurídico nacional. Para el autor, que comparte la postura del Tribunal Constitucional, los tratados no forman parte de una sola categoría normativa, sino que estos se reparten en distintas categorías, según sean tratados con habilitación legislativa, es decir tratados cuya aprobación se tramita siguiendo el procedimiento de la reforma de la constitución (primera categoría), tratados ordinarios, que requieren la aprobación del Poder Legislativo antes de ser ratificados por el Estado (segunda categoría), o tratados internacionales ejecutivos (tercera categoría). Si resulta debatible la afirmación respecto a que la constitución “se ha inclinado implícitamente por la corriente dualista”,²³⁰ pues aunque conserva rezagos dualistas, la mayor parte de la doctrina nacional se inclina por situar a la constitución en la corriente del monismo moderado con prevalencia del derecho internacional.

Para otro autor, que reconoce a los tratados como parte del derecho interno, sin embargo, la fuerza vinculante del tratado no proviene del derecho

²²⁸ Código Civil Peruano de 1984. Libro X. Derecho Internacional Privado. Título Primero Disposiciones Generales. Artículo 2048° Competencia de los jueces peruanos. Los jueces peruanos aplicarán únicamente el derecho interno del Estado declarado competente por la norma peruana de Derecho Internacional Privado.

²²⁹ García Toma, V. *Análisis Sistemático de la Constitución Peruana de 1993, Tomo II*. Lima: Universidad de Lima, Fondo de Desarrollo Editorial, 1998, pp. 109 – 110.

²³⁰ García Toma, V. *Ob. Cit.*, pp. 109 – 110.

internacional, sino de la “obligación derivada del precepto constitucional de velar por su obligatorio cumplimiento”,²³¹ que sitúa al derecho interno por encima del principio *pacta sunt servanda* consagrado por el artículo 26° de la CV69. El mismo autor, al interpretar el artículo 55° de la CP93 sostiene que “recoge el principio de incorporación de los tratados al derecho interno, de manera que una vez celebrados ingresan a la norma jurídica general, con el rango correspondiente a la función con la que fue aprobado: si la aprobación viene del Congreso tendrá rango de ley y si viene del ejecutivo tendrá rango de decreto supremo.”²³²

Podemos apreciar que los enfoques constitucionales difieren entre sí, como difieren de las conclusiones a las que podemos llegar desde la perspectiva del derecho internacional. Al no poder salir de la rígida estructura jerárquica que la constitución impone, la comprensión de los tratados en toda su dimensión normativa resulta inasible para el constitucionalista, y por ende para todos los operadores del derecho (abogados, administración, tribunales) que se orientan a partir de la perspectiva constitucional únicamente.

4.3 Observancia y ejecución de los tratados

Es norma consuetudinaria fundamental del derecho internacional público que los tratados se negocien y firmen para ser cumplidos de buena fe. Esta norma, conocida como *pacta sunt servanda* y recogida por el Convenio de Viena de 1969 en su artículo 26, obliga a los Estados al respeto de lo libremente pactado y a actuar, en sus relaciones recíprocas, de manera razonable y previsible, exenta de malicia y sin ánimo de valerse del tratado o su práctica ulterior de forma que se ocasione perjuicio o daño a los demás Estados partes. La obligación de actuar de buena fe se dirige hacia la total y plena ejecución del tratado, es decir, a lograr todo lo que el tratado ha previsto como objeto y fin del mismo; también incluye la obligación de no actuar de forma que dicho objeto y fin se frustren o devengan en imposibles.

²³¹ Bernales, E. *La Constitución de 1993. Análisis Comparado*. 5ª edición. Lima: RAO, 1999, p. 342.

²³² Bernales, E. *Ob. Cit.*, p. 342.

En consecuencia, un tratado en vigor tiene efectos plenamente vinculantes para las partes y obliga a su cumplimiento. Los tratados disponen de ciertas cláusulas para establecer cómo han de ser cumplidos; sin embargo, los Estados tienen plena libertad para determinar aquellas normas internas necesarias para el adecuado cumplimiento de sus obligaciones internacionales, como la dación de leyes o reglamentos que se requieran para que las disposiciones del tratado sean de aplicación directa en el territorio del Estado.

Las disposiciones contenidas en los tratados no son todas de eficacia inmediata. Cualquier tratado, simple o complejo, contiene disposiciones que pueden aplicarse directamente, sin necesidad de adaptación o de la dación de normas complementarias de carácter legislativo o reglamentario, y que por lo tanto deberán ser aplicadas por los poderes públicos; pero contiene también disposiciones que requieren de un desarrollo normativo para poder ser aplicables, tales como la promulgación, modificación o abrogación de normas legales, o la expedición de normas administrativas, así como de actos de Estado, tales como la ratificación o adhesión a tratados. Los tratados, en ocasiones, pueden prever que determinados compromisos serán exigibles tiempo después de la entrada en vigor, dando a las partes un plazo para el cumplimiento de las condiciones o realización de los actos necesarios para tal fin.

Los tratados establecen derechos y obligaciones únicamente para quienes devienen parte de ellos, pero no pueden imponer dichos derechos u obligaciones a terceros Estados sin su consentimiento. Esta norma, recogida en el artículo 34 del Convenio de Viena de 1969, está plenamente consagrada por la práctica de los Estados y por la jurisprudencia internacional.

4.4 Algo más que un dilema conceptual: prevalencia o jerarquía de los tratados respecto de las leyes

Los tratados se incorporan al ordenamiento jurídico peruano como norma de derecho interno, aun cuando las disposiciones constitucionales sobre los tratados no hacen mención específica de la categoría normativa que les corresponde, pues el artículo correspondiente se limita a señalar que “Los

tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.”²³³ La equiparación entre tratado y ley se encuentra en otros apartados constitucionales, cuando se mencionan las atribuciones del presidente de la República en el artículo 118, numeral 1: “Cumplir y hacer cumplir la Constitución y los tratados, leyes y demás disposiciones legales. [...]”, se sitúa a los tratados y las leyes conjuntamente por debajo de la Constitución, y de una manera más específica, en el apartado relativo a la acción de inconstitucionalidad en el artículo 200, numeral 4:

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

En este último caso es clara la categoría de norma legal que la constitución asigna al tratado, al lado de otras normas similares, aunque cabe resaltar que no se cuenta en la enumeración a la norma legislativa con la que usualmente aprueba los tratados el Congreso de la República, nos referimos a la Resolución Legislativa.

En este caso encontramos dos situaciones que vale la pena tratar por separado, la primera es la potestad del presidente de la República de celebrar tratados, y la segunda la facultad de Poder Legislativo de participar en la formación de la voluntad estatal de ser parte en los tratados.

La primera situación se ha estudiado más y mejor desde el punto de vista de una atribución constitucional para la elaboración de los denominados acuerdos ejecutivos, sin embargo, ha merecido poca atención desde el punto de vista de ser una facultad legislativa por medio de la cual el jefe del Estado contrae obligaciones internacionales que pasan a formar parte de la legislación nacional.²³⁴

La segunda situación se refiere a la ausencia de mención del tipo normativo (resolución legislativa) que emite el Poder Legislativo para aprobar los tratados,

²³³ Artículo 55 de la CP93.

²³⁴ Granda, A. M. *Ob. Cit.* Méndez Chang, E. *Ob. Cit.*

pero en ese caso, en realidad lo que se ataca por la vía de la acción de inconstitucionalidad es al tratado mismo y su validez, no a la norma interna que aprueba su ingreso en el ordenamiento jurídico nacional.

Al recibir el tratado la misma categoría que la ley en el derecho peruano, debemos distinguir aquellas normas con rango de ley según su procedencia:

- a. Normas que emanan del Poder Legislativo: leyes, resoluciones legislativas y Reglamento del Congreso.
- b. Normas que emanan del Poder Ejecutivo con autorización o delegación del Poder Legislativo: decretos legislativos, tratados según lo dispuesto en el artículo 56º de la CPP 93.
- c. Normas que emanan del Poder Ejecutivo sin necesidad de autorización o delegación del Poder Legislativo: decretos leyes, decretos de urgencia, tratados según lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 57º de la CPP 93.
- d. Normas que emanan de otros órganos de la Administración territorial: ordenanzas regionales y ordenanzas municipales.

Por tanto, el tratado se incorpora al derecho peruano en la categoría de la ley. Sin embargo, ninguna disposición constitucional ni de otro tipo aborda la posible oposición entre tratado y ley, ni tampoco establece un criterio para resolver dicha antinomia. Desde el derecho constitucional se ha advertido esta situación, pero se le ha dado una solución que no toma en cuenta la prevalencia del derecho internacional, sino que asimila las normas nacionales y las normas internacionales en una misma categoría, y resuelve en consecuencia.²³⁵ Sin embargo, desde el derecho internacional se tiene una visión distinta, respaldada por la jurisprudencia internacional:

²³⁵ Landa, C. "Los tratados internacionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú", p. 4qvw: "Ahora bien, como los tratados internacionales aprobados y ratificados forman parte del derecho nacional, según el artículo 55º de la Constitución, las colisiones entre los tratados y las leyes nacionales, se resolverían no por el principio de jerarquía, sino por los principios de prevalencia de la norma especial sobre la general y de la norma posterior sobre la anterior"

Si bien la actual Constitución en su artículo 55 no señala expresamente un criterio de solución a este eventual conflicto normativo; la primacía incondicional del Derecho Internacional sobre el Derecho interno (esto es, del tratado sobre la ley) ha sido defendida por los tribunales internacionales en diversas ocasiones, por el Derecho comparado, por tribunales internos y por la mayoría de los publicistas.

En cuanto a la jurisprudencia internacional, tanto arbitral como judicial, son diversos los fallos que confirman esta primacía. Así tenemos: los laudos arbitrales en el Asunto Montijo (26 de julio de 1875), en el Asunto del Régimen Aduanero Franco – Suizo (1912), en el Asunto G. Pinsón (19 de octubre de 1928) y en el Asunto Trevers vs. República Italiana (24 de setiembre de 1956); las sentencias de la Corte Permanente de Justicia Internacional en el Asunto de las Zona Francas de la Alta Saboya y del País de Gex, entre Francia y Suiza; el Asunto de los súbditos polacos en el Dantzig; el Asunto de los Intereses Alemanes en la Alta Silesia Polaca; el Asunto Groenlandia y el de la Factoría de Chorzow; la Opiniones Consultivas de la Corte Permanente de Justicia Internacional sobre el Intercambio de Poblaciones Griegas y Turcas de 1925; y en el Asunto de las Comunidades Greco – Búlgaras; entre otros.²³⁶

Lo llamativo del caso es que tampoco encontramos una pista para resolver este problema, por demás frecuente, ni en la Ley Orgánica del Poder Judicial, ni en el Código Procesal Constitucional, ni en ninguna otra ley general o particular. Más aún, no hay una referencia específica en ninguna sentencia del Tribunal Constitucional expedida hasta la fecha, dicha instancia se ha limitado a constatar que la norma internacional se incorpora al derecho interno.²³⁷ Dicha jurisprudencia ha sido reiterada por el máximo intérprete de la Constitución en el sentido de conceder a los tratados la categoría de fuente del derecho peruano:

A diferencia de las demás formas normativas que se producen en el ámbito del derecho interno peruano, los tratados son fuente normativa, no porque se produzcan internamente, sino porque la Constitución así lo dispone. Para ello, la Constitución, a diferencia de las otras formas normativas, prevé la técnica de la recepción o integración de los tratados en el derecho interno peruano. Así, el artículo 55 de la Constitución [lo] dispone (...) Es la propia Constitución, entonces, la que establece que los tratados internacionales son fuente de derecho en el ordenamiento jurídico peruano. Por mandato de la disposición

²³⁶ Novak, F. *Ob. Cit.*, 2006, pp. 767 – 768.

²³⁷ Expediente N° 1277 – 1999 – AC, 13/07/01, P, FJ. 7, en: Tribunal Constitucional del Perú. *La Constitución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica, 2006. pp. 408 – 409: “[E]s un hecho inobjetable (...) que cuando nuestra Constitución Política del Estado reconoce en su artículo 55 que “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional” y el artículo 200 inciso 4) consigna entre las diversas normas con jerarquía legal, a los tratados (sin distinción alguna), no cabe sino admitir que los mismos tiene un valor normativo indiscutible y en consecuencia son plenamente aplicables por los jueces y tribunales peruanos.”

constitucional citada se produce una integración o recepción normativa del tratado.²³⁸

Así, el Tribunal Constitucional en su sentencia del 24 de abril de 2006, Expediente N° 047-2004-AI/TC, ha señalado que conforme al inciso 4 del artículo 200 de la Constitución de 1993, los tratados en el Perú tienen rango de ley (con excepción de los tratados de Derechos Humanos, a los que le reconoce rango constitucional), no haciendo distinción, entre los llamados tratados complejos (aprobados por el Poder Legislativo antes de ser ratificados por el Poder Ejecutivo) y los denominados tratados ejecutivos (celebrados por el Poder Ejecutivo con cargo a dar cuenta al Poder Legislativo).

Por su parte, el Tribunal Fiscal, en su resolución de observancia obligatoria RTF N°03041 – A – 2004,²³⁹ también ha establecido que de conformidad con el artículo 200 de la Constitución Política del Perú, al margen del rango de la norma por la cual se incorporan a la legislación nacional (los tratados aprobados por el Congreso mediante Resolución Legislativa, que tiene rango de ley y, los tratados celebrados por el Presidente de la República aprobados mediante Decreto Supremo, que tiene rango de norma reglamentaria), los tratados tienen rango de ley.

La aplicación prevalente del tratado sobre la ley es principalmente jurisprudencial, y derivada de un precepto de la anterior CP79 que establecía en el artículo 101: “En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalece el primero.” Sin embargo, dicho precepto no fue recogido por la CP93, habiendo quedado, en el mejor sentido, consagrado como una costumbre jurisprudencial.

No obstante, es una confusión muy frecuente entre quienes cultivan el derecho constitucional o el derecho administrativo, atribuir a los tratados ejecutivos el valor legal de la norma empleada para su aprobación, de forma tal que

²³⁸ Expediente N° 0047 – 2004 – AI, 24/04/06, P, FJ. 21, en: Tribunal Constitucional del Perú. *La Constitución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica, 2006. p. 409.

²³⁹ Resolución de fecha 14 de mayo de 2004.

consideran dichos tratados como incorporados al derecho interno peruano con valor jurídico de reglamentos, es decir por debajo de las leyes y los tratados aprobados según las formalidades legales.²⁴⁰ Dicha posición llevaría a que se diera en el ordenamiento jurídico interno una situación completamente ajena al orden jurídico internacional, esto es, que haya tratados de rango superior y tratados de rango inferior por ministerio de la ley interna del Estado.

Una situación parecida se presentaba cuando los exégetas de la CP79 defendían el rango constitucional de los tratados de derechos humanos, que situaba dentro de la normatividad nacional a dicho tratados por encima de los demás. Este error se repetía en dicho texto constitucional por cuanto, además de establecer una jerarquía normativa interna hacía lo mismo con las normas convencionales.

Artículo 105.- Los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos, tienen jerarquía constitucional. No pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Constitución.

