

Universidad Católica de Santa María

Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas

Escuela Profesional de Derecho



“PRIMACÍA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES QUE NO VERSAN SOBRE DERECHOS HUMANOS POR SOBRE LAS NORMAS INTERNAS DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO, ANTE CASOS DE INCOMPATIBILIDAD NORMATIVA”.

Tesis presentada por la
Bachiller: **Lee Guillén,
Milagros Alexandra** para
optar el Título Profesional
de **Abogada**

Asesor:
**Mg. Matos Zegarra,
Mauricio**

Arequipa- Perú

2021

INFORME N.º 01-2021-PG-EMF

A : Sr. Dr. Gabriel Torreblanca Lazo
Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas

DE : Dr. Eduardo J. Meza Flores
Docente

REFERENCIA : RESOLUCIÓN N.º 010–Coord. –FCJYP–2021 y Oficio N.º 010-FCJYP/CD/T-2021

FECHA : 25 de octubre de 2021

Tengo el agrado de dirigirme a Ud. a fin de informar lo siguiente en cuanto a la revisión del borrador de tesis presentado con relación a la referencia

Examinado el borrador de tesis remitido se aprecia que reúne las condiciones exigidas de acuerdo con la normatividad correspondiente para su aprobación, conforme se tiene a continuación.

Los criterios señalados han sido considerados a partir del I Inc. i), Art. 12, Título III, Capítulo III del Reglamento de y Títulos de esta Facultad.

- Nombre del o de la presentante: MILAGROS ALEXANDRA LEE GUILLÉN
- Título: "Primacía de los tratados internacionales que no versan sobre derechos humanos por sobre las normas legales de Derecho Interno peruano, ante casos de incompatibilidad normativa".

ASPECTOS CONSIDERADOS	Sí	No
• La hipótesis planteada ha sido probada	✓	
• Los objetivos han sido cumplidos	✓	
• Las conclusiones corresponden a la investigación efectuada	✓	
• Las sugerencias – proyectos normativos son innovadores y pertinentes	✓	

La investigación realizada abarca un tema actual e importante jurídicamente, siendo por su nivel de investigación esencialmente descriptiva y básica; el problema ha sido debidamente abordado en sus tres capítulos, existiendo coherencia entre los objetivos, interrogantes, enunciado, hipótesis; así como con las conclusiones y sugerencias. Por ende, el trabajo se sujeta al Plan de Tesis y tiene el mérito para la sustentación oral.

Es cuanto cumpla en informar.



DR. EDUARDO J. MEZA FLORES

INFORME 02-21-JMFH

DE : Mg. Julio Martín Fernández Huaranca
Docente del Programa Profesional de Derecho

PARA : Dr. Gabriel Torreblanca Lazo
Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCSM

REFERENCIA: Resolución N° 010–Coord. –FCJYP–2021

ASUNTO : Mérito para la sustentación oral del Borrador de Tesis presentado por la
Bachiller Milagros Alexandra Lee Guillén.

Es grato dirigirme a usted para saludarlo cordialmente y al mismo tiempo, informarle lo siguiente:

Mediante documento de referencia, se me designó como docente integrante de la comisión dictaminadora del borrador de la Tesis denominada “Primacia de los Tratados internacionales que no versan sobre derechos humanos por sobre las normas legales de derecho interno peruano, ante casos de incompatibilidad normativa”.

En ese sentido, de la revisión del trabajo de investigación presentado, se desprende lo siguiente:

1.- METODOLOGÍA EMPLEADA:

Se observa que el tema desarrollado obedece a una investigación teórica, la cual tiene un fin cognitivo, operando a un nivel de pensamiento lógico-racional, lo que ha llevado al análisis, síntesis, comparación abstracción y generalización del tema de investigación. Asimismo, se observa que la investigación es de tipo descriptivo, explicativo, utilizando el método inductivo el cual es propio de la investigación jurídica.

2.- EL INTERÉS DEL TEMA:

El tema de investigación planteado, tiene que ver con problemática internacional de trascendencia para el derecho, ya que tomando como base la falta de certeza normativa a nivel interno sobre la naturaleza y vinculatoriedad de los Tratados, la tesista realiza un estudio juicioso y profundo sobre la primacía de estos instrumentos internacionales, respecto de normativa interna y las alternativas de solución en caso se produjese una colisión entre normativa internacional y nacional.

3.- LA ORIGINALIDAD DEL PLANTEAMIENTO:

El aporte que realiza la investigadora, gira en torno a advertir la incertidumbre jurídica que impone nuestro propio ordenamiento constitucional al no prever ninguna fórmula jurídica que garantice eficientemente la aplicación del derecho internacional, y brindar propuestas de solución a efecto de salvaguardar los compromisos que pueda asumir nuestro Estado y evitar posibles declaratorias de responsabilidad internacional.

4.- LA PROFUNDIDAD Y CALIDAD DE LA LABOR REALIZADA:

La tesista ha abordado el tema de investigación de manera profunda, pues no solo ha hecho un análisis teórico y empírico del tema, sino que también ha desarrollado una investigación bibliográfica amplia, circunstancia que se evidencia de las propias citas en el texto de la investigación, lo que es relevante para el presente tema de investigación.

5.- EL RIGOR LÓGICO EN SU DESARROLLO:

En el desarrollo de la tesis, el principal problema de análisis que es materia de investigación, se encuentra plenamente argumentado, analizado y desarrollado de modo coherente, lo que ha permitido el resultado de conclusiones acertadas, las cuales previamente fueron debidamente sustentadas

En ese sentido, y por la relevancia del tema abordado, se es de opinión, que la Tesis presentada por la Bachiller Milagros Alexandra Lee Guillén, se encuentra expedida para ser sustentada.

Es todo cuanto tengo que informar a usted, en honor a la verdad, para los fines que estime convenientes.

Arequipa, 15 de noviembre de 2021.



Julio Fernández Huaranca
Código de Docente N°: 3157



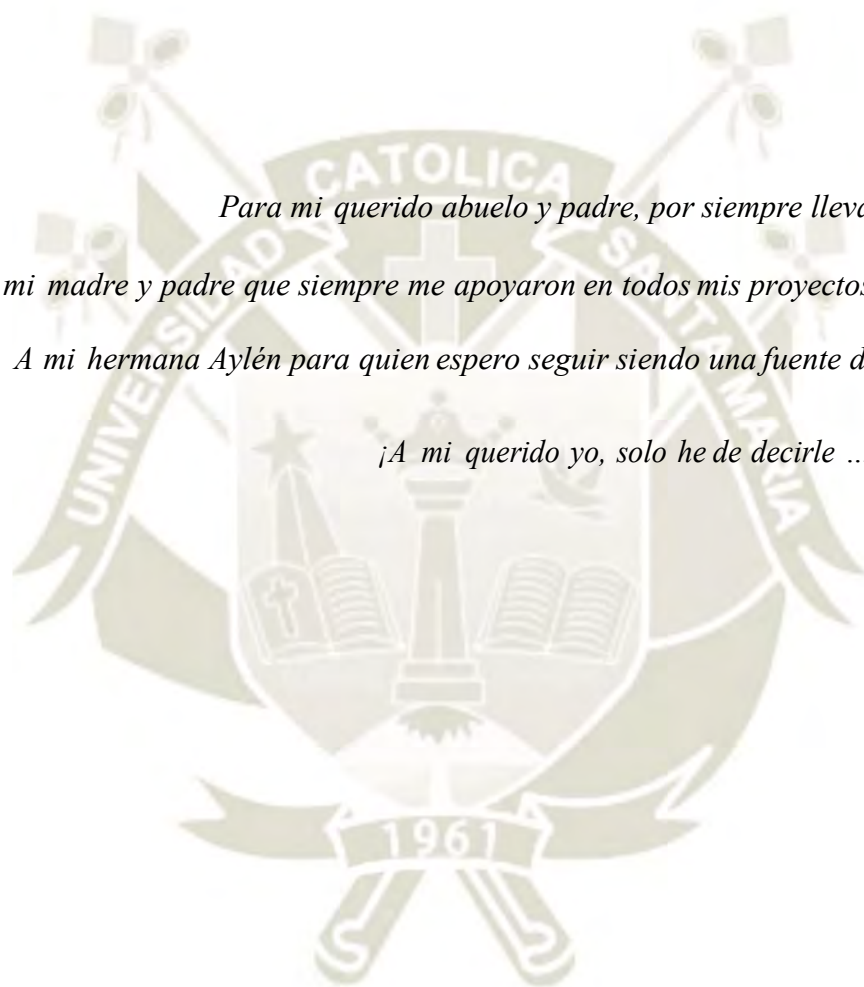
Dedicatoria

Para mi querido abuelo y padre, por siempre llevarte la contra.

A mi madre y padre que siempre me apoyaron en todos mis proyectos y decisiones.

A mi hermana Aylén para quien espero seguir siendo una fuente de inspiración.

¡A mi querido yo, solo he de decirle ... 잘 했어요!”



RESUMEN

El problema a desarrollar en la presente tesis recae en la falta de reconocimiento expreso en la Constitución Política del Perú respecto de la primacía de los tratados internacionales en general – salvo aquellos que versan sobre Derechos Humanos –, sobre las leyes naturales del Derecho Interno, más aún en los casos donde entran en contradicción las obligaciones dimanantes contenidas en ambos instrumentos normativos y donde usualmente los administradores de justicia dado su desconocimiento del Derecho Internacional Público, se enfocan únicamente en hacer cumplir la norma legal interna desconociendo las obligaciones que el Estado peruano contrajo en el marco internacional.

Ello, en virtud a que de la interpretación de ciertos artículos como el inciso 1) del artículo 118 y el inciso 4) del artículo 200 de la Constitución peruana vigente, los tratados ostentan la jerarquía normativa de rango de ley al igual que a las leyes propiamente dichas sin reconocer expresamente la primacía de una respecto de la otra. En efecto, habría la posibilidad de realizar un uso abusivo de esta omisión normativa y la consecuente responsabilidad internacional al invocar disposiciones de derecho interno como justificación del incumplimiento del tratado – en contravención a lo estipulado en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre los tratados del año 1969 aprobada por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas –, conllevando a su inaplicación en nuestro ordenamiento jurídico y al resquebrajamiento de la propia economía del Tratado y de las relaciones del Estado Peruano con los otros Estados miembros.

Ante tal conflicto normativo, se desarrollan algunas propuestas en base a los objetivos previamente planteados, estas son, una reestructuración jerárquica de la normativa nacional mediante la atribución de un rango supralegal a los tratados superior a las normas propias del Derecho Interno e infra constitucional a los preceptos constitucionales contenidas en la Carta Magna vigente. Asimismo, y a efectos de incorporar satisfactoriamente el rango supralegal a los tratados internacional, se requiere la creación de un órgano público revisor de la efectividad y necesidad de los tratados celebrados por el Estado peruano; ello, a fin de evitar que el Perú siga obligándose por tratados que quedaron desfazados en el tiempo y que generen colisiones con las normativas internas que surtan efectos posteriormente a la aprobación y ratificación de los acuerdos internacionales para su consecuente aplicación en el ordenamiento jurídico nacional.

De no tomarse estas propuestas a modo de procurar la pronta solución a este problema jurídico, se tiene que, además de generar inseguridad jurídica nacional e internacional, también se incurre en responsabilidad internacional en perjuicio del Estado Peruano, puesto que estaría incumpliendo sus obligaciones internacionales frente a otros Estados miembro en el marco del Derecho Internacional, vulnerando los principios del Derecho Internacional Público del *“Pacta Sunt Servanda”*, de *“Buena Fe”* y el de *“Primacía del Derecho Internacional sobre el Derecho Interno”* y *“Seguridad jurídica internacional”*.

Palabras clave:

Tratados Internacionales – Incompatibilidad normativa – Jerarquía Supralegal – Responsabilidad Internacional.



ABSTRACT

The problem to be developed in this thesis lies in the lack of express recognition in Peru's Political Constitution regarding the primacy of international treaties in general – except those concerning human rights – on the natural laws of domestic law, even more so in cases where the obligations contained in both normative instruments conflict and where justice administrators usually lack their knowledge of international public law, focus solely on enforcing the domestic legal standard by knowing the obligations that the Peruvian State contracted in the international framework.

This, by virtue of the interpretation of certain articles such as article 118.1 and article 200.4 of the Peruvian Constitution in force, the treatment has the normative hierarchy of "range of law" as well as the laws themselves without expressly recognizing the primacy of one respect for the other. Indeed, there would be the possibility of abusive use of this normative omission and the consequent international liability in relying on provisions of domestic law as justification for non-compliance with the treaty – in contravention of article 27 of the Vienna Convention on Treaties of 1969 – leading to its non-application in our legal order and the breakdown of the Treaty's own economy and the relations of the Peruvian State with the other Member States.

In the face of such a conflict of legislation, two solutions are developed, these are, a hierarchical restructuring of national legislation by attribution of a supralegal rank to treaties superior to the rules of national law and underconstitutional to the constitutional provisions contained in the current Magna Carta. In addition, and in order to successfully incorporate the supralegal status into international treaties, the creation of a public body reviewing the effectiveness and necessity of treaties concluded by the Peruvian State is required; this, in order to prevent Peru from continued to be obliged by treaties that were disadvantaged over time and that generate collisions with domestic regulations that take effect after the approval and ratification of international agreements for their consequent application in the national legal order.

If these proposals were not taken in order to give a prompt solution to this legal problem, it is necessary that, in addition to generating national and international legal uncertainty, international responsibility for the Peruvian State is also generated, since it would be in breach of its international obligations to other Member States under international law,

directly violating the principles of public international law of the "Pacta Sunt Servanda", "Good Faith" and "Primacy of International Law on Domestic Law" and "International Legal Security".

Keywords: International Treaties– Regulatory Incompatibility – Supralegal Hierarchy – International Responsibility.



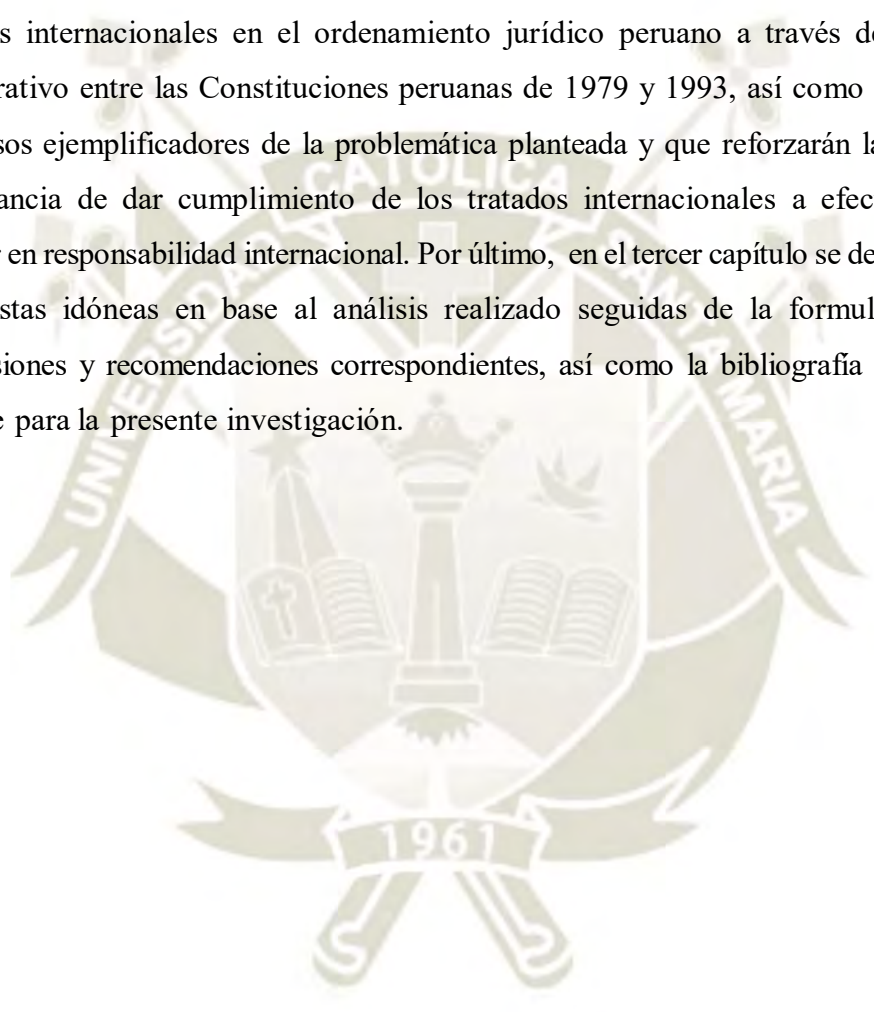
INTRODUCCIÓN

En la actualidad queda claro la existencia de una referencia constitucional respecto al rango jerárquico que ostentan los tratados internacionales en términos generales; sin embargo, este rango constitucional reconocido en la Cuarta Disposición Transitoria Final de la Constitución Política del Perú de 1993 únicamente aplica de manera exclusiva para aquellos tratados que versan sobre temas de Derechos Humanos, lo cual pareciera dejar un vacío legal respecto a la jerarquía que ostentan los tratados que no versan sobre tales temas.