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

Incluso dicho texto constitucional llegaba a distinguir entre tratados, de competencia del Poder Legislativo, de aquellos a los que denominaba convenios internacionales, y que eran de competencia del Poder Ejecutivo, utilizando una clasificación que la Convención de Viena en materia de tratados de 1969 había privado ya de todo valor.²⁴¹

Todo lo expuesto ha llevado a concluir a algunos prestigiosos constitucionalistas peruanos que los tratados aprobados por el Congreso vía resolución legislativa tienen rango de ley; mientras que los tratados ratificados

²⁴⁰ Rubio Correa, M. *Estudio de la Constitución Política de 1993, Tomo III*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, p. 104: En otras palabras, se crean tres rangos de tratados, según la aprobación que reciben: unos tendrán rango constitucional, otros de ley y, los que aprueba el presidente, lo tendrán de decreto supremo (y por tanto, rectamente entendidas las cosas, sometidos a las leyes internas. Sin embargo, la Ley 26435 establece que todos los tratados, hayan o no requerido la aprobación del Congreso, son impugnados mediante la acción de Inconstitucionalidad de las leyes).

²⁴¹ CV69 artículo 2. 1.a. Ver también: Reuter, P. *Ob. Cit.*, p. 44: “No existe ninguna nomenclatura precisa para los tratados internacionales: términos como “tratado”, “convenio”, “acuerdo” o “protocolo” se usan como sinónimos. Además, el significado de la mayoría de los términos que se emplean en el derecho de los tratados es en extremo variable: cambia de un país a otro y de una constitución a otra; en el derecho internacional podría afirmarse incluso que varía de un tratado a otro: cada tratado es una especie de microcosmos que establece libremente en sus cláusulas finales las reglas que necesita para vivir.”

por el Presidente de la República vía decreto supremo tienen rango de norma administrativa. Sin embargo, lo cierto es que, independientemente de la formalidad escogida para la incorporación de los tratados en nuestro ordenamiento jurídico interno, materialmente los tratados en el Perú tienen rango de ley.²⁴²

Un problema derivado de la jerarquía normativa que corresponde a los tratados es precisamente su relación con las normas de derecho interno. En efecto, quienes adhieren a la posición del monismo con prevalencia del derecho nacional aceptan que las normas internas de rango superior al tratado pueden tener efecto sobre el mismo.

Para quienes comparten la posición de monismo moderado con prevalencia del derecho internacional, las normas internas no tienen efecto sobre las normas internacionales, así como las últimas no derogan o abrogan a las primeras. La pregunta surge al determinar el rango que un ordenamiento interno atribuye a una norma internacional, sea entre las normas de dicho ordenamiento o sea en categorías intermedias.

En el caso peruano, la CP93, como hemos visto, concede a los tratados el rango de norma legal, rango en el que concurre con muchas otras normas. Eso no significa que se aplique a los tratados los principios de vigencia de la ley ni los efectos que las normas posteriores producen sobre las anteriores; ese efecto frente a los tratados sólo puede producirse por parte de otras normas del mismo carácter internacional, no por normas internas. Ha quedado dicho que algunos autores, sin embargo, acogen la postura de atribuir efectos a las normas nacionales respecto de los tratados en función de la jerarquía normativa que les atribuyen, y que en algunos casos es inferior a la ley.

²⁴² Novak, F. "Tratados, artículo 55", en: Gutiérrez, W. *La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo, Tomo I*. Lima: Gaceta Jurídica, 2006.

Constitución 1979	Constitución 1993
<p>Constitución</p> <p>Tratados de DDHH</p> <p>Tratados que afectan disposiciones constitucionales</p>	<p>Tratados de DDHH</p> <p>Constitución</p> <p>Tratados que afectan disposiciones constitucionales</p>
<p>Tratados de integración con Estados Latinoamericanos</p> <p>Otros Tratados</p>	
<p>Leyes</p> <p>Ley, Resolución Legislativa, Reglamento del Congreso, Decreto Legislativo, Medidas extraordinarias de carácter económico o financiero, Ordenanzas Regionales, Ordenanzas Municipales</p>	<p>Tratados – Leyes</p> <p>Ley, Resolución Legislativa, Reglamento del Congreso, Decreto Legislativo, Medidas extraordinarias de carácter económico o financiero, Ordenanzas Regionales, Ordenanzas Municipales</p>
<p>Convenios internacionales (tratados ejecutivos)</p> <p>Decretos Supremos</p> <p>Resoluciones Supremas</p>	<p>Decretos Supremos</p> <p>Resoluciones Supremas</p>

Tras la incorporación de los tratados al derecho interno del Estado, según los preceptos constitucionales que le asignan un valor de ley, queda por definir qué significado se atribuye a dicho valor. Se ha señalado ya que el sistema jurídico peruano reconoce a una pluralidad de normas el valor o rango de ley, sean estas leyes en sentido formal o en sentido material. El tratado concurre con aquellas normas en tener el valor o rango de ley. El Tribunal Constitucional peruano entiende que los tratados poseen rango de ley porque la CP93 les atribuye dicho valor al incorporarlos al ordenamiento jurídico interno.²⁴³

Sin embargo, esa concurrencia no asimila el tratado a una norma de derecho interno. No lo hace porque el modo de elaboración del tratado en cuanto norma no es un modo regulado por el derecho interno, sino por el derecho internacional público, en cuanto el Estado participa de él conjuntamente con otros Estados. Por lo tanto, la elaboración de los tratados es una materia regulada no por el derecho interno sino por el derecho internacional público, que establece el proceso de creación de las normas convencionales internacionales en cuanto a su procedimiento y formalidades.

Si bien el derecho interno puede reconocer a los tratados un valor normativo y por lo tanto una jerarquía, esta calificación no influye en el valor normativo que el tratado tiene frente a otros tratados. Es decir, el valor normativo interno de un tratado no le añade a éste una mayor fuerza obligatoria, ni una mayor jerarquía, ni una prelación en su aplicación respecto de otros tratados, todo ello se deduce únicamente de la materia del tratado y del empleo que a dicho instrumento desean dar las partes que lo acordaron.

Por lo tanto, si el ordenamiento interno de un Estado da a los tratados distinto valor o jerarquía por cualquier tipo de consideraciones, ello no lo autoriza a

²⁴³ Sentencia del Tribunal Constitucional, Pleno Jurisdiccional Expediente N.º 047-2004-AI/TC, párrafo 21. “A diferencia de las demás formas normativas que se producen en el ámbito del derecho interno peruano, los tratados son fuente normativa no porque se produzcan internamente, sino porque la Constitución así lo dispone. Para ello, la Constitución, a diferencia de las otras formas normativas, prevé la técnica de la recepción o integración de los tratados en el derecho interno peruano. [...]”

Es la propia Constitución, entonces, la que establece que los tratados internacionales son fuente de derecho en el ordenamiento jurídico peruano. Por mandato de la disposición constitucional citada se produce una integración o recepción normativa del tratado.”

decidir de manera unilateral la prioridad en la aplicación, ni los efectos que produce un tratado posterior sobre un tratado anterior.

La atribución de un determinado valor o jerarquía al tratado por parte de un Estado sólo tiene validez para el Estado que la realiza, pero en ningún caso autoriza a que dicha atribución de un valor o jerarquía pueda ser válidamente opuesta frente a terceros Estados, o alegada para dejar de cumplir con las obligaciones del tratado.

De otro lado, tenemos un problema respecto a la interpretación de los tratados en el derecho interno. Si se le atribuye al tratado un rango de ley, querrá aplicarse al tratado los criterios de interpretación de las leyes, obviando que por su misma naturaleza los tratados tienen sus propios principios de interpretación,²⁴⁴ ya que la interpretación del tratado se hace para cumplir con las obligaciones que de él emanan; una aplicación de principios de interpretación del derecho interno pueden conducir a una inadecuada ejecución de las obligaciones contenidas en el tratado que deriven en un incumplimiento del mismo.

Sin embargo, cabe resaltar que, aunque la CP93 asigna a los tratados valor de ley, no establece entre ellos ni una jerarquía ni una disposición a favor del tratado frente a la ley, siendo posible interpretar ese silencio como una equiparación entre ambas normas que permite, bajo algún criterio de temporalidad o especialidad, preferir la ley al tratado.²⁴⁵ Indudablemente esa no ha sido la intención del legislador constituyente, pues aunque de manera

²⁴⁴ Establecidos por los artículos 31, 32 y 33 de la CVC69.

²⁴⁵ Novak, F. "Los Tratados y la Constitución Peruana de 1993", en: *Agenda Internacional*, Año I, Nº 2, Lima, 1994. p. 76: Sin embargo, pese a este acierto, la nueva fórmula contenida en el artículo 55 cae paralelamente en una omisión grave, al no establecer un criterio de solución en caso de conflicto entre un tratado y una ley interna peruana, como si lo previó la Constitución derogada.

En efecto, la Constitución de 1979 en su artículo 101 adoptó una fórmula claramente monista, estipulando que «en caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalece el primero».

De esta forma, las leyes internas que tenían normas que se hallaban en contradicción con las disposiciones del tratado, dejaban de aplicarse a favor de éste y, por otro lado, las leyes aprobadas con posterioridad a la entrada en vigencia del tratado, tampoco podían tener efectos jurídicos que pudieran impedir la aplicación del instrumento internacional.

expresa no señale la prevalencia del tratado, en determinados acápite lo coloca por detrás de la constitución y por delante de la ley, por ejemplo, al enumerar las atribuciones del Presidente de la República.²⁴⁶

Evidentemente, si la primera autoridad de la nación debe cumplir y dar cumplimiento a los compromisos internacionales por delante de las normas internas, los demás poderes públicos no deberían seguir una conducta distinta. Dicha disposición se reitera en la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, Ley N° 29158.²⁴⁷

En el caso del derecho interno peruano, la interpretación de los tratados, aun cuando se entienda que se han incorporado al ordenamiento jurídico interno, debe guiarse por lo prescrito en la CV69 de la que el Perú es parte.²⁴⁸

Igualmente, la doctrina constitucional peruana se manifiesta de forma prácticamente unánime, por la primacía del tratado sobre la ley en caso de

²⁴⁶ **Artículo 118°.** Corresponde al Presidente de la República:

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

²⁴⁷ Artículo 8.- Funciones del Presidente de la República

Corresponde al Presidente de la República, el ejercicio de las siguientes funciones:

1. En su calidad de Jefe de Estado:
 - a) Cumplir y hacer cumplir la Constitución Política del Perú, los tratados, leyes y demás disposiciones legales. [...]

²⁴⁸ CV69, Artículo 31. Regla general de interpretación.

1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.
2. Para los efectos de la interpretación de un tratado. El contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:
 - a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;
 - b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;
3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:
 - a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;
 - b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;
 - c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.
4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

conflicto. En este sentido, se puede citar, entre otros, a Eguiguren,²⁴⁹ Landa,²⁵⁰ y Rubio Correa. Este último señala expresamente:

Los tratados que tienen rango de ley primarán sobre las leyes anteriores sin ninguna duda. Queda a resolverse que pasa en el caso en que una ley posterior venga a ser incompatible con un tratado anterior. En nuestro concepto, aquí habrá que hacer primar el tratado, porque es un compromiso con potencias extranjeras, o con organismos internacionales, y la palabra empeñada en ese ámbito debe ser cumplida.²⁵¹

En el mismo sentido, sostiene García Toma, que tal primacía se explica, por:

El principio de primacía compromisoria (...) que declara la preeminencia de las cláusulas compromisorias de carácter internacional sobre las leyes y demás normas de inferior jerarquía.²⁵²

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha consagrado también la primacía de la norma internacional:

[E]s un principio general del derecho internacional el que un Estado no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación para el incumplimiento de un tratado o de normas imperativas del Derecho Internacional. Este principio ha quedado establecido en los artículos 27 y 53 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969, ratificado por el Perú mediante Decreto Supremo N° 029 – 2000 – RE, de fecha 14 de septiembre de 2000.²⁵³

En tal sentido, la ley nacional no puede tener efectos modificatorios, ni suspensivos, ni derogatorios, ni abrogatorios sobre el tratado, aunque el tratado si puede tener efecto suspensivo sobre la ley interna.

El propio Tribunal Constitucional da la pauta para resolver un posible conflicto normativo entre tratado y ley, cuando establece que la aplicación simultánea de

²⁴⁹ Eguiguren, F. "Aplicación de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos en la jurisprudencia constitucional peruana". En: *Dos ensayos sobre nueva jurisprudencia constitucional: Los tratados de Derechos Humanos y el Hábeas Corpus contra resoluciones judiciales*, Lima: Consorcio Justicia Viva, 2003, p.12

²⁵⁰ Landa, C. "Los tratados Internacionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú". En: *COLADIC* (Publicación Digital del Consejo Latinoamericano de Estudios de Derecho Internacional y Comparado). República Dominicana, 17 de Julio de 2005, p.5.

²⁵¹ Rubio Correa, M. *Ob. Cit.*, p.165.

²⁵² García Toma, V. "La jerarquía de las normas en el proyecto de Constitución". En: *Revista del Foro*. Lima: Colegio de Abogados de Lima, Año LXXXI, N 1, enero-junio de 1993, p.20.

²⁵³ Expediente N° 04677 – 2005 – HC, 12/08/05, P, FJ. 12, en: Tribunal Constitucional del Perú. *La Constitución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica, 2006. p. 407.

ambas normas no resulta posible y estas se adscriben a órdenes distintos (nacional e internacional) pero entre ellas debe existir una relación de coordinación o subordinación.

Lo opuesto a la coherencia es la antinomia o conflicto normativo; es decir, la acreditación de situaciones en las que dos o más normas que tienen similar objeto prescriben soluciones incompatibles entre sí, de forma tal que el cumplimiento o aplicación de una de ellas implica la violación de la otra, ya que la aplicación simultánea de ambas normas resulta imposible.

Como puede colegirse, la coherencia se afecta por la aparición de las denominadas antinomias. Estas se generan por la existencia de dos normas que simultáneamente plantean consecuencias jurídicas distintas para un mismo hecho, suceso o acontecimiento. Allí, se cautela la existencia de dos o más normas afectadas por el “síndrome de incompatibilidad” entre sí.

La existencia de la antinomia se acredita en función de los tres presupuestos siguientes:

- Que las normas afectadas por el síndrome de incompatibilidad pertenezcan a un mismo ordenamiento; o que se encuentren adscritas a órdenes distintos, pero, sujetas a relaciones de coordinación o subordinación (como el caso de una norma nacional y un precepto emanado del derecho internacional público).
- Que las normas afectadas por el síndrome de incompatibilidad tengan el mismo ámbito de validez (temporal, espacial, personal o material).
El ámbito temporal se refiere al lapso dentro del cual se encuentran vigentes las normas.
El ámbito espacial se refiere al territorio dentro del cual rigen las normas (local, regional, nacional o supranacional).
El ámbito personal se refiere a los *status*, roles y situaciones jurídicas que las normas asignan a los individuos. Tales los casos de nacionales o extranjeros; ciudadanos y pobladores del Estado; civiles y militares; funcionarios, servidores, usuarios, consumidores, vecinos; etc.
El ámbito material se refiere a la conducta descrita como exigible al destinatario de la norma.
- Que las normas afectadas por el síndrome de incompatibilidad pertenezcan, en principio, a la misma categoría normativa; es decir, tengan homóloga equivalencia jerárquica.

Como expresión de lo expuesto puede definirse la antinomia como aquella situación en que dos normas pertenecientes al mismo ordenamiento y con la misma jerarquía normativa son incompatibles entre sí, por tener el mismo ámbito de validez.²⁵⁴

Por lo tanto es evidente que ante la concurrencia de normas cuya aplicación es excluyente, lo que el Tribunal Constitucional denomina “antinomias”, debemos determinar si ambas normas tienen la misma jerarquía, como es el caso de los tratados y las leyes en el ordenamiento jurídico peruano; si ambas normas se

²⁵⁴ Expediente N° 0047 – 2004 – AI, 24/04/06, P, FJ. 51, en: Tribunal Constitucional del Perú. *La Constitución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica, 2006. pp. 395 – 396.

encuentran vigentes, es decir si temporalmente concurren para ser aplicadas de manera simultánea; si ambas normas se aplican a la misma materia o materias, es decir a una misma situación o relación jurídica; y por último si ambas normas rigen en el mismo espacio donde dicha situación o relación jurídica se regula o produce efectos de derecho.