Así, la presente investigación comenzó con las interrogantes ¿Ante un caso de incompatibilidad entre una norma legal y una tratado internacional que no versa sobre materias de Derechos Humanos, cuál de ellos prima por sobre el otro?; ¿El Estado Peruano incurriría en responsabilidad internacional por incumplimiento de un tratado que se encuentra suspendido al contravenir una norma legal de posterior vigencia?; ¿Cuál es el tratamiento normativo que ha adoptado la legislación peruana respecto de los tratados internacionales en las dos últimas Constituciones?; ¿Por qué hasta la actualidad no se ha establecido de manera expresa la supremacía de los tratados internacionales por sobre cualquier norma legal?

Dada la falta de pronunciamiento expreso respecto al rango normativo que ostentan los tratados internacionales diferentes a los tratados de Derechos Humanos, ha generado una suerte de incertidumbre jurídica nacional e internacional por las incompatibilidades que se crearon entre las disposiciones que dimanan de estos tipos de tratados con las diversas disposiciones de la normativa interna. En efecto, esta problemática parece repercutir en la práctica y en el actuar interno de los operadores jurídicos al momento de resolver o conocer casos donde se advertían contrariedades entre las disposiciones de Derecho nacional e Internacional. Razones por las cuales, en la presente tesis se investigará a fondo esta problemática a través de la recopilación de pronunciamientos doctrinarios, jurisprudenciales, legislación comparada, casos en concreto resueltos por los operadores jurídicos y mediante las propuestas de solución a fin de evitar que el Estado peruano incurra en responsabilidad internacional por incumplimiento de la normativa internacional.

Estando a lo anterior, la presente tesis constará de tres capítulos: el primero de ellos estará direccionado a revisar los conceptos básicos del Derecho Internacional Público, específicamente respecto al Derecho de los tratados, abordándose las principales nociones y generalidades respecto de los tratados internacionales según la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, aprobada por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, en comparación a su tratamiento en el ordenamiento jurídico nacional. Asimismo, en el segundo capítulo se ahondará en el tratamiento normativo de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico peruano a través de un análisis comparativo entre las Constituciones peruanas de 1979 y 1993, así como el análisis de tres casos ejemplificadores de la problemática planteada y que reforzarán la necesidad e importancia de dar cumplimiento de los tratados internacionales a efectos de evitar incurrir en responsabilidad internacional. Por último, en el tercer capítulo se demostrarán las propuestas idóneas en base al análisis realizado seguidas de la formulación de las conclusiones y recomendaciones correspondientes, así como la bibliografía que sirvió de soporte para la presente investigación.



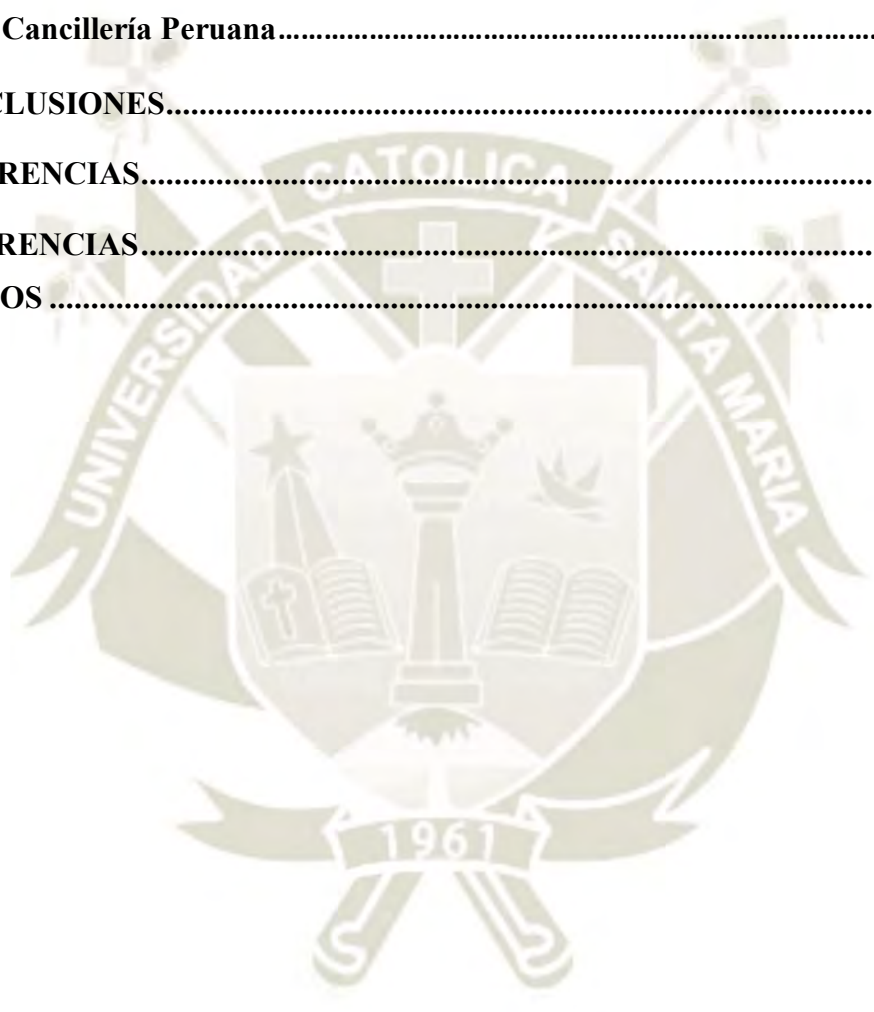
ÍNDICE

RESUMEN	vi
ABSTRACT.....	viii
INTRODUCCIÓN.....	x
CAPÍTULO I: LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO.....	13
1. Definición de los tratados o acuerdos internacionales	14
2. Procedimiento para la celebración o conclusión de los tratados internacionales en el marco del Derecho Internacional y del Derecho Interno Peruano.....	17
2.1. Etapa de formación.....	20
2.1.1. La Negociación.....	21
2.1.2. La Adopción del texto.....	22
2.1.3. La Autenticación del texto.....	23
2.2. Etapa de la exteriorización del consentimiento de las partes firmantes ...	24
2.2.1. La Adopción Simplificada	26
2.2.2. La Adopción Compleja	28
2.2.3. La Adopción Intermedia.....	30
2.2.4. Otros mecanismos de exteriorización del consentimiento.....	31
2.2.5. Constatación del consentimiento otorgado.....	32
2.3. Etapa de aprobación para la entrada en vigor del tratado.....	33
2.4. Etapa de registro y publicación del tratado	33
3. Las Reservas a los tratados internacionales.....	35
3.1. La oportunidad de formulación de la reserva	36
3.2. La autorización y retiro de la reserva	37
3.3. Los efectos jurídicos desplegados	39
3.4. El retiro y objeción de las reservas.....	40

4. La nulidad de los tratados internacionales	41
4.1. Nulidad Absoluta de los tratados internacionales	41
4.1.1. Vicios Sustanciales del Consentimiento	42
4.1.2. Por el Objeto	45
4.2. Nulidad Relativa o Anulabilidad de los tratados internacionales	47
4.2.1. Vicios del consentimiento	48
4.2.2. Vicios formales.....	52
5. Terminación y Suspensión de los tratados internacionales	57
5.1. Causales Intrínsecas u originadas en las disposiciones del tratado	58
5.2. Causales Extrínsecas de terminación y suspensión de tratados	61
6. Responsabilidad Internacional.....	68
6.1. Denuncia por Responsabilidad Internacional de los Estados.....	69
6.1.1. Respecto a la legitimación activa y pasiva.....	70
6.1.2. Condiciones y procedimiento de la denuncia.....	71
6.1.3. Consecuencias de la Responsabilidad Internacional	72
7. Hecho Ilícito Internacional.....	74
7.1. Concurrencia de los elementos objetivo y subjetivo	75
7.1.1. Elemento Objetivo: Comportamiento ilícito del Estado materializado en la violación de una obligación internacional	76
7.1.2. Elemento Subjetivo: Atribución del comportamiento ilícito internacional	79
7.1.3. Eximentes de ilicitud del hecho internacional.....	87
8. Algunas consideraciones finales del primer capítulo	95
CAPÍTULO II: REGULACIÓN PERUANA RESPECTO A LA JERARQUÍA QUE OSTENTAN LOS TRATADOS INTERNACIONALES	97
1. Posición jerárquica de los tratados internacionales en el Perú	98
1.1. Normas de primer grado	100
1.2. Normas de segundo grado	101
1.3. Normas de tercer grado	102

1.4. Normas de cuarto grado	103
1.5. Normas de quinto grado	103
2. Desarrollo de casos donde se advierte incompatibilidad normativa entre tratados internacionales y normas legales.....	104
3. Algunas consideraciones finales del segundo capítulo.....	127
CAPÍTULO III: LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE LOS ESTADOS POR CAUSAL DE INCUMPLIMIENTO DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES	129
1. A manera de introducción del tercer capítulo.....	130
2. Relación del Derecho Internacional y el Derecho nacional	131
2.1. Sistema Monista.....	132
2.2. Sistema Dualista.....	132
3. Tratamiento de las normas convencionales en el Derecho Interno	134
3.1. Sistema de incorporación de los tratados internacionales al Derecho Interno	135
3.2. Evolución de la Constitución Política del Perú de 1979 a la Constitución Política del Perú de 1993	137
3.3. Análisis de la normativa constitucional referente a tratados internacionales en la Constitución peruana de 1993.....	138
3.4. Aciertos y desaciertos del cambio de Constitución relativos a los tratados y las tres clases de tratados reconocidos en la Constitución Política del Perú de 1993.....	142
3.5. Algunas alternativas sobre el rango jerárquico para los tratados	144
3.6. Los criterios de orden interno <i>lex superior derogat legi inferior</i> y <i>lex posterior derogat priori</i>	149
3.7. Propuesta sobre la primacía y posterior jerarquía suprallegal de los tratados internacionales sobre normas legales en el ordenamiento jurídico peruano	150
4. Algunas consideraciones entorno a la Responsabilidad Internacional del Estado	

Peruano por incumplimiento de las obligaciones dimanantes de los tratados	154
5. Algunos alcances del Tribunal Constitucional recaídos en el Expediente N° 00018-2009-PI-TC en torno al control de constitucionalidad de las normas que ostentan rango de ley	158
6. Propuesta entorno a la creación de un órgano especializado de revisión de tratados Propuesta entorno a la ampliación de las facultades de los órganos de la Cancillería Peruana.....	160
CONCLUSIONES.....	162
SUGERENCIAS.....	164
REFERENCIAS.....	167
ANEXOS	189





**CAPÍTULO I:
LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN EL DERECHO INTERNACIONAL
PÚBLICO**

1. Definición de los tratados o acuerdos internacionales

La Convención de Viena sobre los tratados, como instrumento internacional regulatorio de los tratados internacionales, en el literal a) del inciso 1) de su artículo 2 define al tratado como “... un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”. (Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, 1969, artículo 2)

Debe tenerse en cuenta que los tratados internacionales pueden materializarse en convenios o acuerdos, protocolos, *modus vivendi*, actas, concordatos, compromisos, arreglos, cartas constitutivas, declaraciones, pactos, canje de notas, etc.; sin embargo, a manera de agruparlos en una misma familia, todos estos términos están comprendidos en el término tratado. (De la Guardia, 1997)

Por otra parte, el Tribunal Constitucional – en adelante TC – en sus argumentos 18 y 19 de la Sentencia N° 00047-2004-AI, define a los tratados como aquellas manifestaciones de voluntad adoptadas entre Estados, organismos internacionales o entre estos y aquellos; los acuerdos a los que arriban son regulados por instrumentos de Derecho internacional, estos son, normas, costumbres y fundamentos jurisprudenciales y doctrinarios de corte internacional. Por su parte, el ilustre profesor Carrillo (1992) denomina tratado internacional al acuerdo de voluntades de dos o más sujetos del Derecho Internacional Público que, mediante el simple acto de exteriorización de tales voluntades, están destinadas a producir efectos jurídicos que obligan a los sujetos intervinientes.

Asimismo, para Salmón (2017) los tratados internacionales comportan un conjunto de actos jurídicos típicos en el ámbito del Derecho Internacional, cuyo elemento característico radica en ser instrumentos previsibles, seguros y generalizados que consagran determinadas obligaciones internacionales consensuadas por y para los sujetos de Derecho Internacional Público.

De las definiciones descritas en líneas anteriores, se colige la implicancia de un conjunto de reglas de comportamiento celebradas entre los sujetos miembros de la comunidad internacional a través de la exteriorización objetiva de sus voluntades. Asimismo, se puede advertir que, de las definiciones parafraseadas,

resaltan al menos cinco elementos comunes que se procederán a analizar a continuación:

- a) Pacto internacional entre sujetos de Derecho Internacional Público: En efecto, para crear un tratado se requiere advertir simultaneidad o la presencia de un lapso razonable de tiempo entre las partes participantes al momento de materializar sus respectivos consentimientos – haciendo referencia para efectos de la presente tesis, a los tratados internacionales celebrados exclusivamente entre Estados –, es decir, se requiere la exteriorización de la voluntad común entre los Estados que suscriben el tratado, siendo que tal consenso de voluntades pueda manifestarse de manera simultánea o rigiendo un periodo de tiempo entre ambas voluntades. Cabe mencionarse que dicho elemento característico se diferencia de la declaración unilateral donde únicamente es requerida la puesta en conocimiento al destinatario. En ese sentido, se colige que la voluntad real mediante la cual ambas partes intervinientes – Estados soberanos – explicitan sus acuerdos adquiere la denominación de “manifestación de la voluntad” (Reuter, 1999).
- b) Celebración por escrito: En primer lugar, es necesario señalar que el Derecho Internacional reconoce el principio de libertad de forma; no obstante, en la medida de evitar posteriores problemas en la interpretación al momento de efectuarse la suscripción del tratado, se optó por la inteligibilidad y sencillez de la redacción y términos de los acuerdos arribados por los mismos Estados participantes, de manera que se aseguraba el desarrollo textual e interpretativo del tratado de forma escrita y literal; mientras que por otro lado, los tratados celebrados oral o verbalmente quedaron sujetos al régimen de la costumbre internacional. Lo que se pretendió con la Convención de Viena de los Tratados de 1969 era regular de forma más restringida a los tratados que hayan sido celebrados de forma escrita entre los Estados (Salmón, 2017). Sin embargo, nuevamente debe recalarse que, si bien se le otorga preferencia a la suscripción de los tratados materializados de forma escrita y literal, ello no es óbice para determinar abiertamente la validez o invalidez de aquellos tratados celebrados en términos verbales. (Novak & Garcia-Corrochano, 2016)
- c) Arreglado conforme a las normas de Derecho Internacional Público: Un tratado internacional se rige por los instrumentos del Derecho Internacional

Público y sólo de resultar aplicables al caso, se rigen por aquellas normas jurídicas específicas que integran el Derecho Internacional General, lo cual es útil para discriminar los tratados internacionales que se someten bajo la regulación del Derecho Internacional Público, de aquellos tratados, que si bien fueron celebrados entre Estados, se regulan bajo las directrices normativas del Derecho Interno de uno de los Estados suscribientes (Novak & García-Corrochano, 2016) Asimismo, el internacionalista Reuter (1994) infiere que la decisión de que los actos destinados a la celebración de los tratados sean regulados por las disposiciones del Derecho Internacional es una suerte de rechazo de las partes celebrantes a someterse a un determinado Derecho nacional. Por su parte, la abogada Salmón (2017) considera que, con el fin de evitar conflictos en torno al consenso de voluntades al celebrarse los tratados, se debe realizar una distinción entre aquellos acuerdos que se encuentran bajo la regulación del propio Derecho Interno de un determinado Estado interviniente – tal es el caso de los acuerdos celebrados por los Estados federados – de aquellos que por sus alcances y efectos jurídicos deben de acogerse a las normas del Derecho Internacional.