En dicho supuesto nos encontramos frente a la disyuntiva de tener que elegir una sola norma aplicable, pues es imposible aplicar ambas simultáneamente a una misma situación. Teóricamente nos encontraríamos en la disyuntiva de aplicar el Derecho Interno o el Derecho Internacional Público y se trataría de una mera elección entre normas internas y compromisos internacionales.

Sin embargo, de lo anteriormente expuesto se colige que, en caso de conflicto entre la ley y el tratado, las autoridades peruanas deberán aplicar lo dispuesto por el tratado y dejar en suspenso la aplicación de la ley nacional.

4.5 Interpretación de los tratados

La legislación peruana guarda absoluto silencio acerca del tema de la interpretación de los tratados. Quizá por el hecho, en principio cierto, que es una materia cuya regulación corresponde al derecho internacional público, dado que cualquier interpretación debe surgir de las partes en el tratado, pues interpretar es un paso en dirección de la ejecución o cumplimiento del tratado por los Estados signatarios.

En la práctica peruana, es más frecuente que los criterios de interpretación de los tratados que suscribe se encuentren recogidos en los preámbulos o en las disposiciones generales de dichos acuerdos, con referencia a los artículos pertinentes de la CV69, o a tratados generales vinculados a la materia. Esta ha sido la práctica seguida principalmente en lo que se refiere a acuerdos comerciales, como es el caso del Acuerdo de Promoción Comercial entre el Perú y los Estados Unidos de Norteamérica:

El texto del TLC está inserto dentro del derecho internacional público, en un vasto conjunto de normas que abarcan a las convencionales y las consuetudinarias, como son los tratados de carácter económico, comercial y de integración, la costumbre internacional en materia de derecho internacional

económico y comercial, además de los usos del comercio internacional (*lex mercatoria*) en cuanto le son aplicables, por lo que el marco de aplicación e interpretación es delimitado desde un inicio, en el preámbulo del tratado. [...]

En este caso, a efecto de la interpretación del TLC, se deben tomar en cuenta las disposiciones del mismo tratado, las normas precitadas de la OMC, las normas andinas de integración que obligan al Perú y todas las normas internacionales a las que se remite el propio texto del TLC. Por lo tanto, además de ser un tratado, el TLC se inserta en un sistema de normas convencionales, algunas particulares, establecidas entre el Perú y Estados Unidos, y otras de alcance general, que tanto el Perú como Estados Unidos han suscrito y por las cuales se encuentran obligados.²⁵⁵

En ese caso, como en muchos otros, el marco interpretativo es el conjunto de obligaciones internacionales preexistentes, que exige un entendimiento integral del conjunto de derechos y obligaciones que encuadran una relación jurídica convencional.

Hay sin embargo un caso singular, el tratado de libre comercio que suscribieron conjuntamente el Perú y Colombia con la Unión Europea, pues tiene una característica que no se encuentra en los demás acuerdos del mismo tipo que usualmente se suscriben, y consiste en un marco de referencia político que constituye parte integrante de las obligaciones asumidas en el tratado, y se constituye en marco interpretativo del mismo. El preámbulo establece un marco bastante más amplio que el económico o comercial:

DECIDIDOS a fortalecer sus vínculos sobre la base de los mecanismos existentes que regulan las relaciones entre la UE y sus Estados Miembros y los Países Andinos signatarios, en particular el *Acuerdo de Diálogo Político y Cooperación entre la Comunidad Europea y sus Estados Miembros, por una parte, y la Comunidad Andina y sus Países Miembros, por otra parte*, suscrito el 15 de diciembre de 2003 (en adelante el “Acuerdo de Diálogo Político y Cooperación”);
 REAFIRMANDO su compromiso con la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

El citado “Acuerdo de Diálogo Político y Cooperación” incluyó la denominada “cláusula democrática”, y si bien dicho acuerdo estaba pendiente

²⁵⁵ García Corrochano, L. “El Tratado de Libre Comercio entre el Perú y los Estados Unidos de Norteamérica desde la perspectiva del Derecho Internacional Público” en: Cantuarias, F. y P. Stucchi (Editores). *TLC Perú – Estados Unidos: contenido y aplicación*. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2008.

de ratificación al suscribirse el acuerdo comercial, su contenido se reitera dentro del tratado, que sitúa los aspectos políticos con carácter de “elementos esenciales” del acuerdo y los incluye en el inicio de su texto:

Artículo 1. Principios generales.

Tal como establece el artículo 1, párrafo 1 del *Acuerdo de Diálogo Político y Cooperación*, el respeto de los principios democráticos y los derechos humanos fundamentales enunciados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, así como de los principios que sustentan el Estado de Derecho, inspira las políticas internas e internacionales de las Partes. El respeto de dichos principios constituye un elemento esencial del presente Acuerdo.

Más que una enunciación de principios, se trata de cumplir un estándar democrático y de protección de los derechos fundamentales como un requisito de desempeño para la aplicación del tratado, pues toda violación de dichos principios deja de ser un asunto político interno de los Estados para convertirse en una violación del tratado, con todas las consecuencias que ello implica respecto a una eventual suspensión o terminación del tratado de acuerdo a lo establecido en la CV69.

Adicionalmente, los compromisos de carácter político (estándares democráticos y respeto a los derechos humanos) incorporan otras categorías, como el compromiso con la paz y la seguridad internacional:

Artículo 2. Desarme y no proliferación de armas de destrucción masiva.

1. Las Partes consideran que la proliferación de armas de destrucción masiva y sus sistemas de vectores, tanto a los Estados como a los agentes no estatales, representa una de las más graves amenazas a la estabilidad y la seguridad internacionales.
2. Por lo tanto, las Partes acuerdan cooperar y contribuir a contrarrestar la proliferación de armas de destrucción masiva y sus sistemas de vectores, mediante el pleno cumplimiento y la aplicación nacional de sus actuales obligaciones en virtud de los acuerdos, tratados y otras obligaciones internacionales en materia de desarme y no proliferación.
3. Al cooperar para contribuir al objetivo del desarme y la no proliferación de las armas de destrucción masiva, las Partes acuerdan trabajar conjuntamente para el logro de la universalización y la aplicación de los tratados en estas materias.
4. Las Partes convienen que los párrafos 1 y 2 de este artículo constituyen un elemento esencial del presente Acuerdo.

La asunción de estas obligaciones implica no solo la observancia de los tratados en que los Estados son Partes, sino también, llegado el caso, la conformidad con las decisiones del Consejo de Seguridad de la ONU respecto

de situaciones que signifiquen una amenaza para la paz y la seguridad internacionales. En tal sentido, el tratado se sitúa mucho más allá de los aspectos comerciales, pues las obligaciones esenciales son de carácter político y ellas condicionan la observancia del tratado. Es innecesario señalar que las obligaciones lo son para todos los Estados Partes por igual, y por lo tanto exigibles en la misma medida.

Los compromisos políticos insertos dentro de este tratado comercial le dan un marco interpretativo particular y muy diferente respecto de otros acuerdos sobre la misma materia.

CAPÍTULO V

EL CONTROL POSTERIOR DE LOS TRATADOS

5.1 El control parlamentario previo de los tratados ejecutivos

El derecho peruano ha establecido un control previo de constitucionalidad de los tratados, pero de manera muy sucinta y con escaso desarrollo, al punto que es lugar común afirmar que dicho control previo no existe en nuestra legislación. Los tratados cuya aprobación es potestad del Congreso, de acuerdo con las disposiciones del artículo 56 y el segundo párrafo del artículo 57 requieren una aprobación del Poder Legislativo, que habilita al Poder Ejecutivo a ratificarlos. Lo que significa que el Poder Legislativo ejerce un control previo de la constitucionalidad de los tratados, teniendo la potestad de desaprobarnos, y el Ejecutivo se vería en la imposibilidad constitucional de ratificarlos, aprobarlos o adherir a ellos.

Incluso, el Reglamento del Congreso, en el Artículo 92.- Procedimiento de control sobre los tratados ejecutivos, *in fine*, establece:

«El Presidente de la República puede someter a consulta de las Comisiones de Constitución y Reglamento y de relaciones Exteriores del Congreso, el texto de los tratados internacionales ejecutivos que proyecte celebrar o ratificar, a fin de que estas los estudien.

La opinión de las citadas comisiones no condiciona al Presidente de la República.»

Esa fórmula constituye un control previo potestativo de los tratados ejecutivos, pues el poder Ejecutivo puede someter los proyectos de tratados al Congreso, y puede seguir o no la opinión de éste. Distinto es que no haya empleado esa potestad en ningún caso.

De lo que podemos concluir que sí existe un control previo de la constitucionalidad de los tratados internacionales, preceptiva en los casos de los tratados que requieren aprobación del Poder Legislativo, y discrecional para los tratados que son competencia del Poder Ejecutivo.

En todo caso, los remedios para tratados ya celebrados por el Estado son dos:

- a) Los tratados que son de competencia del Poder Ejecutivo deben ser remitidos al Congreso en un proceso de dación de cuenta que permite un control *a posteriori* de los mismos, para verificar su constitucionalidad y legalidad, a tenor de lo dispuesto en el artículo 92° del Reglamento del Congreso de la República.

Artículo 92°. - Los tratados internacionales que celebre o ratifica y adhiere el Presidente de la República al amparo del artículo 57° de la Constitución Política se denominan "Tratados Internacionales Ejecutivos" para efectos internos, aun cuando fuere diferente la denominación que en los mismos convenios internacionales se expresen, y sólo pueden versar sobre materias distintas a las contempladas en el artículo 56° de la Constitución Política. Los tratados internacionales ejecutivos no pueden contener pactos que supongan modificación o derogación de normas constitucionales o que tienen rango de ley, o que exijan desarrollo legislativo para su cumplimiento. [...]

- b) En el caso de los tratados que son de competencia del Poder Ejecutivo, y que han pasado por el control posterior del Congreso, así como en el caso de los tratados que fueron aprobados por el Congreso antes de ser ratificados por el Ejecutivo, si se quisieran impugnar por inconstitucionales, se tendría que emplear la acción de garantía específica para el caso, que es la acción de inconstitucionalidad, prevista en el artículo 200° numeral 4 de la CP93:

Artículo 200° Son garantías constitucionales:
[...] 4.- La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, **tratados**, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo. [...]

Similar disposición encontramos en el nuevo Código Procesal Constitucional, Ley N° 31307:

Artículo 74.- Finalidad

Los procesos de acción popular y de inconstitucionalidad tienen por finalidad la defensa de la constitución frente a infracciones contra su jerarquía normativa. Esta infracción puede ser directa o indirecta, de carácter total o parcial, y tanto por la forma como por el fondo.

Artículo 76.- Procedencia de la demanda de inconstitucionalidad

La demanda de inconstitucionalidad procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados que hayan requerido o no la aprobación del Congreso conforme a los artículos 56 y

57 de la Constitución, Reglamento del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales.

Todos ellos vienen a constituir remedios legales efectivos para el control de la legalidad o constitucionalidad convencional.

5.2 El control de la constitucionalidad de los tratados por el Poder Judicial

El Tribunal Constitucional, en sentencia recaída en el Expediente N° 05970 – 2006 – AA, respecto del empleo de la acción garantía constitucional Acción de Amparo contra un tratado internacional, ha señalado que no procede el proceso de amparo ante un tratado internacional que no se refiere a derechos fundamentales:

"Supuesta vulneración del principio de los tratados internacionales y de reserva de administración

28. La parte demandante también sostiene que el numeral 2.4 del artículo 2 de la Ley N. ° 27360 resultaría contrario a lo establecido por el artículo 111 del GATT, según el cual los Estados (entre ellos el Perú) se comprometen a no utilizar los tributos u otras cargas que afecten la venta de los productos importados de manera que se proteja la producción nacional.

En virtud de ello, el demandante sostiene que la norma impugnada estaría desalentando el comercio del maíz amarillo duro importado al establecer beneficios tributarios sólo para las avícolas que utilicen el producto nacional, con lo cual se estaría vulnerando el principio constitucional de jerarquía de los tratados previsto en el artículo 55 de la Constitución.

29. Al respecto, debe precisarse que la adecuación, o no, de una norma un tratado internacional que no se refiere a derechos fundamentales no constituye una materia que por sí misma pueda dilucidarse en un proceso de amparo cuya única y esencial finalidad es brindar tutela contra la amenaza o violación de un derecho constitucional, conforme lo dispone el artículo 1 ° del Código Procesal Constitucional. Por tanto, este extremo de la pretensión debe desestimarse. [...]

31. Sobre el particular, este Tribunal considera, por un lado, que el proceso de amparo no es la vía adecuada para hacer este tipo de valoraciones, más aún cuando la política arancelaria para el caso del maíz duro ya se encuentra establecida en las normas pertinentes; y, por otro, que conforme se ha señalado en reiteradas oportunidades, los beneficios tributarios que se justifiquen en razones objetivas constituyen mecanismos de intervención directos e idóneos para cumplir finalidades promocionales conforme al criterio del legislador y dentro del marco de una política fiscal racional".

Esta postura es coherente con el sentido de las acciones de garantía, pues están destinadas a proteger los derechos de la persona, en concordancia con

los tratados internacionales de derechos humanos. Sin embargo, una acción destinada a proteger la libertad (Hábeas Corpus) o los demás derechos fundamentales (Acción de Amparo), no constituye la vía idónea para impugnar la constitucionalidad de un tratado que no está referido a dichos derechos.

La Acción Popular es una acción de garantía destinada a proteger la constitucionalidad y la legalidad de las normas reglamentarias y de menor jerarquía que las leyes. Es una garantía constitucional recogida en el Artículo 200, numeral 5 de la Constitución. Se tramita únicamente ante el Poder Judicial. Así la define el Código Procesal Constitucional:

Artículo 76.- Procedencia de la demanda de acción popular

La demanda de acción popular procede contra los reglamentos, normas administrativas, y resoluciones de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen, siempre que infrinjan la Constitución o la ley, o cuando no hayan sido expedidas o publicadas en la forma prescrita por la Constitución o la ley, según el caso.

Aun cuando, en el derecho peruano, un tratado es aprobado o ratificado por una norma administrativa, un Decreto Supremo, eso es sólo una cuestión procedimental. Los tratados ejecutivos, al ser una atribución del Poder Ejecutivo, requieren de una norma que vehicule la decisión de firma, aprobación, adhesión o ratificación, sin embargo, el compromiso internacional surgido de la expresión de esa voluntad, tiene internamente un rango de ley. La norma que ratifica un tratado es también una norma administrativa, que tiene origen en una norma con rango de ley, la Resolución Legislativa del Congreso, que aprueba la suscripción del tratado, e igualmente genera un compromiso internacional que internamente tiene rango de ley.

No obstante, en ningún caso la norma administrativa que autoriza la firma, aprueba, ratifica o adhiere a un tratado internacional, puede ser impugnada por la Acción Popular, que ataca las normas administrativas que vulneran disposiciones constitucionales o legales, dado que el efecto del Decreto Supremo que autoriza la firma, aprueba, ratifica o adhiere a un tratado internacional da origen a una norma con rango de ley, que específicamente

solo podrá ser impugnada por la Acción de Inconstitucionalidad que regula el Artículo 200, numeral 4 de la Constitución.