- d) Diferentes denominaciones: Como se hizo mención en líneas previas, a través de la historia, los tratados internacionales han sido referenciados bajo un sinnúmero de acepciones, tales como convenciones, compromisos, protocolos, concordatos, arreglos, plenos poderes, canjes de notas, etc., todas estas denominaciones fueron atribuidas en virtud de sus diferenciaciones meramente formales. En efecto, desde el punto de vista del carácter obligatorio de los compromisos internacionales y por las prácticas consuetudinarias del Derecho Internacional, es bien sabido que pueden ser asumidos bajo las formas de tratados, convenciones, declaraciones, acuerdos, protocolos o canjes de notas. (De la Lama, 1987) Sin embargo, a efectos de no dificultar las variadas referencias para un solo instrumento, el término tratado es el más adecuado para abarcar la gran variedad de denominaciones que los especialistas en la materia les otorgaron en diferentes periodos de tiempo.
- e) Consta en uno varios instrumentos conexos: Todos estos instrumentos internacionales accesorios deben de considerarse partes integrantes del instrumento principal (Novak & García-Corrochano, 2016). Por lo tanto, se debe eliminar la concepción de considerar que el tratado únicamente está

constituido por una parte principal, debiéndose considerarse de forma integral cualquier acto conexo al cuerpo articulado principal (Rodríguez, 1994). Cabe mencionar, que se convocaría un reconocido Principio General del Derecho que hace referencia respectivamente a que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

- f) Sus cláusulas producirán efectos si se hallan inmersas dentro del ámbito normativo: En términos generales, se hace referencia a que las cláusulas del tratado contengan en su redacción determinadas normas que establezcan que las conductas acordadas por los Estados sean permitas, prohibidas u obligatorias; en otros términos, para que un tratado sea considerado como tal, debe incluir en sus cláusulas ciertas proposiciones normativas, o en su defecto, definiciones claves de los términos jurídicos utilizados al momento de la redacción de cada cláusula del tratado. (Novak & García-Corrochano, 2016) Sin embargo, este elemento surge a partir de una propuesta de enmienda para que sea considerado como el sexto elemento a tener en cuenta al momento de analizar la definición de lo que debe entenderse por tratado; no obstante, este sexto elemento no fue acogido por mayoría, toda vez que los especialistas en la materia consideraron que es una idea implícita sobreentendida cuando se hace mención que los acuerdos internacionales se encuentran regulados por el Derecho Internacional Público. (Salmón, 2017)

2. Procedimiento para la celebración o conclusión de los tratados internacionales en el marco del Derecho Internacional y del Derecho Interno Peruano

A modo de desarrollar de manera eficaz el presente tema, se seguirá un esquema que desarrolla, en primer lugar, un análisis integral de las disposiciones de Derecho Internacional que regulan el proceso de celebración de los tratados; y, subsecuentemente, cómo son compatibilizadas tales disposiciones con las normativas del Derecho Interno Peruano.

Para lograr la consolidación de los vínculos internacionales entre Estados, se requiere que el proceso de celebración, elaboración – también conocido por el término “conclusión” – de tratados internacionales; reservas; enmiendas; interposición de nulidades; terminación o suspensión, deben ser llevado a la práctica conforme lo estipula la Convención de Viena sobre el Derecho de los

Tratados de 1969 aprobada por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. (Novak & García- Corrochano, 2016)

Paralelamente a ello, Ortiz (2018) señala que el Derecho nacional está habilitado para regular el procedimiento interno en torno al perfeccionamiento, eficacia nacional y rango jerárquico que se le conferirá al tratado, esto es, las medidas y procedimientos ejecutados por los órganos estatales competentes para dotar de viabilidad a un determinado tratado. Asimismo, Abugattas (2006) indica que el Derecho Interno de los Estados regulan la fase intermedia del procedimiento de celebración del tratado, es decir, el perfeccionamiento interno de los mismos que se acogen por defecto, a las directrices generales que orientan a los órganos competentes para la suscripción, perfeccionamiento e inscripción de los tratados, las cuales se encuentran contempladas en la Directiva N° 002-DGT/RE-2013 emitida mediante Resolución Ministerial del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Ahora bien, en la esfera internacional, algunos autores sostienen que la celebración del tratado debe entenderse como la operación mental que, acompañada de una serie de actos consecutivos, está destinada a perfeccionar un tratado internacional, el cual culmina con la firma de los representantes de cada Estado participante sin importar la exteriorización del consentimiento de los mismos para obligarse por el tratado toda vez que con la sola firma se entiende su conformidad de acogerse a lo estipulado en el instrumento internacional dejando de lado su Derecho Interno. (De la Guardia, 1997)

Al respecto, Dailler, Forteau & Pellet (2009) coligen que este procedimiento está constituido por tres etapas concatenadas, las cuales son: la negociación, la adopción y la manifestación del consentimiento, este último se realiza a través de los representantes de cada Estado imprescindiblemente. En complemento a ello, la Convención de Viena del 69, en su numeral 1 del artículo 7 establece los requerimientos que los representantes de los Estados deben ostentar al momento de efectuar una correcta celebración de los tratados internacionales:

1. Para la adopción o la autenticación del texto de un tratado, o para manifestar el consentimiento del Estado en obligarse por un tratado, se considerará que una persona representa a un Estado:

- a) si presenta los adecuados plenos poderes; o

b) si se deduce de la práctica seguida por los Estados interesados, o de otras circunstancias, que la intención de esos Estados ha sido considerar a esa persona representante del Estado para esos efectos y prescindir de la presentación de plenos poderes ... (Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, 1969, Artículo 7).

Adicional a ello, debe entenderse por plenos poderes al documento redactado por la autoridad estatal competente, a través de la cual se faculta a una o varias personas para efectuar la representación del Estado en cualquier etapa del proceso de celebración de los tratados, que abarca desde la expresión del consenso de obligarse por el tratado hasta la adopción o autenticación del mismo. (Casanovas & Rodrigo, 2013)

A raíz de lo anterior, al tenor del numeral 2 del artículo 7 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados aprobada por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (1969), se establece una excepción a lo estipulado en el numeral 1 del mismo instrumento, pues se reconoce la calidad de representantes de Estados sin la necesidad de la presentación de plenos poderes a:

... 2. En virtud de sus funciones, y sin tener que presentar plenos poderes, se considerará que representan a su Estado:

- a) los Jefes de Estado, jefes de gobierno y ministros de relaciones exteriores, para la ejecución de todos los actos relativos a la celebración de un tratado;
- b) los jefes de misión diplomática, para la adopción del texto de un tratado entre el Estado acreditante y el Estado ante el cual se encuentran acreditados;
- c) 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.

Siguiendo esta línea de ideas y en concordancia con el artículo 8 del mencionado instrumento internacional, en el caso que una persona no se encuentre en cualquiera de los tres supuestos, es decir, si en principio, una persona sin plenos poderes interviene en representación del Estado, este acto no producirá efectos, en tanto que el Estado – representado – proceda a confirmar posteriormente tal

actuación de representación de la persona que actuó sin plenos poderes. (Salmón, 2017)

Ahora bien, según el Derecho interno, de conformidad con el numeral 11 del artículo 118 de la Carta Magna de 1993 y el literal b) del artículo 7 del Decreto Supremo N° 135-2010-RE, Reglamento que precisa las funciones del Ministerio Relaciones Exteriores, se sabe que el Jefe de Estado y/o el Ministro de Relaciones Exteriores pueden prescindir de los plenos poderes para actuar en representación del Estado peruano (Ortiz, 2018).

De otra parte, se sabe que el Ministerio de Relaciones Exteriores es la entidad competente para llevar a cabo la negociación de los tratados, siendo que, en el supuesto que ciertos tratados revistan alto grado de complejidad por los tecnicismos que pueden contener en su redacción, el Ministerio en mención debe buscar apoyo técnico de los otros sectores e instituciones vinculadas con el proceso de negociación de los tratados, tales como Dirección General de Tratados. (Dirección General de Tratados, 2013, artículos 2.1.1 y 2.1.2 de la Directiva N° 002-DGT/RE-2013)

De la misma manera, se reconoce el carácter esencial de las opiniones técnicas de los sectores que se relacionen con la materia contemplada en el tratado, pues estas son requisitos indispensable para que la suscripción de los tratados sean solemnes o simplificados; adicional a ello, se estipula que el mismo Ministerio de Relaciones Exteriores también deberá emitir opinión sustantiva sobre la propuesta de tratado; y, tratándose de materia tributaria, es imprescindible la participación del Ministerio de Economía y Finanzas mediante propia opinión técnica. (Dirección General de Tratados, 2013, artículos 2.2.1; 2.2.2; 2.2.4; 2.2.5 y 2.2.6 de la Directiva N° 002-DGT/RE-2013)

2.1. Etapa de formación

Cabe precisarse que la precitada Convención no proporciona una definición sobre lo que debe entenderse por “celebración de los tratados”; sin embargo, sí queda claramente definido las cuatro etapas que comprende este proceso de celebración. Estas etapas son: la negociación, adopción, autenticación y manifestación del consentimiento. Es preciso señalar que, entre las etapas de autenticación y manifestación del consentimiento consideradas por el Derecho

Internacional, existe una transición al Derecho interno para su análisis y perfeccionamiento, siendo que, una vez cumplida esa adaptación interna, el Estado firmante debe de comunicar mediante notas diplomáticas a los demás Estados la manifestación o exteriorización de su voluntad de quedar vinculado a las obligaciones establecidas en el tratado.