5.3 El control de la constitucionalidad de los tratados por el Tribunal Constitucional

¿Se “constitucionaliza” el DIP o se “internacionaliza” el derecho constitucional? Es una cuestión que, siendo de derecho público, dependerá de la óptica con que se enfoque. Para los cultores del derecho constitucional y administrativo, el *quid* de la incorporación de los tratados al derecho interno es encontrarles una ubicación en la pirámide normativa, que se encuentre debajo de la constitución y que pueda interactuar de la manera más pacífica posible con las leyes. En ese empeño, se les busca dar un lugar próximo a la ley (al lado o ligeramente por encima, difícilmente por debajo), que eviten esa incómoda interacción que es la fuente de todos los problemas.

Cuando se pregunta si acaso el tratado está por encima de las leyes (y se espera una respuesta negativa), la autoridad administrativa o judicial, poco enterada de cómo resolver esas situaciones, ensaya interpretaciones variadas que le permitan decantarse por la ley (más familiar y mejor conocida que los tratados) como la forma más segura de no incurrir en prevaricación, aun cuando en el camino se genere la responsabilidad internacional del Estado por el incumplimiento de obligaciones internacionales.

Las posturas doctrinarias y políticas que pretenden regular los tratados internacionales a partir de las normas constitucionales están más cerca de esta posición. Típicamente fue el caso de la Constitución peruana de 1979, que contenía disposiciones que incorporaban los tratados de DDHH a la constitución, o establecía una jerarquía entre los tratados internacionales (entre algunos de ellos, y en razón de la proximidad geográfica de los Estados partes), y establecía un lugar para los tratados, entre la Constitución y las leyes. Curiosamente, sin embargo, no consideraba a los tratados posibles de ser impugnados ante el Tribunal de Garantías Constitucionales por medio de una acción de inconstitucionalidad.

Más allá de si nos encontramos en un sistema monista o pluralista, y si el tratado se incorpora de manera automática a la legislación nacional o requiere de una norma de recepción, lo cierto es que el problema concreto consiste en cómo y cuándo se aplica el tratado, y en muchas de esas ocasiones, se deja de aplicar la ley interna.

Es a partir de la aceptación y comprensión de la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno, consagrada en el artículo 27 de la CV69 y por tanto aceptada por todos los Estados parte en dicho tratado, que acepta la incorporación de los tratados internacionales a los sistemas jurídicos nacionales precisamente en su calidad de normas de obligatorio cumplimiento, en tanto son un compromiso internacional del Estado que este no puede variar por su sola voluntad.

Es en alguna medida el camino seguido por la Constitución peruana de 1993. No establece una ubicación específica de los tratados en la pirámide normativa, simplemente advierte que se incorporan al derecho nacional, aunque si los considera pasibles de impugnación mediante acción de inconstitucionalidad. No incorpora los tratados de DDHH a la Constitución ni les da rango constitucional, sino que los establece como parámetro de interpretación de la misma. La crítica al uso ha sido que rebaja el nivel normativo de los tratados de DDHH, sin embargo, al situarlos como marco interpretativo de las normas constitucionales les confiere una jerarquía superior. El texto de la cuarta Disposición Final lo establece con claridad:

Cuarta. Las normas relativas a los derechos y libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

En ese sentido, la Constitución de 1993 va, en nuestra opinión, más allá de darles valor constitucional a los tratados de DDHH, a prácticamente

reconocerlos como normas imperativas de derecho internacional a las que se subordina la interpretación de la propia constitución.²⁵⁶

La disposición contenida en el Artículo 200, numeral 4 de la Constitución, que regula la Acción de Inconstitucionalidad establece, en principio, “que procede contra las normas que tienen rango de ley”. Aun cuando en la enumeración subsiguiente no menciona expresamente a las Resoluciones Legislativas, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional asimila dichas Resoluciones Legislativas a las normas que tienen el mencionado rango de ley.²⁵⁷

El Reglamento del Congreso de la República establece, en su artículo 72 que las resoluciones legislativas son una variante del procedimiento legislativo. El artículo 76, literal f, establece los requisitos especiales de trámite de una resolución legislativa destinada a la aprobación de un tratado internacional, de conformidad con el artículo 56 de la Constitución.

Por otro lado, es la propia Constitución (Artículo 200, numeral 4) la que establece que se puede demandar la inconstitucionalidad de los tratados internacionales.

Por lo tanto, frente a la consideración sobre la inconstitucionalidad de un tratado, ¿debe impugnarse la norma que lo aprobó, el tratado, o ambas?

²⁵⁶ García Corrochano, L. “La Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Constitución Peruana”, en: Novak, F. y J. Ruda. Cincuenta años de la Declaración de los Derechos Humanos. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, p. : “Aun cuando no existe un artículo en la constitución que expresamente reconozca la jerarquía constitucional de los tratados internacionales relativos a los derechos humanos, una disposición final establece que dichos tratados constituyen el marco interpretativo de los preceptos constitucionales relativos a los derechos y libertades de la persona, haciendo expresa mención de la Declaración Universal de Derechos Humanos, e incluyendo los tratados sobre la materia ratificados por el Perú.”

²⁵⁷ Tribunal Constitucional, Pleno Jurisdiccional, Expediente N.º 047-2004-AI/TC, Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del 24 de abril de 2006, José Claver Nina-Quispe Hernández, en representación del Gobierno Regional de San Martín (demandante) contra el Congreso de la República (demandado). Asunto: Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por don José Claver Nina-Quispe Hernández, en representación del Gobierno Regional de San Martín, contra la Ley N.º 27971 (Ley que faculta el nombramiento de los profesores aprobados en el concurso público autorizado por la Ley N.º 27971). Fundamento N.º 17.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional no ha sido coherente al respecto. No porque hasta el momento haya declarado la inconstitucionalidad de ningún tratado, sino porque no ha establecido con claridad una separación entre el instrumento internacional y las normas nacionales que se siguen o emplean para su celebración y entrada en vigor. Veámoslo a través de su propia jurisprudencia.

En el proceso de inconstitucionalidad del Acuerdo de promoción comercial entre el Perú y los Estados Unidos, frente a la pretensión de declarar la inconstitucionalidad de la Resolución Legislativa aprobatoria, sin pronunciarse sobre el tratado en sí, el supremo interprete de la Constitución señaló:

1. Que, al respecto, este Colegiado considera necesario precisar que, si bien los demandantes pretenden escindir el cuestionamiento de la Resolución Legislativa N.º 28766 del texto del instrumento internacional antes referido, es evidente que entre uno y otro existe una vinculación manifiesta, pues los alcances de la referida resolución legislativa se concretan y desarrollan en dicho tratado. Es el tratado, y sólo a través de él, que la norma impugnada en la demanda adquiere contenido jurídico, que pueda ser sometido a un examen sobre su constitucionalidad.²⁵⁸

Al considerar que entre el tratado y la norma interna existe una “vinculación manifiesta” y derivar de ello que “sólo a través de él, que la norma impugnada en la demanda adquiere contenido jurídico”, el TC nos está diciendo que la Resolución Legislativa no puede ser analizada sin que a su vez se analice el tratado. Esta posición fue reiterada por el propio tribunal (aunque con distinta composición), al resolver sobre la demanda contra la Resolución Legislativa N.º 27998 que aprobó la adhesión del Perú a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad:

8. Que, de acuerdo al derecho internacional, corresponde a cada Estado decidir el procedimiento de como celebrar un tratado para lograr su incorporación en el ordenamiento jurídico interno. En el caso peruano, la regla es que los tratados deben ser previamente aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el Presidente de la República (artículo 56º de la Constitución), con la excepción del tratado- administrativo (artículo 57º de la

²⁵⁸ Expediente N.º 00036-2007-PI/TC, Resolución Del Tribunal Constitucional, Lima, 20 de noviembre de 2007, Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por 30 Congresistas de la República contra la Resolución Legislativa N.º 28766 de 28 de junio de 2006, que aprueba el “Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos”, párrafo 5.

Constitución). Bajo tal perspectiva, se entiende que la aprobación de un tratado-ley por el Congreso constituye sólo un acto parlamentario del proceso complejo de celebración de un tratado, que culminará cuando se cumplan todas las condiciones establecidas en los instrumentos internacionales y el Ministerio de Relaciones Exteriores comunique de esta circunstancia al Diario Oficial “El Peruano”, así como sobre la fecha de entrada en vigor de dicho tratado, a partir de la cual se incorpora al derecho nacional (Ley N° 26647, que regula los actos relativos al perfeccionamiento nacional de los Tratados celebrados por el Estado peruano). [...]

10. Que la relación entre el tratado y la resolución legislativa que lo aprueba es una de naturaleza indisoluble, pues así como la resolución legislativa *per se* carece de contenido jurídico, el tratado sin aquélla tampoco forma parte siquiera del proceso de celebración del mismo por parte del Estado, quedándose, en tales circunstancias, por entero en el ámbito del derecho internacional. Al respecto, cabe recordar que este Tribunal en anterior oportunidad ha precisado que “entre uno y otro existe una vinculación manifiesta, pues los alcances de la (...) resolución legislativa se concretan y desarrollan en dicho tratado. Es el tratado, y sólo a través de él, que la norma impugnada en la demanda adquiere contenido jurídico, que pueda ser sometido a un examen sobre su constitucionalidad” (Exp. N° 00036-2007-PI/TC, fundamento 5) [...]

14. Que sentado lo anterior, conviene recordar que el artículo 100° del Código Procesal Constitucional señala que la demanda de inconstitucionalidad de una norma debe interponerse dentro del plazo de seis años contado a partir de su publicación, salvo el caso de los tratados en que el plazo es de seis meses.[...].²⁵⁹

En esta ocasión, el vínculo entre la norma interna y la norma internacional alcanzó la categoría sacramental de “indisoluble”.

A la vista está una inadecuada comprensión de la relación existente entre ambas normas. Ciertamente es que el criterio empleado por el TC le ha facilitado la resolución de algunos casos complejos (mejor dicho, políticamente sensibles), pero cierto también es que no era la única manera de resolverlos, ni de dejar a salvo la integridad del tratado y la vigencia de las obligaciones internacionales del Estado.

En primer lugar, se debe atender a la diferente naturaleza de las normas involucradas. La resolución legislativa es una norma de carácter y alcance

²⁵⁹ Expediente N.º 00018-2009-PI/TC, Resolución del Tribunal Constitucional, Lima, 23 de marzo de 2010, Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por don Jorge Antonio Guizado Salcedo, Decano del Colegio de Abogados de Callao, contra la Resolución Legislativa N° 27998, publicada el 12 de junio de 2003 en el Diario Oficial “El Peruano”, que aprueba la adhesión del Perú a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, párrafo 10.

particular que emana del Poder Legislativo para la realización de actos concretos, es una atribución constitucional que está regulada por el Reglamento del Congreso y que señala en que situaciones ha de ser empleada. En concreto, el artículo 76, literal f, establece su empleo para cumplir con la atribución que establece el artículo 56 de la Constitución, aprobar ciertos tratados, aprobación que habilita al Poder Ejecutivo a ratificar dichos tratados.

No es ciertamente un acto normativo en sentido estricto, pero si es un acto constitucional dotado de un contenido propio, al igual que las resoluciones empleadas en otras circunstancias (nombramiento de altos funcionarios, prórroga del estado de excepción, autorización de viaje del presidente de la República, autorización de ingreso de tropas extranjeras, entre otras). Es, además, un acto sujeto a determinadas formalidades respecto a su trámite y votación: procede a solicitud del Poder Ejecutivo; requiere el informe aprobatorio de la Comisión de Constitución y Reglamento y de la Comisión de Relaciones Exteriores; se vota igual que cualquier ley; y no puede ser delegado su ejercicio a la Comisión Permanente del Congreso. Precisamente la observancia de dichas formalidades le otorga validez, y puede estar sujeto al control del TC si se realiza incumpliendo las disposiciones constitucionales o vulnerándolas.

En el caso de declararse la inconstitucionalidad de una Resolución Legislativa ¿qué efectos produce? Es claro que, por mandato constitucional, la norma declarada inconstitucional queda sin efecto (Artículo 204 de la Constitución). Pero esto sólo afecta a la norma cuya inconstitucionalidad se declara. En el caso de una resolución legislativa, su inconstitucionalidad no acarrea la del tratado de manera forzosa, y esta circunstancia constituye una excepción a lo dispuesto en el artículo 77 del CPC, referido a la inconstitucionalidad de normas conexas, que establece “La sentencia que declare la ilegalidad o inconstitucionalidad de la norma impugnada, declarará igualmente la de aquella otra a la que debe extenderse por conexión o consecuencia.”

La Resolución Legislativa que aprueba un tratado, habilita al poder Ejecutivo a su ratificación. Una vez que se produce dicha ratificación y el tratado entra en

vigor, adquiere vida propia y es regulado exclusivamente por el derecho internacional público. Las imperfecciones del procedimiento interno no son vicios del tratado y no afectan su vigencia, salvo las disposiciones del artículo 46 de la CV69:

Artículo 46

1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno.

2. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe.

Es más, el propio Código Procesal Constitucional establece distintos plazos para la acción en cada caso, hasta seis meses luego de su entrada en vigor, para los tratados, y hasta seis años luego de expedida, para las normas legales (artículo 99.- Plazo prescriptorio).

Antes que ceñirse al formalismo de la denominación, el TC deberá verificar que se trate de una norma o acto que vulnera la constitución por el fondo o por la forma. Es un modo de poner coto a los denominados “tratados ocultos”, aquellos que siendo tratados internacionales se han tramitado como documentos de otra índole. Ateniéndonos a un principio de no formalidad que la propia CV69 consagra (“cualquiera sea su denominación”), el TC estará legitimado para conocer de todo documento que produzca los efectos de un tratado, aunque no se denomine tal.

Si el TC declara fundada una Acción de Inconstitucionalidad contra un tratado,²⁶⁰ lo que hasta el momento no ha sucedido, se produciría la situación siguiente: la sentencia del TC que declara la inconstitucionalidad de una norma tiene por efecto expulsar dicha norma del ordenamiento jurídico peruano, de manera inmediata posterior a la publicación de la indicada sentencia. En tal

²⁶⁰ Código Procesal Constitucional, **Artículo 80.- Efectos de la sentencia fundada.** Las sentencias fundadas recaídas en el proceso de inconstitucionalidad dejan sin efecto las normas sobre las cuales se pronuncian. Tienen alcances generales y carecen de efectos retroactivos. Se publicarán íntegramente en el Diario Oficial El Peruano y producen efectos desde el día siguiente de su publicación.

situación, cesarían los efectos obligatorios del tratado en el territorio del Estado, si aceptamos que un tratado internacional está sujeto a ese tipo de control y que esta situación vendría a configurar una situación de excepción frente a lo dispuesto por el artículo 27 de la CV69. Posición que sin duda aceptaría el derecho constitucional, pero que no es de recibo para el derecho internacional, pues aceptar que una sentencia de un tribunal interno (aun cuando se trate del TC), priva de eficacia a un tratado, es subordinar los compromisos internacionales al derecho interno. Todo lo contrario de lo dispuesto (y aceptado) en el citado artículo 27 de la CV69. Además, esa situación obligaría al Estado a activar los mecanismos para desvincularse del tratado, pero, aun así, al no ser estos mecanismos de efecto inmediato, colocarían al Estado en una situación de incumplimiento, cuando no de violación (o peor aún, de violación grave del tratado), con la consiguiente responsabilidad internacional.