2.1.1. La Negociación

En palabras de Remiro (2010) la negociación abarca todas aquellas conversaciones, discusiones, y/o deliberaciones de propuestas o contrapropuestas a debatir entre los representantes de los Estados participantes debidamente autorizados para la celebración del tratado, ello a efectos de establecer en consenso el contenido del acuerdo. Daillier, Forteau & Pellet (2009) señalan que el enfoque en esta etapa se encuentra en la discusión sobre el contenido y formulación del tratado; asimismo, dado que la Convención de Viena del 69 no regula el proceso de negociación, esta debe ir precedida indubitablemente del principio de buena fe como deber jurídico.

En complemento a ello, se tiene que esta obligación posee dos facetas una positiva que consta en las acciones de negociación y concesiones; y una negativa que se manifiesta en la abstención de conductas que frustren las negociaciones ocasionando la desnaturalización o pérdida del objeto del tratado por lo que, en aras de salvaguardar el dinamismo de la negociación, resulta necesario la incorporación de determinados actos preparatorios antes de iniciar la etapa de negociación. (Salmón, 2017)

En síntesis, los especialistas en la materia Casanovas & Rodrigo, (2013) señalan que dada la carencia de normativa expresa en la mencionada Convención de tratados internacionales, la etapa inicial del proceso de negociación de tratados, son regulados en el marco de la costumbre internacional y el Derecho convencional, llevándose a cabo a través de determinadas conversaciones directas y discretas – en su mayoría – entre los servicios diplomáticos o consulares de los Estados para debatir sobre la elaboración del documento, o en su defecto, a través

de conferencias diplomáticas parlamentarias promovidas por algún Estado u Organización Internacional, bajo esta premisa surgen mayores espacios para el debate generalmente.

2.1.2. La Adopción del texto

Una vez superada la negociación, se lleva a cabo el proceso de adopción del texto, el cual puede definirse como el procedimiento por el cual se establece el texto del tratado que contiene todas las negociaciones a las que arribaron los representantes de los Estados miembros, en otras palabras, es el proceso mediante el cual se arriba a la formulación concreta del acuerdo sobre el proyecto del texto de los tratados, consensuándose el idioma o idiomas en el que serán redactados además de sus estructuras – que desde una percepción formalista-tradicionalista – usualmente están compuestas por un preámbulo y una parte dispositiva. (Novak & García-Corrochano, 2016)

A raíz de los numerales 1 y 2 establecidos en el artículo 9 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados permite establecer una clara distinción entre los procesos de negociación y adopción, ello a raíz de que se explicita como se materializa la adopción de un tratado:

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. (Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, 1969, artículo 9, numerales 1 y 2)

Del artículo en mención, se advierte que en un primer momento la adopción se da por el mutuo consenso de los Estados participantes; y en un segundo momento – tratándose de una conferencia internacional para celebrar tratados multilaterales– se materializará por mayoría de

dos tercios de los Estados presentes y votantes, salvo que los Estados opten por aplicar una regla diferente. (Remiro, 2010)

Evidentemente, el numeral 1 del artículo 9 se encuentra precedido por el principio de unanimidad por el cual todos los Estados deben manifestar su aprobación del texto del tratado, sienta este aplicable a los tratados bilaterales o de pocos Estados concurrentes; caso distinto opera en la adopción de los tratados multilaterales, pues tal como se detalla en el numeral 2 del precitado artículo, estos tratados ostentan mayor complejidad por el mayor número de Estados participantes, razón por la que se aplica el método parlamentario – cuya regla de votación es la mayoría de los dos tercios para la adopción del tratado– más que un simple consenso unánime. (Remiro, 2010)

Por último, se concuerda con la doctora Salmón (2017) cuando aduce que esta etapa se efectúa paralelamente al proceso de autenticación del texto del tratado el cual será analizado a continuación.

2.1.3. La Autenticación del texto

Este acto es de vital importancia de análisis para los Estados participantes ya que es en este proceso en el que se verifica que el texto del tratado es definitivo, correcto y auténtico y permite a los Estados intervinientes conocer de forma definitiva e inamovible el contenido del tratado a suscribir, pues este no podrá ser modificado posteriormente, salvo se realice mediante el proceso de enmiendas o la modificación previa comunicación a los demás Estados parte. (Novak & García-Corrochano, 2016)

El doctor Novak (1998) precisó que, en anteriores épocas, la firma con la cual los Estados suscribían los tratados formaba parte del procedimiento de autenticación; no obstante, a la actualidad esta es entendida como el acto mediante el cual, el Estado exterioriza su consentimiento de obligarse ante las disposiciones que contiene un tratado, es decir, posee una función ratificadora de aceptación o aprobación del tratado.

Por su parte, el artículo 10 de la mencionada Convención de Viena

sobre el Derecho de los Tratados aprobada por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (1969), reconoce expresamente dos procedimientos para realizar la autenticación del texto del tratado:

El texto de un tratado quedara 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.

Como se puede advertir, este artículo no estipula ningún método de autenticación pues en su literal a) otorga libertad a los Estados concurrentes para negociar el procedimiento de autenticación; y a ausencia del mismo, en el literal b) establece que cualquiera de los tres tipos de firma detalladas será válidas al momento de autenticar el texto del tratado. Para complementar lo anterior, Casanovas & Rodrigo (2013) señalan que las firmas contenidas en el literal b) – firma *ad referendum* o rúbrica – se utilizan para acreditar que el objeto exclusivo del acto del representante del Estado interviniente es autenticar el texto del tratado, mismo que requerirá un acto futuro para materializar su manifestación de la voluntad.

A modo de concluir con este apartado, debe tenerse en cuenta que el proceso de autenticación del texto del tratado juega un rol esencial por cuanto permite obtener conocimiento definitivo sobre el contenido del tratado antes de suscribirlo; asimismo, si bien es cierto este acto no denota obligación formal para los Estados en lo referido al texto de dicho acuerdo, sí les obliga, en virtud del principio de Buena Fe, el abstenerse rotundamente de ejercer cualquier acto que pueda vulnerar el objeto y fin del tratado. (Novak & García-Corrochano, 2016)

2.2. Etapa de la exteriorización del consentimiento de las partes firmantes

Para el Derecho Internacional, culminado el proceso de autenticación del texto

del tratado, la estructuración de su texto también finaliza, sin embargo, este aun no denota obligatoriedad vinculante para los Estados firmantes, pues dicha obligación será consolidada en la etapa de manifestación de voluntades; ello sin desconocer que los Estados, en virtud del principio de Buena Fe, están prohibidos de materializar cualquier tipo de conductas que vulneren el objeto y fin del tratado y tienen derecho de ser comunicados de todos los actos que se realicen en relación al tratado autenticado. (Diez de Velasco, 2013)

En definitiva, puede suscitarse el caso que a pesar de que un Estado haya adoptado y autenticado un tratado, este puede que no manifieste su consentimiento de obligarse a las disposiciones que se establecen en el texto (Salmón, 2017). Ello, en consideración al artículo 18 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del año 1969 cuya redacción literal establece:

Un Estado deberá abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustren el objeto y el fin de un tratado:

- a) si ha firmado el tratado o a canjeado instrumentos que constituyen el tratado a reserva de ratificación, aceptación o aprobación, mientras no haya manifestado su intención de no llegar a ser parte en el tratado; o
- b) si ha manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado, durante el periodo que preceda a la entrada en vigor del mismo y siempre que esta no se retarde indebidamente. (Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, 1969, artículo 18)

Tal como se desprende de dicho artículo, un Estado a pesar de haber negociado, adoptado y autenticado un determinado tratado, este no está obligado a manifestar su voluntad de someterse a las obligaciones dimanantes del mismo, en tanto haya manifestado su intención de no formar parte. En efecto, es en dicha etapa donde los Estados firmantes del tratado a través de sus diversos órganos internos – en especial mención del Ministerio de Relaciones Exteriores perteneciente al Poder Ejecutivo y Congreso de la República en representación del Poder Legislativo –, en un determinado periodo de tiempo, fijan ciertos procedimientos internos mediante los cuales

sus gobiernos busquen concretar la exteriorización del consentimiento del tratado firmado. (Novak & García-Corrochano, 2016)

Estando a las anteriores consideraciones, es pertinente mencionar del mismo modo el artículo 11 del mencionado instrumento internacional, pues establece las formas mediante las cuales un Estado puede ser obligado por el tratado. Es de entenderse que dicho articulado estipula una pluralidad de modos para que los Estados escojan libremente el tipo de firma a utilizar a efectos de quedar obligados por las disposiciones que dimanen del tratado – adquiriendo la denominación de Estados contratantes –, siendo estas formas: la firma, el canje de instrumentos que constituyan un tratado, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión, o en cualquier otra forma que se hubiere convenido, mismas que pueden ser clasificadas en formas simplificadas, complejas e intermedias.

2.2.1. La Adopción Simplificada

En el Derecho Internacional la validez y eficacia de un tratado no depende en absoluto de la forma empleada para la manifestación de la voluntad de los Estados; sin embargo, dado que las relaciones internacionales comienzan a ir en aumento de manera continua, se necesita que los acuerdos arribados sean efectivos de forma rápida y simple. Por lo tanto, el rol que posee el Ejecutivo es de vital importancia si se desea simplificar e incluso erradicar el formalismo trafo del procedimiento parlamentario. (Novak & García-Corrochano, 2016)

De esto se desprende que los mecanismos que en la actualidad poseen mayor uso son las firmas y los canjes de notas, instrumentos internacionales mediante los cuales se reconocía pleno valor a los tratados adoptados por los Estados negociantes. Remotamente, los tradicionalistas defendían la exclusividad del acto de la ratificación para dotar de validez a un tratado; no obstante, dado el notable incremento de los compromisos internacionales, la relatoría de la Comisión de Derecho Internacional propuso indirectamente la supresión del proceso de ratificación, reconociendo su pertinencia

únicamente en el supuesto que el tratado lo establezca expresamente, dando cabida a que por la sola firma de los Estados, se puedan celebrar los tratados internacionales. (Novak & Garcia-Corrochano, 2016)

En otras palabras, como lo diría Salmón (2017) habría la posibilidad de que la firma sea el medio por el cual se autentique un texto, además de ser garante de la exteriorización del consentimiento de los Estados firmantes. A raíz de lo anterior, y concordando con De la Guardia (1997), surgió un gran debate entre tres posiciones claramente divididas, una de ellas fue la posición latinoamericana que sostenía a la ratificación como regla general y otras formas distintas a ella – tales como la firma – como excepciones a la regla. Por otro lado, la posición adoptada por Suiza y otros que sostenían a la firma como regla general sin que medien excepciones, y finalmente la posición intermedia que defendía lo establecido en el texto de la Comisión de Derecho Internacional – mencionada en líneas anteriores –, esta última prevaleció sobre las otras posturas. (Novak & García-Corrochano, 2016)

En complemento y soporte a la posición intermedia, el artículo 12 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, señala lo siguiente:

El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado se manifestará mediante la firma de su representante:

- a) cuando el tratado disponga que la firma tendrá ese efecto;
- b) cuando conste de otro modo que los Estados negociadores han convenido que la firma tenga ese efecto;
- c) cuando la intención del Estado de dar ese efecto a la firma se desprenda de los plenos poderes de su representante o se haya manifestado durante la negociación...

2. Para los efectos del párrafo 1:

- a) la rúbrica de un texto equivaldrá a la firma del tratado cuando conste que los Estados negociadores así lo han convenido;

b) la firma "*ad referendum*" de un tratado por un representante equivaldrá a la firma definitiva del tratado si su Estado la confirma. (Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, 1969, Artículo 12)

En conclusión, los tratados celebrados de manera simplificada son los acuerdos que no siguen la línea tradicionalista que imperaba en aquellos tiempos, por lo que no era de obligatoriedad el acto de ratificación por parte de la autoridad competente en el ordenamiento interno para el perfeccionamiento del tratado, pues era posible autorizarse de forma expresa o tácita la exteriorización de la voluntad mediante la sola firma del representante – en aquellos casos donde versen cuestiones técnicas o de menor importancia –.

2.2.2. La Adopción Compleja

Es en esta modalidad compleja opera la ratificación, usualmente realizada en aquellas materias de mayor importancia donde la presencia de un controlador legislativo es requerida pues se trata de un procedimiento complejo (Novak & Garcia-Corrochano, 2016).

Es imprescindible precisar que tal como lo señala Gamero (2008), el acto de ratificación en el marco internacional es distinto a la ratificación interna de la esfera nacional, pues en este último, el Estado puede establecer el cumplimiento de algunos requisitos en concordancia con sus preceptos constitucionales a efectos de que el tratado pueda ser aplicado eficazmente. De esta forma, la entidad competente examinará que la forma y fondo del tratado no colisionen con normativa constitucional para que, posteriormente, el jefe de Estado reafirme la decisión adoptada de obligar al Estado a un tratado internacional.

Por su parte, Ortiz (2018) afirma que el acto de perfeccionamiento en el Derecho interno contempla a su vez al acto de aprobación y ratificación, siendo que a efectos del Derecho nacional la aprobación hace referencia a la autorización del Congreso a través de resoluciones legislativas a fin de que el Poder Ejecutivo celebre tratados. En la misma línea, Hakansson (2012) denomina al acto de ratificación como

aquel acto interno por el cual el Presidente, en representación del Poder ejecutivo y mediante la expedición de un decreto supremo – a través del Ministerio de Relaciones Exteriores –, decide comprometer al Estado a dar cumplimiento a las obligaciones dimanantes de un tratado.

Contrariamente a lo anterior, la ratificación internacional puede definirse como aquel acto formal de corte internacional mediante el cual, el Jefe de Estado viabiliza la comunicación a los demás Jefes de Estado su compromiso solemne de obligarse al tratado – ello mediante la expedición de notas de canje –, de esta forma se valida la firma de su representante designado para el proceso de celebración del tratado. (Novak & García-Corrochano, 2016)

Ahora bien, los literales a) y b) pertenecientes al numeral 1 del artículo 14 de la Convención de Viena sobre los Tratados del 69 coligen lo siguiente:

1. El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado se manifestará mediante la ratificación:
 - a) cuando el tratado disponga que tal consentimiento debe manifestarse mediante la ratificación;
 - b) cuando conste de otro modo que los Estados negociadores han convenido que se exija la ratificación;
 - c) cuando el representante del Estado haya firmado el tratado a reserva de ratificación; o
 - d) cuando la intención del Estado de firmar el tratado a reserva de ratificación se desprenda de los plenos poderes de su representante o se haya manifestado durante la negociación... (Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, 1969, artículo 14)

En consideración al precitado artículo, se denomina ratificación al acto formal libre mediante el cual el jefe de Estado – en la mayoría de los casos el Presidente de la República – valida o confirma la veracidad de la firma del representante del Estado negociante designado para la

celebración del tratado; es decir, confirma finalmente los plenos poderes que le fueron concedidos al cuerpo diplomático que representó al Estado en la elaboración del tratado, siempre que haya previa aprobación del órgano legislativo competente. (Novak & García- Corrochano, 2016)

De hecho, en palabras de Salmón (2017) la ratificación era la forma privilegiada de perfeccionar la manifestación de la voluntad definitiva de los Estados materializada en forma de una nota que contiene la promesa de obligarse frente a las disposiciones que dimanen del texto del tratado, dicha nota de ratificación son medios de comunicación entre los Jefes de Estados que manifiesten su interés.

A modo de concluir con este subtema, la ratificación se caracteriza por ser un acto libre, por lo que aquellos Estados que llegaron a suscribir el tratado, no están obligados a ratificarlo sin que ello configure causal de responsabilidad internacional; ergo, la negación a la ratificación podrá afectar las relaciones futuras con los otros Estados por ser concebida como una conducta descortés hasta incluso afectar la economía del tratado, pero a pesar de ello no se estaría configurando un acto ilícito. (Novak & García-Corrochano, 2016)

2.2.3. La Adopción Intermedia

Ahora bien, en el segundo párrafo del artículo contenido en el numeral 2 del artículo 14 de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados aprobada por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (1969), se precisa lo siguiente:

... 2. El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado se manifestará mediante la aceptación o la aprobación en condiciones semejantes a las que rigen para la ratificación.