Eso no quiere decir que el TC se vea imposibilitado de conocer un tratado, evaluar su constitucionalidad y pronunciarse en consecuencia, pues la misma constitución lo faculta para dicho cometido. Recordemos que en derecho peruano no existen mecanismos de control constitucional previo para todo tipo de tratados, por lo tanto, es plausible que se produzca un caso de inconstitucionalidad de un tratado.

El TC podrá verificar la constitucionalidad del tratado y, llegado el caso, pronunciarse por la inconstitucionalidad, y podrá hacerlo sin afectar las obligaciones internacionales del Estado. Para ello deberá proceder de la forma siguiente: una vez determinada la inconstitucionalidad del tratado, deberá verificar las condiciones y plazos para la denuncia que el propio tratado contempla, o en su defecto, los que establece el derecho internacional, de manera que, al expedir su sentencia, esta quede sujeta a una *vacatio sententiae*, es decir, que la propia sentencia disponga de un plazo para surtir el efecto de expulsar al tratado del ordenamiento jurídico interno, pero permitiendo que el Poder Ejecutivo, como responsable de las relaciones internacionales, cumpla con denunciar el tratado, de tal manera que no se produzca una situación que, al declarar inconstitucional el tratado, éste no pueda ser cumplido en el territorio del Estado, pero subsista como obligación

internacional. De esa manera, estableciendo un plazo para que el Estado denuncie el tratado, y que al cumplirse con los requisitos para que proceda la denuncia, esta surta efectos internacionales e internos. De esa manera, el TC cumplirá con su papel de custodio y garante del orden constitucional, sin llevar al Estado a una situación de incumplimiento.

Otra posibilidad es que se determine la inconstitucionalidad parcial del tratado. Es decir, que no la integridad sino una parte del tratado colisione con la constitución. Si la sentencia de inconstitucionalidad tuviese efecto inmediato, nos encontraríamos en igual situación que en la declaración de inconstitucionalidad total, pues al privar de efectos internos a una parte del tratado, inevitablemente se llevaría al Estado a una situación de incumplimiento. La solución, por lo tanto, deberá ser análoga (no idéntica) a la anterior.

El TC al sentenciar deberá determinar un plazo para que la sentencia surta efectos (*vacatio sententiae*), que permita al Estado, alternativamente, desvincularse de la parte del tratado declarada inconstitucional, si es que el propio tratado permite una denuncia parcial, o proponer a la otra u otras partes una modificación o enmienda del tratado, según corresponda, que adecue el tratado al texto constitucional.

El Código Procesal Constitucional establece un plazo de seis meses para accionar contra un tratado internacional, prescribiendo la pretensión vencido ese plazo, conforme lo dispone el Artículo 99.- Plazo prescriptorio.

En conclusión, puede emplearse la constitución para determinar la validez interna de los tratados (constitucionalidad), pero dicha calificación carece de efectos internacionales. Para determinar la validez internacional de los tratados solo se puede recurrir al derecho internacional, y esa validez (o invalidez) si puede tener efectos en el derecho interno.

5.3.1 Legitimación activa para interponer Acción de inconstitucionalidad contra un tratado

La CP93 establece en el artículo 203°, de manera general, quienes tienen legitimidad para interponer la Acción de inconstitucionalidad.²⁶¹ El Nuevo Código Procesal Constitucional en el artículo 98 establece las condiciones de representación procesal que deben cumplir quienes tienen legitimidad activa para interponer la demanda,²⁶² en concordancia con las disposiciones constitucionales que establecen las competencias de los poderes y funcionarios públicos.

El presidente de la República deberá contar con la aprobación del Consejo de Ministros, y ser representado por un ministro. El presidente del Poder Judicial,

²⁶¹ Artículo 203.- Están facultados para interponer acción de inconstitucionalidad:

1. El Presidente de la República.
2. El Fiscal de la Nación.
3. El Presidente del Poder Judicial, con acuerdo de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia.
4. El Defensor del Pueblo.
5. El veinticinco por ciento del número legal de congresistas.
6. Cinco mil ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones. Si la norma es una ordenanza municipal, está facultado para impugnarla el uno por ciento de los ciudadanos del respectivo ámbito territorial, siempre que este porcentaje no exceda del número de firmas anteriormente señalado.
7. Los Gobernadores Regionales con acuerdo del Consejo Regional, o los alcaldes provinciales con acuerdo de su Concejo, en materias de su competencia.
8. Los colegios profesionales, en materias de su especialidad.

²⁶² **Artículo 98. Representación procesal legal**

Para interponer una demanda de inconstitucionalidad, el presidente de la República requiere del voto aprobatorio del Consejo de Ministros. Concedida la aprobación, designa a uno de sus ministros para que presente la demanda de inconstitucionalidad y lo represente en el proceso. El ministro designado puede delegar su representación en un procurador público.

El presidente del Poder Judicial o el fiscal de la nación interponen la demanda con acuerdo de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República o de la Junta de Fiscales Supremos, respectivamente.

El defensor del pueblo interpone directamente la demanda.

Los congresistas actúan en el proceso mediante apoderado nombrado para el efecto.

Los ciudadanos referidos en el inciso 6) del artículo 203 de la Constitución deben actuar con patrocinio de letrado y conferir su representación a uno solo de ellos.

Los gobernadores regionales con acuerdo del consejo regional o los alcaldes provinciales con acuerdo de su concejo, actúan en el proceso por sí o mediante apoderado y con patrocinio de letrado.

Para interponer la demanda, previo acuerdo de su junta directiva, los colegios profesionales deben actuar con el patrocinio de abogado y conferir representación a su decano.

El órgano demandado se apersona en el proceso y formula obligatoriamente su alegato en defensa de la norma impugnada, por medio de apoderado nombrado especialmente para el efecto.

requiere ser autorizado por un acuerdo de Sala Plena (reunión de todos los magistrados que integran la Corte). El Fiscal de la Nación requerirá la aprobación de la Junta de Fiscales Supremos. El Defensor del Pueblo tiene iniciativa propia, no requiere de autorización alguna. Los congresistas de la República deberán reunir el número suficiente, es decir un mínimo de 33 representantes, para presentar la demanda de inconstitucionalidad. Los ciudadanos, en el número mínimo establecido, deberán ser representados por uno solo de los accionantes y requieren de patrocinio de letrado. Los gobiernos regionales lo harán con acuerdo del Consejo regional y los alcaldes provinciales con acuerdo del Concejo provincial. Finalmente, los colegios profesionales requieren acuerdo de su junta directiva para iniciar la acción.

Han presentado Acción de Inconstitucionalidad contra tratados diversos grupos de congresistas,²⁶³ colegios profesionales,²⁶⁴ o grupos de ciudadanos.²⁶⁵

5.4 Inconstitucionalidad interna y vigencia internacional de los tratados

¿Puede la Administración realizar el control difuso de la constitucionalidad de los tratados? En el plano teórico existe hasta la fecha un debate respecto de la posibilidad que la Administración Pública a través de sus distintos órganos, especialmente sus tribunales administrativos, pueda realizar el denominado control difuso de la constitucionalidad de las normas, esto es, determinar si las normas ante ellos invocadas no colisionan con la constitución ni por la forma ni

²⁶³ *Expediente N° 00036 – 2007 – PI/TC*, Congresistas de la República contra la Resolución Legislativa N° 28766 que aprueba el Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos. *Expediente N° 00002 – 2009 – AI*, presentada por el 25% de congresistas de la República contra el Tratado De Libre Comercio Entre Perú y Chile. *Expediente N° 00021 – 2010 – AI*, presentada por 30 congresistas de la República contra el Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República Popular China.

²⁶⁴ *Expediente N° 00005-2007-PI/TC*, Decano del Colegio de Abogados de Lambayeque contra la Ley N.º 28934, que amplía excepcional y temporalmente la vigencia de la actual Justicia Militar Policial. *Expediente N° 00019 – 2009 – PI/TC*, Decano del Colegio de Abogados del Callao contra la Resolución Legislativa N° 27998, publicada el 12 de junio de 2003 en el Diario Oficial “El Peruano”, que aprueba la adhesión del Perú a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad.

²⁶⁵ *Expediente N° 00032-2010-PI/TC*, presentada por 5,000 ciudadanos contra el artículo 3º de la Ley N° 28705 Ley general para la prevención y control de los riesgos del consumo de tabaco. *Expediente N° 0022-2009-PI/TC*, Gonzalo Tuanama Tuanama y más de 5000 ciudadanos contra el Decreto Legislativo N° 1089, que regula el Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de Predios Rurales.

por el fondo. La discusión parte de la formulación, bastante general, del artículo 51 de la Constitución, que a la letra dice: “La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente [...]” El debate se produce respecto a la extensión de la competencia para realizar dicho control difuso, pues este claramente es una atribución constitucional del Poder Judicial (Art. 138, 2° párrafo), pero no es una facultad expresamente conferida por la Constitución a la Administración Pública.

Dado que a la cabeza de toda la Administración Pública se sitúa el Presidente de la República, y que a tenor del Artículo 118° “Corresponde al Presidente de la República: 1. Cumplir y hacer cumplir la Constitución, los tratados, leyes y demás disposiciones legales.”, se podría entender que su obligación no sólo es cumplir con las citadas normas, sino en el orden en que aparecen enumeradas. Evidentemente, en cualquier listado, preceptivo o no, debe aparecer en primer término la Constitución, pero ello no quiere decir que todo agente de la administración tenga la obligación, menos aún la potestad, de evaluar la constitucionalidad de las normas que debe cumplir, o que son ante él invocadas.

La Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, contiene disposiciones que, aun leídas de manera conjunta y sistemática con la Constitución, no aclaran el panorama, permitiendo que el debate continúe. Así, el Título Preliminar establece:

Artículo III.- Finalidad

La presente Ley tiene por finalidad establecer el régimen jurídico aplicable para que la actuación de la Administración Pública sirva a la protección del interés general, garantizando los derechos e intereses de los administrados y con sujeción al ordenamiento constitucional y jurídico en general.

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:
 - 1.1 Principio de legalidad. - Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

Artículo V.- Fuentes del procedimiento administrativo

1. El ordenamiento jurídico administrativo integra un sistema orgánico que tiene autonomía respecto de otras ramas del Derecho.

2. Son fuentes del procedimiento administrativo:
 - 2.1 Las disposiciones constitucionales
 - 2.2 Los tratados y convenios internacionales incorporados al Ordenamiento Jurídico Nacional.
 - 2.3 Las leyes y disposiciones de jerarquía equivalente [...]

Deliberada o no, la ambigüedad de las normas no aclara el problema. Más que una cuestión de orden normativo, e incluso de orden lógico, parece ser una cuestión práctica. Permitir que cualquier funcionario, autoridad administrativa o tribunal administrativo tenga la potestad de evaluar la constitucionalidad de un tratado antes de darle cumplimiento sería, a más de excesivo, enormemente riesgoso, pues colocaría al Estado en situación de continuo incumplimiento, visto que la dificultad en comprender un tratado y su asimilación al orden jurídico interno se solucionaría con el recurso fácil de su pretendida inconstitucionalidad, lo que pondría el cumplimiento de los tratados al alcance de una discrecionalidad administrativa difícil de controlar. Interpretar que el control difuso es también aplicable por parte de la Administración Pública desnaturaliza el sentido de una atribución jurisdiccional que se debe emplear con prudencia, por las consecuencias que puede generar para el cumplimiento de obligaciones internacionales por parte del Estado.

El control de la constitucionalidad de los tratados por el Poder Judicial es una particularidad del derecho constitucional peruano que recoge dos formas de control constitucional *a posteriori*, el control concentrado, a cargo del Tribunal Constitucional (TC), y el control difuso, que ejercen las diversas instancias del Poder Judicial (PJ).

En el caso del TC, su competencia y atribuciones son establecidas en la Constitución de 1993 por el artículo 201 “El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución.”, al que corresponde “Conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad” (artículo 202, numeral 1), acción “que procede contra las normas que tiene rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados [...]”.

Al ejercer sus competencias, el TC determina si una norma es concordante o no con la Constitución, por tanto, si permanece o no en el ordenamiento

jurídico nacional, tal como establece la CP93 en su artículo 204 “La sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto.”

En el caso del PJ, su competencia es bastante más general, a tenor del artículo 138 “[...] En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.” Sin embargo, es claro que la judicatura, en sus diversas instancias, está facultada para realizar el denominado “control constitucional difuso”, que la doctrina anglosajona conoce como *judicial review*.

Por lo tanto, dentro de un proceso en que una parte invocara un tratado, la otra parte podría alegar su inconstitucionalidad y el juez resolver por la aplicación de una norma constitucional preferentemente que una norma convencional. Esta situación hipotética, sin embargo, nos permite analizar dos situaciones.

Primero, que la inconstitucionalidad de un tratado dentro de un proceso deberá ser alegada, por una parte, o requerida la aplicación del tratado al juez, este deberá evaluar la constitucionalidad del mismo. Por lo tanto, se requiere una acción particular que permita al juez pronunciarse sobre la constitucionalidad del tratado, pues no podrá realizar tal pronunciamiento de oficio, fuera de un proceso impulsado por un particular.

Segundo, que el juez aplicará la norma constitucional preferentemente al tratado, es decir, no aplicará el tratado a un caso concreto, diríamos que se da una situación de “inconstitucionalidad de alcance individual o particular”, pues la sentencia solo tiene efecto entre las partes en el proceso. Por tanto, el control constitucional difuso carece de un alcance general y no priva de efectos al tratado más que en su aplicación a un caso concreto, lo que no deja de ser un incumplimiento del tratado.

Sin embargo, sea una declaración de inconstitucionalidad con carácter general o la no aplicación de un tratado en un caso concreto, nuevamente nos encontramos frente a una situación pasible de generar la responsabilidad internacional del Estado, pues el tratado no podrá ser cumplido, en general, o

no será aplicable a situaciones particulares, pero en ambos casos no se le dará cumplimiento.

Todo lo anterior se podría sintetizar en el cuadro siguiente:

Tipo de norma	Entidad emisora	Fundamento normativo	Ley formal Valor de ley	Ley material Rango de ley	Norma administrativa	Acción impugnatoria
Reglamento del Congreso	Poder Legislativo	CP93, art. 94°	Si	Si	No	AI
Ley	Poder Legislativo	CP93, art. 102°, 1	Si	Si	No	AI
Resolución Legislativa	Poder Legislativo	CP93, art. 102°, 1	Si	Si	No	AI
Decreto Legislativo	Poder Ejecutivo con habilitación del Poder Legislativo	CP93, art. 104°	No	Si	No	AI
Decreto de Urgencia	Poder Ejecutivo habilitado por la Constitución	CP93, art. 118°, 19	No	Si	No	AI
Decreto Ley	Poder Ejecutivo en ausencia de Poder Legislativo	Norma extra constitucional	No	Si	Si	
Decreto Supremo	Poder Ejecutivo	CP93, art. 118°, 8	No	No	Si	AP
Tratado que afecta disposiciones constitucionales	Poder Ejecutivo con aprobación del Poder Legislativo, por el mismo procedimiento que rige la reforma de la constitución	CP93, art. 57, 2° párrafo	No	Si	No	AI
Tratado Solemne	Poder Ejecutivo con aprobación del Poder Legislativo	CP93, art. 56 y 102°, 3	No	Si	No	AI
Tratado Ejecutivo	Poder Ejecutivo	CP93, art. 57, 1er párrafo	No	Si	No	AI
Acuerdo Interinstitucional	Poder Ejecutivo	DS N° 031-2007-RE, art. 6°	No	No	Si	AP

5.5 Procedimiento interno de subsanación (RC art. 92 *in fine*)

En el derecho internacional, se entiende la subsanación de un tratado como la corrección o eliminación de un vicio de forma o fondo, no sustancial, que afecta el consentimiento y por la tanto la validez de dicho tratado (CV69 Art. 45). Tal sería el caso cuando se conviene expresamente en la validez de un tratado, su permanencia en vigor o la continuidad de la aplicación de un tratado por parte del Estado cuyo representante carecía de poder suficiente para manifestar el consentimiento del Estado en obligarse (CV69 Art. 47), o el de la celebración de un tratado que, por error de calificación interna, no siguió la vía constitucional o legal pertinente para la manifestación el consentimiento del Estado en obligarse (CV69 Art. 46).

En el derecho peruano la noción de subsanación de un defecto de calificación o de tramitación de un tratado fue introducido por la Ley N° 25397 Ley de Control Parlamentario sobre los actos normativos del Presidente de la República, de 3 de febrero de 1992, durante la vigencia de la Constitución de 1979, que estableció un proceso perentorio (24 horas) de dación de cuenta de los tratados ejecutivos celebrados por el presidente de la República, que sancionaba al tratado con la privación de efectos internos por la omisión, y se entendía también el retraso, del cumplimiento de dicho trámite,²⁶⁶ aun cuando se disponía que esas situaciones no enervaban el ejercicio del control parlamentario,²⁶⁷ que podía desaprobar el acuerdo, en cuyo caso “una vez aprobada la resolución legislativa, el convenio pierde vigencia interna.”²⁶⁸ No

²⁶⁶ **Artículo 30°.-** Dentro de las 24 horas posteriores a su celebración o, si fuera el caso, en el término de la distancia, el Presidente de la República debe dar cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente de los convenios internacionales ejecutivos a que dé curso. La omisión de este trámite invalida el convenio, el cual, si ha sido perfeccionado con arreglo a las normas del Derecho Internacional, no surte efectos internos.

²⁶⁷ **Artículo 31°.-** Realizado el trámite a que se refiere el artículo anterior, y a más tardar el primer día útil, el Presidente del Congreso o de la Comisión Permanente remite copia a las Comisiones de Relaciones Exteriores de ambas Cámaras, las que estudian y dictaminan los convenios internacionales ejecutivos puestos en su conocimiento en el plazo de 15 días útiles, verificando si se ha cumplido con lo dispuesto por el artículo 104° de la Constitución Política y los artículos 27° y 28° de la presente ley.

En caso de incumplimiento del Presidente de la República al trámite previsto en el artículo anterior, ello no impide el control parlamentario con arreglo al presente artículo.

²⁶⁸ **Artículo 32°.-** En la primera sesión siguiente a la recepción de los dictámenes de las Comisiones Dictaminadoras que recomiendan dejar sin efecto un convenio internacional ejecutivo, el Presidente del Congreso lo pone a consideración del Pleno. Si el Congreso ratifica los términos del dictamen, emite resolución legislativa dejando sin efecto el convenio, lo que notifica al Presidente de la República para que el primer día útil siguiente o en el término de la distancia, corra aviso a las demás partes. Una vez publicada la resolución legislativa, el convenio pierde vigencia interna.

obstante, la misma norma establecía alternativamente la posibilidad de denunciar el tratado o darle un trámite que subsanase los defectos iniciales.²⁶⁹

Pese a las imprecisiones y riesgos que la citada ley introducía en las relaciones entre los poderes Ejecutivo y Legislativo en lo referido al control de la constitucionalidad de los tratados ejecutivos, o de los errores de calificación de un tratado cuya naturaleza obligaba a recabar la preceptiva aprobación parlamentaria previamente a su ratificación, lo cierto es que la norma era poco precisa en la solución propuesta de la subsanación dado que frente a lo perentorio de los plazos, la subsanación sería siempre posterior a la privación de efectos internos del tratado (situación constitutiva de incumplimiento, esto es, de responsabilidad internacional).

No obstante, pese a lo inconveniente de los plazos y procedimientos que establecía, las disposiciones de dicha ley fueron prácticamente recogidas en su totalidad en el artículo 92 del vigente Reglamento del Congreso de la República,²⁷⁰ sin que haya sumado las necesarias precisiones al ejercicio de la potestad de control parlamentario de los tratados.

²⁶⁹ **Artículo 33º.**- Sin perjuicio del aviso a las partes del convenio, el Presidente de la República al recibir la notificación donde se le informa la decisión del Congreso de dejar sin efecto el convenio, puede:

- a) Denunciar el convenio; o,
- b) Tramitar el convenio, en vía de subsanación, conforme establece el artículo 102 de la Constitución Política.

²⁷⁰ Procedimiento de control sobre los tratados ejecutivos

Artículo 92. Los tratados internacionales que celebre o ratifica y adhiere el Presidente de la República al amparo del artículo 57 de la Constitución Política se denominan “Tratados Internacionales Ejecutivos” para efectos internos, aun cuando fuere diferente la denominación que en los mismos convenios internacionales se expresen, y sólo pueden versar sobre materias distintas a las contempladas en el artículo 56 de la Constitución Política.

Los tratados internacionales ejecutivos no pueden contener pactos que supongan modificación o derogación de normas constitucionales o que tienen rango de ley, o que exijan desarrollo legislativo para su cumplimiento. Dentro de los tres (3) días útiles posteriores a su celebración, el Presidente de la República debe dar cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente de los tratados internacionales ejecutivos a que dé curso. La omisión de este trámite suspende la aplicación del convenio, el cual, si ha sido perfeccionado con arreglo a las normas del Derecho Internacional, no surte efectos internos.

Realizado el trámite a que se refiere el párrafo anterior, y a más tardar dentro de los tres (3) días útiles, el Presidente del Congreso remite copia a las Comisiones de Constitución y Reglamento y de Relaciones Exteriores del Congreso de la República las que estudian y dictaminan los tratados internacionales ejecutivos puestos en su conocimiento en el plazo de treinta (30) días útiles; verificando si ha cumplido con lo dispuesto por los artículos 56 y 57 de la Constitución Política y la presente Resolución Legislativa.

En caso de incumplimiento del Presidente de la República al trámite previsto en este artículo, ello no impide el control parlamentario con arreglo a la presente norma.

La norma no especifica el procedimiento de subsanación que, para mayor inconveniente, se inicia luego que el presidente de la República recibe la decisión del Poder Legislativo sobre la desaprobación del tratado, y su consiguiente pérdida de vigencia interna. Ciertamente es que, aun cuando la sanción interna de pérdida de vigencia no tiene efectos internacionales, sin embargo, innecesariamente pone al Ejecutivo en una situación de incumplimiento, antes de activar y agotar la vía alternativa de la subsanación.

Siguiendo un orden lógico, respecto la cuestión formal, en primer lugar, el solo incumplimiento de un plazo informativo no debe acarrear una suspensión del tratado, pues contraviene las disposiciones de la CV69 que sólo la admite por consentimiento entre las partes, o si el propio tratado así lo dispone (art. 57). En segundo lugar, genera inseguridad jurídica para los otros Estados contratantes que un Estado pueda suspender y devolver vigencia a un compromiso internacional por el cumplimiento o la aplicación de procedimientos o normas internas, pues le resta seriedad al compromiso adquirido. En tercer lugar, el incumplimiento de un plazo puede generar una responsabilidad política exigible al funcionario que expresó el consentimiento en obligarse o refrendó el acto, pero la sanción por una responsabilidad política no puede recaer en el compromiso internacional adquirido frente a otro u otros Estados.

Luego, en el aspecto de la inadecuada calificación, encontramos algo más próximo a un vicio no sustancial del tipo recogido en el artículo 46 de la CV69,²⁷¹ sólo que tratado desde la perspectiva del derecho interno. En este caso, nuevamente encontramos una solución inconveniente y unilateral en la pérdida de vigencia a nivel interno del tratado concernido; pero aun, al menos la norma legal anterior proponía la denuncia del tratado, alternativamente a la subsanación, sin embargo, el Reglamento del Congreso se limita a establecer la pérdida de vigencia interna y ofrecer como remedio la subsanación, sin

En la primera sesión siguiente a la recepción de los dictámenes de las Comisiones Dictaminadoras que recomiendan dejar sin efecto un tratado internacional ejecutivo, el Presidente del Congreso lo pone en consideración del Pleno o de la Comisión Permanente. Si el Congreso aprueba los términos del dictamen negativo, emite resolución legislativa dejando sin efecto el tratado, lo que notifica al Presidente de la República para que dentro de los cinco (5) días útiles siguientes corra aviso a las demás partes. Una vez publicada la resolución legislativa, el tratado pierde vigencia interna.

Sin perjuicio del aviso a las demás partes del tratado, el Presidente de la República al recibir la decisión del Congreso, puede tramitar el tratado en vía de subsanación, conforme lo establece el artículo 56 de la Constitución Política.

²⁷¹ 46. Disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados.
1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifiesto en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno.

2. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe.

especificar si el inicio del procedimiento de subsanación puede detener la pérdida de vigencia.

En este caso, si bien el error de calificación reviste de mayor gravedad y responsabilidad que la omisión o retraso de una notificación, la sanción continúa careciendo de la adecuada proporcionalidad. Razonablemente, si el Ejecutivo, advertido del vicio presente en el tratado por un error de calificación, se aviene a dar trámite a una subsanación, la sanción de pérdida de vigencia debería suspenderse a la espera del resultado del procedimiento de subsanación, pues, nuevamente, suspender y reactivar la vigencia de un tratado por mérito de procedimientos y disposiciones internas no se condice con la trascendencia de los compromisos internacionales. Indudablemente, la responsabilidad del funcionario concernido se puede hacer efectiva en sede parlamentaria, pero la sanción no debe recaer sobre el compromiso internacional.

El procedimiento de subsanación se ha empleado en el caso de las denominadas “ratificaciones imperfectas”, esto es, aquellas ratificaciones que, por error de calificación, ocasionaron que el tratado tuviese un trámite de acuerdo ejecutivo, cuando en realidad requería la aprobación parlamentaria previa. No se ha seguido el criterio de la privación de efectos internos, sino el de preservación del acto convencional, remediando las omisiones o imperfecciones en la manifestación del consentimiento.

Ese fue el caso del “Convenio entre el gobierno de la República del Perú y el gobierno de la República Popular China sobre transporte aéreo civil”, suscrito en Beijing el 30 de marzo de 2000, pues el tratado versaba sobre temas de soberanía, dominio e integridad del Estado, que correspondía a los dispuesto por el artículo 56 numeral 2 de la CP93, no obstante, había sido tramitado como un acuerdo ejecutivo y ratificado mediante Decreto Supremo N° 077-2001-RE.

La Comisión de Relaciones Exteriores del Congreso de la República recibió un oficio del Ministerio de Relaciones Exteriores, que detectó el error de calificación varios años después (2007), y dio trámite al procedimiento de subsanación, recibiendo las opiniones técnicas favorables de diversas entidades públicas,²⁷² que se pronunciaban por la subsanación del tratado, considerándola la mejor opción para resolver la infracción constitucional que supuso la incorrecta calificación del tratado y su ratificación como acuerdo ejecutivo. La Comisión de Relaciones Exteriores del Congreso de la República remitió a la Mesa Directiva del Congreso su dictamen favorable, y el Congreso

²⁷² Dirección General de Aeronáutica Civil del Ministerio de Transportes y Comunicaciones; Dirección General de Política de Ingresos Públicos y Dirección General de Asuntos de Economía Internacional, Competencia e Inversión Privada, ambas del Ministerio de Economía y Finanzas; Dirección General de Relaciones Internacionales del Ministerio de Defensa; Dirección General de Asuntos Legales, Dirección de Asuntos Aéreos y del Espacio, Asesoría Jurídica y Dirección de Tratados del Ministerio de relaciones Exteriores.

votó la resolución legislativa aprobatoria, que subsanó la inadecuada calificación y perfeccionó internamente la ratificación del tratado.²⁷³

²⁷³ El Congreso de la República

Ha dado la Resolución Legislativa siguiente:

Resolución Legislativa que aprueba el “Convenio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República Popular China sobre Transporte Aéreo Civil”

Artículo único.- Objeto de la Resolución Legislativa

Apruébase el “Convenio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República Popular China sobre transporte aéreo civil”, suscrito en la ciudad de Beijing, República Popular China, el 30 de marzo de 2000, de conformidad con los artículos 56º y 102º, inciso 3, de la Constitución Política del Perú.

Comuníquese al Señor Presidente de la República para su promulgación.

En Lima, a los diecinueve días del mes de noviembre de dos mil ocho.

JAVIER VELÁSQUEZ QUESQUÉN

Presidente del Congreso de la República

ALEJANDRO AGUINAGA RECUENCO

Primer Vicepresidente del Congreso de la República

Al Señor Presidente Constitucional de la República.

CONCLUSIONES

En el desarrollo del presente trabajo de investigación hemos constatado una serie de situaciones y verificado el alcance y la aplicación de las normas internas respecto de los tratados internacionales, así como identificado relevantes vacíos normativos en el tratamiento del tema. Sobre la base de lo investigado y expuesto consideramos que podemos llegar a las conclusiones siguientes:

I

El sistema constitucional peruano, desde el siglo XIX estableció una competencia legislativa en la aprobación de los tratados internacionales, previa a la expresión definitiva del consentimiento en obligarse, que ha sido siempre competencia exclusiva del Poder Ejecutivo. La práctica administrativa, surgida en los años 50 del siglo XX incorpora la figura de los acuerdos ejecutivos, que será recogida por la Constitución de 1979 y confirmada en la vigente Constitución de 1993, la que por primera vez estableció una lista positiva de tratados que requieren de aprobación parlamentaria previa, estableciendo con mayor claridad la distinción entre los procedimientos internos de aprobación de los tratados y que, independientemente de dichos procedimientos internos, la Constitución reconoce que todo tratado celebrado por el Estado tendrá el carácter de norma jurídica internacional vinculante.

II

El derecho constitucional peruano consagra la posición monista en las últimas dos constituciones precitadas, al disponer la incorporación automática de los tratados al derecho interno. Sin embargo, persisten rezagos dualistas al disponer que actos de derecho interno o sentencias (judiciales o constitucionales), puedan privar de efectos internos a los tratados una vez que han entrado en vigor en el orden internacional y por tanto en el orden interno.

Se requiere una mayor coherencia en la posición monista del Estado, ajustando los efectos de los actos legislativos, administrativos o jurisdiccionales que afecten la vigencia de los tratados a las disposiciones del derecho internacional pertinentes.

III

La competencia del Poder Ejecutivo para celebrar tratados es, en estricto, una competencia del presidente de la República, pues no requiere la aprobación del Consejo de ministros, sino únicamente el refrendo del ministro de Relaciones Exteriores. El requisito del refrendo ministerial no le quita exclusividad a la competencia, pues el presidente de la República no puede realizar ningún acto sin referendo ministerial. Se trata de una competencia amplia, en principio, pues sólo está limitada por la lista positiva incluida en los artículos 56° y 57° segundo párrafo. Sin embargo, una norma legal podría brindar mayor precisión al alcance de la competencia presidencial, para su empleo en armonía con las atribuciones del Poder Legislativo.

IV

El proceso de celebración de los tratados no ha recibido una atención adecuada por parte del legislador, ni ha sido objeto de una normativa coherente. Disposiciones dispersas en varias normas, algunas de las cuáles sólo tienen alcance sectorial (relaciones exteriores) y otras únicamente cumplen una función orientadora de la acción de la Administración Pública, son insuficientes para articular el curso de un proceso de celebración de manera general para todos los organismos estatales involucrados en la negociación y adopción de compromisos internacionales vinculantes. Se requiere de una mayor precisión en los aspectos relativos al proceso de formación de los tratados, respecto de la capacidad de los agentes estatales para el inicio de una negociación, la adopción y autenticación de textos convencionales, el

otorgamiento de plenos poderes, la manifestación del consentimiento definitivo en obligar al estado, así como el proceso interno de calificación de los tratados.

V

Los acuerdos internacionales sin carácter normativo han recibido, hasta el momento, un tratamiento escaso, vista la variedad de formas que pueden presentar y la poca claridad respecto de su empleo como instrumento administrativo jurídicamente vinculante. Las restricciones normativas de las que son objeto son insuficientes para delimitar adecuadamente su naturaleza jurídica, las condiciones y oportunidad de su empleo, su relación con los tratados existentes, las entidades autorizadas para suscribirlos, o la extensión de las materias que puede abarcar. Su indudable utilidad como instrumento de cooperación internacional se ve mediatizada por la ausencia de una adecuada legislación que permita definir de manera óptima su empleo por las diversas instancias de la administración pública nacional, regional y local.

VI

La lista positiva incluida en el Artículo 56° de la Constitución de 1993 requiere de un desarrollo normativo, pues la generalidad de su enunciado se presta a una variedad interpretaciones que potencialmente es fuente de conflictos entre el Ejecutivo y el Legislativo. El procedimiento de recabar opiniones técnicas de los sectores previamente a la solicitud de perfeccionamiento interno del tratado, en realidad debe tener ente sus objetivos el formular la adecuada calificación del tratado y en tal sentido, constituir un requisito indispensable para autorizar la suscripción de cualquier acuerdo internacional.

VII

El control posterior de los tratados celebrados por el Estado, sea parlamentario o jurisdiccional, no debe generar una situación de incumplimiento y consiguiente responsabilidad internacional, al desposeer al tratado de efectos internos por un vicio formal, el incumplimiento de un plazo o un error de

calificación o tramitación. Debe adecuarse a los procedimientos y plazos que el propio tratado, o en su defecto el derecho internacional establece, para que el Estado pueda desvincularse del tratado sin que ello genere una situación de responsabilidad internacional. En tales casos, la decisión parlamentaria o jurisdiccional deberá tener un plazo suspensivo de aplicación que coincida con el término establecido por el tratado o la Convención de Viena de 1969 para activar el procedimiento de denuncia o retiro del acuerdo.

VIII

La subsanación de los errores de calificación no debe guiarse por el criterio de la privación de efectos internos del tratado que ya se encuentra en vigor, sino por el de preservación del acto convencional, buscando hacer compatible el ejercicio del control parlamentario o jurisdiccional con la reconducción del proceso de calificación del tratado. Los posibles vicios en el procedimiento interno, no necesariamente coinciden con aquellos que el derecho internacional acepta como causales de suspensión o terminación de los tratados, por lo que use precisa de mecanismos internos que puedan ser oportunamente empleados para corregir los defectos u omisiones en la tramitación y aprobación de los tratados internacionales.

IX

El ordenamiento jurídico peruano requiere de una ley que sistematice las nociones básicas del derecho de los tratados y su incorporación en la legislación nacional; la asignación de competencias y el proceso de celebración de los tratados internacionales; establezca los criterios de interpretación de la disposición constitucional que establece la lista positiva de los tratados que requieren de aprobación parlamentaria y los lineamientos adecuados para su correcta calificación, así como el ámbito de competencia exclusiva del Poder Ejecutivo en los acuerdos de tipo ejecutivo; el tratamiento y efectos de la reservas y declaraciones; las causales de suspensión y terminación de los tratados; la entrada en vigor y recepción de los tratados así como su

prevalencia frente a las normas legales; la aplicación provisional de los tratados; y los mecanismos de control parlamentario y jurisdiccional de los tratados, así como los remedios en caso de errores de calificación u omisión de procedimientos de derecho interno que incidan en la vigencia o aplicación interna del tratado.

X

La necesidad de una ley se impone debido a la complejidad de la materia y la necesidad de un tratamiento orgánico y coherente, siempre preferible a la situación que produce una dispersión normativa, no sólo en distintos textos, sino en disposiciones de distinto valor jurídico (leyes, decretos, resoluciones) que generan confusión en la Administración Pública, en los operadores del derecho y en general en los ciudadanos, que son destinatarios de todas las normas, nacionales e internacionales. Una ley que consolide las disposiciones relativas a la celebración, entrada en vigor y ejecución de los tratados internacionales sería, además de bien recibida, sumamente útil para abordar los aspectos ciertamente complejos de la contratación internacional del Estado en sus diversas manifestaciones, y en particular para diferenciar debidamente a los tratados internacionales de los instrumentos administrativos y políticos que emplea la Administración pública en sus diversos niveles (nacional, regional y local) para concertar acuerdos de cooperación dentro del marco normativo previo y preexistente de los tratados internacionales. Una ley de ese tipo, aun cuando no existe ni ha sido propuesta, ciertamente, se le espera.

BIBLIOGRAFÍA

a. Textos y documentos peruanos

- Constitución Política del Perú de 1993.
- Constitución Política del Perú de 1979.
- Reglamento del Congreso de la República.
- Ley N° 26647 Establecen normas que regulan actos relativos al perfeccionamiento nacional de los Tratados celebrados por el Estado Peruano, de 26 de junio de 1996.
- Ley N° 27775, Ley que regula el procedimiento de ejecución de sentencias emitidas por tribunales supranacionales, de 5 de julio de 2002.
- Ley N° 27790, Ley de organización y funciones del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo, de 24 de julio de 2002.
- Ley N° 28091, Ley del Servicio Diplomático de la República, de 19 de octubre de 2003, modificada por la Ley N° 29318 de 20 de enero de 2009.
- Ley N° 28237, Código Procesal Constitucional, de 28 de mayo de 2004.
- Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, de 19 de diciembre de 2007.
- Ley N° 29357, Ley de organización y funciones del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 12 de mayo de 2009.
- Ley N° 31307, Nuevo Código Procesal Constitucional, de 21 de mayo de 2021.
- Decreto Supremo N° 135 – 2010 – RE, Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 17 de diciembre de 2010.
- Decreto Supremo N° 017 – 93 – JUS, Texto Único Ordenado De La Ley Orgánica Del Poder Judicial.
- Decreto Supremo N° 031-2007-RE, Adecuan normas nacionales sobre el otorgamiento de Plenos poderes al derecho internacional contemporáneo.
- Proyecto de Ley N° 2571/2017 – CR, Proyecto de Ley de desarrollo constitucional sobre el perfeccionamiento interno de los tratados.
- Resolución Ministerial N° 0115/RE de 4 de febrero de 2013 que aprueba la Directiva N° 001 – DGT/RE – 2013 Lineamientos Generales internos sobre la suscripción, perfeccionamiento interno y registro de los Tratados.

- Resolución Ministerial N° 0231/RE de 6 de marzo de 2013, que aprueba la Directiva N° 002 – DGT/RE – 2013 Lineamientos Generales sobre la suscripción, perfeccionamiento interno y registro de los Tratados.
- Resolución emitida por el Tribunal Fiscal el 14 de mayo de 2004 y publicada en el diario oficial El Peruano el 28 de mayo de 2004.
- Expediente N° 0047 – 2004 – AI, 24/04/06, P, FJ. 51, Expediente N.º 047-2004-AI/TC, Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del 24 de abril de 2006, José Claver Nina-Quispe Hernández, en representación del Gobierno Regional de San Martín (demandante) contra el Congreso de la República (demandado). Asunto: Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por don José Claver Nina-Quispe Hernández, en representación del Gobierno Regional de San Martín, contra la Ley N.º 27971 (Ley que faculta el nombramiento de los profesores aprobados en el concurso público autorizado por la Ley N.º 27971), en: Tribunal Constitucional del Perú. *La Constitución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica, 2006. pp. 395 – 396.
- Expediente N° 04677 – 2005 – HC, 12/08/05, P, FJ. 12, en: Tribunal Constitucional del Perú. *La Constitución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica, 2006. p. 407.
- Expediente N° 00036 – 2007 – PI/TC, Congresistas de la República contra la Resolución Legislativa N° 28766 que aprueba el Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos.
- Expediente N° 00002 – 2009 – AI, presentada por el 25% de congresistas de la República contra el Tratado De Libre Comercio Entre Perú y Chile.
- Expediente N.º 00018-2009-PI/TC, Resolución del Tribunal Constitucional, Lima, 23 de marzo de 2010, Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por don Jorge Antonio Guizado Salcedo, Decano del Colegio de Abogados de Callao, contra la Resolución Legislativa N° 27998, publicada el 12 de junio de 2003 en el Diario Oficial “El Peruano”, que aprueba la adhesión del Perú a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad.
- Expediente N° 00021 – 2010 – AI, presentada por 30 congresistas de la República contra el Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República Popular China.
- Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú. *Tratados, Convenciones y Acuerdos vigentes entre el Perú y otros Estados. II Instrumentos multilaterales*. Lima: Imprenta Torres Aguirre, 1936.

b. Textos y documentos internacionales

- Convenio de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados.
- Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (2004).
- Carta de las Naciones Unidas.

c. Trabajos, monografías y artículos

Abi – Saab, Georges. “Cours Général de Droit International Public », en: *RCADI*, 1987 – VII, Tomo 207.

Abugattās, G. “Sistemas de incorporación monista y dualista: ¿tema resuelto o asignatura pendiente?”, en: *Agenda Internacional*, Año XII, N° 23, 2006, pp. 439 – 461.

Abugattās, G. “Los tratados internacionales en las constituciones del Perú” en: Espinosa-Saldaña, E. y G. Gutiérrez (Directores). *Limitación del poder y estructura del Estado: estudios sobre la parte orgánica de la Constitución*. Lima: Grijley, 2008.

Abugattās, G. “Tratados que requieren la aprobación del Congreso de la República del Perú”, en: *Agenda Internacional*, Año XXVI, N° 37, 2019, pp. 211 – 243.

Álvarez, L. F. *Derecho Internacional Público*, 3ª edición. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2005.

Álvarez, J. *Tratados internacionales y ley interna*. Lima: Universidad de Lima, 2001.

Aranda, R. *Tratados del Perú*, 13 tomos. Lima: Imprenta de “La Revista”, 1900 – 1911.

Armas, C. “Derecho internacional público y derecho interno: Nuevo criterio de la Corte Suprema Argentina”, en *El Derecho internacional en un mundo en transformación. Liber Amicorum Eduardo Jiménez de Aréchaga* (M. Rama – Montaldo, ed.), vol. I, Montevideo, 1994.

Barberis, J. *Formación del Derecho internacional*, Buenos Aires, 1994.

Barboza, J. *Derecho Internacional Público*, Buenos Aires: Zavalía, 1999.

Bastid, S. *Les traités dans la vie internationale. Conclusion et effets*, París, 1985.

Becerra, M. *La recepción del derecho internacional en el derecho interno*. México: UNAM, 2012.

Belaunde, A. “Principios Generales y la Unidad del Derecho”, *Revista Peruana de Derecho Internacional*, vol. 87, Lima, 1983.

- Belaunde, A. "La Constitución Peruana de 1979 y el Derecho Internacional", en: *Revista Peruana de Derecho Internacional*, Tomo XXXIV, Lima, 1982.
- Bello, A. *Principios de Derecho Internacional*. París: Librería Garnier Hermanos, 1864.
- Benadava, S. "*Derecho internacional público*", Santiago de Chile, 2001.
- Brownlie, I. *Principles of Public International Law*, 4ª. Edición, Nueva York: Oxford University Press Inc., 1995.
- Buergenthal, T. y otros. *Manual de Derecho Internacional Público*, México: Fondo de Cultura Económica, 1994.
- Cahier, Ph. "Changements et continuité du Droit International. Cours Général de Droit International Public", en: *RCADI*, 1985 – VI, Tomo 195.
- Calderón, P. "Los Acuerdos Interinstitucionales en el Perú: Un instrumento paralelo a los Tratados", en: *Ius360*, publicación electrónica, recuperado el 8/4/2020.
- Cárdenas, R. *Derecho y realidad social: la costumbre como fuente del Derecho Civil*. Lima: Ediciones Jurídicas UNIFE, 1998.
- Cárdenas, C. *Modificación y derogación de las normas legales*. Lima: ARA Editores, 1999.
- Carrillo, J. A. *El Derecho internacional en un mundo en cambio*, Madrid, 1985.
- Carrillo, J.A. *El Derecho internacional en perspectiva histórica*, Madrid, 1991.
- Carrillo, P. "Tratados, Convenciones y Acuerdos Internacionales en la Legislación mexicana", en *Revista Jurídica de Baja California*, 1998.
- Casado, R. *Notas sobre el ius cogens internacional*, Córdoba, 1991.
- Casado, R. "Las obligaciones *erga omnes* en el Derecho internacional contemporáneo", *La Ley*, 1985.
- Casanovas, O. *Casos y Textos de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1990.
- Cassese, A. *Modern Constitutions and international law*, *R. des C.*, t. 192, 1985 – III.
- Comisión de Derecho Internacional. *Proyecto de Artículos sobre el Derecho de los Tratados con sus Comentarios*. 18º período de Sesiones, 1966, Anuario, Volumen II.
- Conforti, B. *Derecho Internacional*. Edición en español revisada y anotada por Raúl E. Vinuesa. Buenos Aires: Zavalía, 1995.

- Conforti, B. "Consistency among Treaty Obligations", en: Cannizaro, E. (editor). *The Law of Treaties beyond the Vienna Convention*. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- Coronado, R. *El tratamiento de la política exterior en la Constitución Peruana de 1993, con especial referencia al régimen de los tratados*. Tesis presentada en la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000.
- De la Guardia, E. *Derecho de los Tratados Internacionales*. Buenos Aires: Editorial Abaco de Rodolfo De Palma, 1997.
- Detter, I. "The effect of resolutions of International Organizations", en *Theory of International Law at the threshold of the 21 st century. Essays in honour of Krzysztof Skubizewski* (J. Makarczyk, ed.), La Haya – Boston – Londres, 1996.
- Díaz, C. *Reservas a la Convención sobre tratados entre Estados*. Madrid: Tecnos, 1991.
- Díaz, L. M. "Tratados internacionales y la Constitución", *Anuario Jurídico de la UNAM* (México), 1983.
- Díez de Velasco, M. *Instituciones de Derecho internacional público*, Madrid, 2007.
- Eguiguren, F. "Aplicación de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos en la jurisprudencia constitucional peruana". En: *Dos ensayos sobre nueva jurisprudencia constitucional: Los tratados de Derechos Humanos y el Hábeas Corpus contra resoluciones judiciales*, Lima: Consorcio Justicia Viva, 2003.
- Espinoza, J. *Los principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil peruano de 1984*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005.
- Fernández, J.C. "Los tratados internacionales en el sistema español de Derecho internacional privado y su aplicación judicial", *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. I, Madrid, CGPJ, 1997, pp. 153-194.
- Fernández, J.C. "Problemas de asimilación de los tratados internacionales en un sistema de base estatal: la experiencia española", *Mélanges Fritz Sturm*, vol. II, Lieja, 1999, pp. 1447-1468.
- García Belaunde, D. "Funciones legislativas del ejecutivo moderno : el caso peruano", en: IV Congreso iberoamericano de derecho constitucional. México D.F.: UNAM, 1992.
- García Belaunde, D. *De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional*. Lima: Editora jurídica Grijley, 2000.
- García Belaunde, D. *Diccionario de jurisprudencia constitucional*. Lima: Editora jurídica Grijley, 2000.

García Belaunde, D. *Constitución y dominio marítimo*. Lima: Editora jurídica Grijley, 2002.

García Belaunde, D. “Las sentencias constitucionales”, en: *Revista jurídica del Perú*, N° 83 (Enero 2008).

García Belaunde, D. *El derecho procesal constitucional en perspectiva*. Lima: IDEMSA, 2009.

García Belaunde, D. *Las constituciones del Perú*. 3ª edición. Lima: Jurado Nacional de Elecciones, 2016.

García Corrochano, L. “La Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Constitución Peruana”, en: Novak, F. y J. Ruda. *Cincuenta años de la Declaración de los Derechos Humanos*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999.

García Corrochano, L. “La Fórmula de Brasilia: nuevas soluciones a viejos problemas”, en: Autores Varios. *El proceso de conversaciones para la solución del diferendo peruano – ecuatoriano (1995 - 1998)*. Lima: Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú – Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000.

García Corrochano, L. “El Tratado de Libre Comercio entre el Perú y los Estados Unidos de Norteamérica desde la perspectiva del Derecho Internacional Público” en: Cantuarias, F. y P. Stucchi (Editores). *TLC Perú – Estados Unidos: contenido y aplicación*. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2008.

García Corrochano, L. “Las normas internacionales y la constitución. Reflexiones sobre la vigencia de la Constitución Política del Perú de 1993”, en *Agenda Internacional*, Año XX, N° 31, 2013.

García Corrochano, L. “Los tratados en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano (1996 – 2011)”, en: Fernandez, J.C. y otros. *El derecho internacional en el mundo multipolar del siglo XXI. Obra homenaje al Profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez*. Madrid: Iprolex, 2013, pp. 63 – 74.

García Corrochano, L. “Diagnóstico: el Derecho Internacional, su eficacia, y su relación con el Derecho Interno” (entrevista), en: *Thémis Revista de Derecho*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2013, pp. 65 – 69.

García, A. *Resumen de Historia Diplomática del Perú 1820 – 1884*. Lima, 1928, sin pie de imprenta.

García, V. “La jerarquía de las normas en el proyecto de Constitución”. En: *Revista del Foro*. Lima: Colegio de Abogados de Lima, Año LXXXI, N 1, enero-junio de 1993.

Geslin, A. *La mise en application provisoire des traités*. París : Pedone, 2005.

Gardiner, R. *Treaty Interpretation*. Nueva York: The Oxford International Law Library, 2010.

González, J., Sánchez, L. I. y Andrés, P. *Curso de Derecho internacional público*, 6ª ed., Madrid 1998.

González Vega, J. “¿Tratados ocultos? Sobre ciertas manifestaciones de la acción concertada “no convencional” en el marco de las competencias “reservadas” a los tratados internacionales”, en: Fernández, J.C. y otros. *El derecho internacional en el mundo multipolar del siglo XXI. Obra homenaje al profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez*. Madrid: Iprolex, 2013.

Granda, A. *Acuerdos simplificados en la Constitución Política del Perú en “Materias de Exclusiva competencia del Presidente de la República”*. Tesis para optar el título de Abogado. Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho, Lima, 1992.

Greig, D. *Invalidity and the Law of Treaties*. Londres: British Institute of International and Comparative Law, 2006.

Gros, H. “Le système interaméricain comme régime regional de protection internationale des droits de l’homme”, *R. des C.*, t. 145 (1975 – II).

Hakansson, C. *Curso de derecho constitucional*. Lima: Palestra, 2012.

Jennings, R. y A. Watts. *Oppenheim’s International Law, Volume I – Peace, Introduction and Part I*, 9ª edición, Londres: Longman, 1993.

Juste, J. “El Derecho internacional público en la Constitución española de 1978”, en *Anuario de Derecho Internacional*, vol. IV, 1977 – 1978.

Klabbers, J. “Beyond the Vienna Convention: Conflicting Treaty Provisions”, en: Cannizzaro, E. (editor). *The Law of Treaties beyond the Vienna Convention*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

Kohen, M. “Desuetude and Obsolescence of Treaties”, en: Cannizzaro, E. (editor). *The Law of Treaties beyond the Vienna Convention*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

Landa, C. “El control constitucional difuso y la jerarquía de los tratados internacionales de derechos humanos en la sentencia de la jueza Saquicuray”, en: *Ius et Veritas*, Año 6, N° 11 (noviembre 1995).

Landa, C. “La aplicación de los tratados internacionales en el derecho interno y las decisiones de las cortes internacionales, especialmente en materia de derechos humanos”, en: *Taller de Derecho*, Año 1, N° 1 (enero 2002).

Landa, C. “El Tratado de Libre Comercio Perú - Estados Unidos: una perspectiva constitucional”, en: *Anuario andino de derechos intelectuales*, Año 2, N° 2 (2005).

Landa, C. “Los tratados Internacionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú”. En: *COLADIC* (Publicación Digital del Consejo Latinoamericano de Estudios de Derecho Internacional y Comparado). República Dominicana, 17 de Julio de 2005.

Llanos, H. *Teoría y práctica del derecho internacional público. Las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno*. Tomo IV, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2011.

Mangas, A. “Cuestiones de Derecho internacional público en la Constitución española de 1978”, *Rev. Fac. Derecho Univ. Complutense*, vol. 61, 1980.

Mangas, A. “Las relaciones entre el Derecho internacional y el derecho español”, en *Cuadernos de derecho judicial*, t. XI, 1994.

Maúrtua de Romaña, O. “Constitución y Política Exterior”, en: *Agenda Internacional*, Año I, N° 3, Lima, 1995.

Mezarina, S. y P. Rosales. “Los acuerdos interinstitucionales en la práctica peruana de derecho internacional”, en: *Derecho PUCP*, N° 89, 2019 junio – noviembre, pp. 371 – 406.

Monaco, R. *Manuale di Diritto Internazionale Pubblico*, 2ª edición. Turín: Unione Tipografica – Editrice Torinese, 1982.

Nazario, O. *La Aplicación Provisional de los Tratados y su Tratamiento en el Ordenamiento Jurídico Interno*. Tesis para obtener el grado académico de Magíster en Diplomacia y Relaciones Internacionales, Academia Diplomática del Perú “Javier Pérez de Cuéllar”, 2013.

Nguyen Quoc, D., P. Daillier y A. Pellet. *Droit International Public*. París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1994.

Nieto, R. “Las reservas a los multilaterales en la Convención de Viena de 1969”, *Separata de la Revista Universitas*, n° 46, Bogotá, 1974.

Nieto, R. *Introducción al sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos*, San José, 1993.

Novak, F. “Los Tratados y la Constitución Peruana de 1993”, en: *Agenda Internacional*, Año I, N° 2, Lima, 1994.

Novak, F. “Tratados, artículo 55”, en: Gutiérrez, W. *La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo, Tomo I*. Lima: Gaceta Jurídica, 2006.

Novak, F. “Las Reglas de interpretación de los Tratados”, en: Fernández, J. y otros. *El Derecho Internacional en el Mundo Multipolar del Siglo XXI. Obra Homenaje al Profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez*. Madrid: Iprolex, 2013.

Novak, F. “Los criterios para la interpretación de los tratados”, en: *Thémis Revista de Derecho*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2013, pp. 71 – 88.

Novak, F. y L. García Corrochano. “Presentación y análisis general del fallo de la Corte Internacional de Justicia sobre el diferendo marítimo entre el Perú y Chile”, en: *Agenda Internacional*, Año XXI, N° 32, 2014.

Novak, F. y L. García Corrochano. *Derecho Internacional Público. Tomo I, Introducción y Fuentes*, 2ª Edición. Lima: Thomson Reuters, 2016.

Orakhelashvili, A. “The effect of Jus Cogens in the Law of Treaties”, en: *Peremptory Norms in International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

Pagliari, A. y L. Savid. *Derecho Internacional Público. Ensayos I*. Córdoba: Advocatus, 1990.

Pastor, J. A. *Curso De Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. Madrid: Tecnos, 2015.

Paust, J. *International Law as Law of the United States*. Durham, Carolina Academic Press, 2003.

Pegoraro, L. y A. Rinella. *Las fuentes del derecho comparado, con especial referencia al ordenamiento constitucional*. Lima: Editorial jurídica Grijley, 2003.

Pellet, A. y D. Müller. “Reservations to Treaties: An objection to a Reservation is definitely not an Acceptance”, en: Cannizzaro, E. (editor). *The Law of treaties beyond the Vienna Convention*, Oxford University Press, 2011.

Perezniето, L. “El Art.133 Constitucional: una relectura”, en *Jurídica. Anuario del departamento de derecho de la Universidad Iberoamericana*, número 25, 1995 - II.

Porras, R. y A. Wagner. *Historia de los Límites del Perú*. Lima: 1997, Fondo Editorial del Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú.

Portocarrero, F. *Derecho Internacional Público*. Lima: Ediciones Peruanas, 1966.

Power, J. *Constitución y estados de excepción*. Lima: Asociación Acción y Pensamiento Democrático, 1990.

Quel, J. *Las reservas a los tratados internacionales (Un examen de la práctica española)*, Bilbao, 1991.

Real Academia Española. *Libro de estilo de la lengua española según la norma panhispánica*. Madrid: Espasa, 2018.

Remiro, A. “La autorización parlamentaria de la conclusión de los Tratados internacionales: el problema de la calificación”, *REDI*, 1980.

Remiro, A. "La constitucionalidad de los Tratados internacionales y su control por el Tribunal Constitucional", en *El Tribunal Constitucional*, III, Madrid, 1981.

Remiro, A. *Derecho Internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

Reuter, P. *Introducción al derecho de los Tratados*. Traducción de P. Hagggenmacher. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1999.

Revilla, M. *La relación entre el derecho internacional y el derecho interno a la luz de los tratados en la Constitución Política del Perú de 1993*. Tesis presentada en la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1995.

Rey Caro, E.J. Implicancias de la reciente reforma constitucional argentina en la aplicación estatal del Derecho internacional, *R.E.D.I.*, vol. XLVIII, 1996 – 1.

Rey Caro, E.J. "Las reservas de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados", *Separata del Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Argentina)*, 1975.

Rey Caro, E.J. "Los Tratados internacionales en el ordenamiento jurídico argentino", *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, 1994 – 1995.

Ribeyro, R. *Derecho Internacional Público, Tomo I Estado de Paz*. Lima: Librería Escolar e Imprenta de E. Moreno, 1901.

Rodríguez, A. "Regulación de la actividad internacional del Estado en la Constitución", *Revista de Derecho Político (UNED)*, 1982.

Rodríguez, A. *Lecciones de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1994.

Rousseau, Ch. *Droit International Public, Tome I: Introduction et Sources*. París: Sirey, 1970.

Rubio, M. *Estudio de la Constitución Política de 1993, Tomo III*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999.

Rubio, M. "La ubicación jerárquica de los tratados referentes a derechos humanos dentro de la Constitución peruana de 1993", en: *Pensamiento constitucional*, Año 5, N° 5 (1998).

Rubio, M. "¿Qué es "La Ley" en la Constitución?", en: *Homenaje a Max Arias Schreiber Pezet*. Lima: Gaceta Jurídica, 2005.

Rubio, M. "La norma jurídica según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en: *Libro homenaje a Felipe Osterling Parodi, Vol. 2*. Lima: Palestra, 2008.

Ruda, J. M. "Nulidad de los tratados", en *International Law at a time of perplexity. Essays in honour of S. Rosenne* (Y. Dinstein, ed.), Dordrecht-Boston-London, 1989.

Ruda, J. M. "Reservations to Treaties", *R. des C.*, t. 146 (1975-III).

Ruda, J. M. "Terminación y suspensión de los tratados", en *Essays in honour of judge Taslim Olawale Elías* (E. G. Bello y P. B. A. Ajibola, eds.), vol. I, Dordrecht-Boston-Londres, 1992.

Ruda, J.M. "Relación jerárquica entre los ordenamientos jurídicos internacional e interno: Reexamen de los problemas teóricos", en *El Derecho internacional en un mundo en transformación. Liber Amicorum Eduardo Jiménez de Aréchaga* (M. Rama-Montaldo, ed.), vol. I, Montevideo, 1994.

Salmón, E. "Las reservas a los tratados y su evolución en el derecho internacional", en: *Thémis*, Época 2, N° 21 (1992).

Salmón, E. "Los aspectos internacionales en la reforma de la Constitución", en: *Pensamiento constitucional*, Año 9, N° 9 (2003).

Sánchez, L. I. *El proceso de celebración de los tratados internacionales y su eficacia interna en el sistema constitucional español (Teoría y práctica)*, International Law Association (Sección española), Madrid, 1984.

Sánchez, L.I. "El artículo 93 de la Constitución española y el bloque de la constitucionalidad: Algunos problemas", en *Derecho internacional público: Problemas actuales*, Madrid, 1993.

Sánchez, L.I. "Las relaciones entre el Derecho internacional y el derecho interno en el sistema español", en *Derecho internacional público: problemas actuales*, Madrid, 1993.

Sánchez, L.I. "Problemas básicos de la práctica española en materia de celebración de Tratados: Propuestas legislativas", en Ministerio de AA. EE. *La celebración de tratados internacionales por España: problemas actuales*, Madrid, 1990.

Scovazzi, T. *Corso di Diritto Internazionale*. Milán: Giuffré, 2006.

Sinclair, I. *The Vienna Convention on the Law of Treaties*. Manchester: Manchester University Press, 1984.

Suy, E. "The Constitutional Character of Constituent Treaties of International Organizations and the Hierarchy of Norms", en *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung: Völkerrecht, Staatsrecht. Festschrift für R. Bernhardt*, Berlín, 1995.

Torres, S. "Interpretation of Treaties by the International Court of Justice following the adoption of the Vienna Convention on the Law of Treaties", en: *Liber Amicorum Professor Ignaz Seidl-Hohenveldern in honour of his 80th Birthday*. La Haya: Kluwer Law International, 1998.

Truyol, A. "Los tratados como factor del desarrollo histórico del Derecho internacional", en *Cursos de Derecho internacional de Vitoria – Gasteiz 1988*.

Truyol, A. *La sociedad internacional*, 3ª ed., Madrid, 1981.

- Ugarte del Pino, J. *Historia de las constituciones del Perú*. Lima: Editorial Andina, 1978.
- Ulloa, A. *Derecho Internacional Público, Tomo II*. Lima: Talleres Gráficos Sanmartí y Cía., 1929.
- Ulloa, A. *Posición Internacional del Perú*. Lima: 1997, Fondo Editorial del Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú.
- Vásquez, P. “La accidentada ruta constitucional de la jerarquía de los tratados en el Derecho Interno”, en: *Thémis Revista de Derecho*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2013, pp. 89 – 108.
- Villiger, M. *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*. Leiden/ Boston: Martinus Nijhoff, 2009.
- Virally, M. “Le rôle des “principes” dans le développement du Droit international”, en *Hommage à Paul Guggenheim*, Ginebra, 1968.
- Virally, M. “Résolution et accord international”, *Essays in International Law in honour of Judge Manfred Lachs*, La Haya – Boston – Lancaster, 1984.
- Wagner, A. *Historia Diplomática del Perú 1900 – 1945*. Lima: 1997, Fondo Editorial del Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú.
- Weil, P. “Le Droit international en quête d’identité”, *R. des C.*, 1992-VI.
- Wieland, H. “Actos unilaterales de los Estados “, *Revista Peruana de Derecho Internacional*, vol. 106, Lima, 1995.
- Zovatto, D. *Los estados de excepción y los Derechos Humanos en América Latina*, Caracas, 1990.