Anteriormente, “aceptación y aprobación” se encontraban en artículos distintos ya que aducían a significados diferentes, estos son, como aquella expresión del consentimiento con el que se obligaban sin necesidad de firma o como aquella ratificación posterior a la firma (Novak, 1998). Sin embargo, a la actualidad, en algunos instrumentos

internacionales se comenzó a emplear el término “aprobación” por sobre el término “aceptación” ambos haciendo referencia a los mismos efectos jurídicos que se desplegaban.

Finalmente, como esta corriente doctrinaria buscaba una forma simple de realizar el acto de la ratificación, se implementó lo que se conoce como “firma a reserva de aceptación”, la cual facilitaba la incorporación posterior de aquellos Estados que contenían procedimientos constitucionales distintos, pues se les permitía analizar el tratado que no estaban obligados a ratificar para luego manifestar su aprobación. (Novak & García-Corrochano, 2016)

2.2.4. Otros mecanismos de exteriorización del consentimiento

Este es el supuesto relacionado al acto unilateral de la adhesión, el cual es recogido en el artículo 15 de la mencionada Convención, en los siguientes términos:

El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado se manifestará mediante la adhesión:

- a) cuando el tratado disponga que ese Estado puede manifestar tal consentimiento mediante la adhesión;
- b) cuando conste de otro modo que los Estados negociadores han convenido que ese Estado puede manifestar tal consentimiento mediante la adhesión; o
- c) cuando todas las partes hayan consentido ulteriormente que ese Estado puede manifestar tal consentimiento mediante la adhesión. (Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, 1969, artículo 15)

En palabras de los especialistas Novak y García-Corrochano (2016), definen a la adhesión como el procedimiento unilateral mediante el cual un Estado ingresa a formar parte de un tratado en el que no participó en la negociación previa y en la calidad de signatario; en otras palabras, se hace referencia a aquel Estado que no intervino en los periodos primigenios de la creación del tratado, estos son, en la etapa negociadora, adoptiva, autenticadora o incluso, en la etapa final del

proceso que consolida la manifestación de quedar obligado por el tratado con la firma y/o sello del actor facultado, pero que dada la naturaleza flexible de la adhesión, este ingresa a formar parte del tratado en cualquiera de las fases de este proceso del tratado.

En tal medida, este acto unilateral de adhesión se materializa en aquellos tratados abiertos o aquellos que, si bien fueron cerrados, optaron por la incorporación mediante la reformulación o modificación de las cláusulas convencionales del tratado a nuevos Estados miembros, e incluso en aquellos tratados que se encuentran pendiente de tener vigencia. (Remiro, 2010)

2.2.5. Constatación del consentimiento otorgado

Al tenor del artículo 16 de la mencionada Convención, se tiene que en los literales a) y b) del artículo precitado, contiene las formas comunes y tradicionales aceptadas por la costumbre y la doctrina internacional – el “canje” tratándose de aquellos tratados sinalagmáticos y el “depósito” tratándose de tratados multilaterales –. Por el contrario, el tercer literal contiene una práctica no tan frecuente en la práctica que se encuentra directamente relacionada con la notificación a los Estados firmantes del tratado (De la Guardia, 1997).

Con relación al canje de instrumentos, el acuerdo se encuentra explícito en instrumentos diferentes, pero con contenido similar, los cuales son transferidos entre los Estados intervinientes con el fin de que cada parte posea el canje – el cual se materializa en la mayoría de las veces en forma de cartas o notas firmadas por el Estado parte –. (Salmón, 2017)

Ahora bien, como mencionan Novak y García-Corrochano (2016), el consentimiento exteriorizado por el Estado contratante de querer obligarse al tratado produce todos sus efectos frente a los otros Estados parte en el momento en que se realiza el acto del canje; por otro lado, la manifestación del conocimiento comienza a surtir efectos cuando los otros Estados contratantes reciban la notificación.

Con lo que respecta a los depósitos de los tratados, estos se originan en la práctica en la medida que facilita la resolución de los inconvenientes

advertidos en relación los actos de registro e inscripción de los tratados presentados por un gran número de Estados concurrentes. Razón por la cual, la precitada Convención en el su artículo 76 regula la designación del depositario para un determinado tratado multilateral – en la mayoría de las veces el depositario es el Estado en el que se celebró el tratado – entre las diversas funciones que se le asignan al depositario, resaltan las de custodia, recepción y comunicación de aspectos de mero trámite para la gestión del tratado. (Ortiz, 2018)

De conformidad con lo esbozado anteriormente, concordamos con la posición sostenida por los especialistas Casanovas y Rodrigo (2013) cuando definen a estos instrumentos como formas más modernas e informales de manifestación de consentimiento a diferencia de los procesos de ratificación o la adhesión, toda vez que su procedimiento interno de aprobación es más flexible y simple al ser emanados por el jefe de Estado, o en su defecto por los ministros de relaciones exteriores y aprobadas por el Ejecutivo conforme a las normas internas del Estado.

2.3. Etapa de aprobación para la entrada en vigor del tratado

Cuando un acuerdo internacional adquiere fuerza obligatoria vinculante alude a que ha comenzado a surtir efectos jurídicos dentro del ordenamiento interno, siendo que el Estado contratante ingresa a formar parte del mismo tratado de forma directa (De la Guardia, 1997). Accesoriamente, el artículo 24 de la Convención de Viena reconoce ciertas liberalidades para que los Estados miembros determinen las condiciones y modalidades de la entrada en vigor de los tratados, estos últimos son establecidos en su mayoría en las cláusulas finales del acuerdo (Salmón, 2017).

Analizando el articulado en mención, se advierte que los tratados adoptados de forma simplificada poseen vigencia a partir del día en el que fueron firmados o en el día en que se llevó a cabo el canje de instrumentos; mientras que los tratados que revisten de forma compleja su fecha de vigencia se computan a partir de que se haya efectuado el depósito de una cantidad de instrumentos de ratificación o adhesión. Por otro lado, el cuarto literal fue adicionado con el objeto de facilitar la aplicación del tratado ya que reconoce la posibilidad de

que disposiciones tácitamente reconocidas por los Estados contratantes, puedan producir sus efectos si necesidad de que el tratado en general entre formalmente en vigencia, ello interpretado en concordancia con el artículo 25 de la Convención. (Novak & García-Corrochano, 2016)

2.4. Etapa de registro y publicación del tratado

Una vez concretada la fecha de vigencia de un determinado tratado, según el artículo 80 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados aprobada por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, se remitirá a la Secretaría de las Organización de las Naciones Unidas para su adecuado registro o archivo – para Estados no miembros – de inscripción y posterior publicación.

Novak y García Corrochano (2016) consideran que dar inscripción y publicidad a un tratado es requisito obligatorio para la aplicación plena del tratado, por lo que en el supuesto que se omita dichas obligaciones el Estado miembro no podrá invocar dicho tratado ante ninguna organización internacional; vale decir que el tratado podrá ser válido y surtir todos sus efectos, pero este no será reconocido por las organizaciones internacionales. En relación con lo anterior, se puede colegir que la ausencia de registro o la inscripción tardía no generan consecuencias sobre la validez del tratado, pues esta sólo deberá ser determinada por condiciones de fondo y no por un mero trámite.

A modo de precisar concretamente, la registración del tratado será tramitado de oficio cuando los Estados miembros autorizan el registro, en su defecto será mediante petición de cualquiera de los Estados parte. En tanto el tratado se encuentre registrado debidamente será publicado en la denominada Treaty Series o en otros tipos de registro dependiendo de la Organización internacional (Novak & García-Corrochano, 2016). Por lo tanto, en el marco del Derecho interno peruano, del artículo 129 establecido en el Decreto Supremo N° 135-2010-RE, se desprende una larga lista de atribuciones referentes al registro y archivamiento de los tratados, las cuales son de competencia exclusiva de la Dirección General de Tratados, cabe resaltarse que dicha lista de atribuciones es *numerus apertus* pues contempla en su literal p) otras funciones adicionales que le sean solicitadas.

Ahora bien, con lo que respecta la entrada en vigor de un tratado, en el marco del Derecho interno se realiza una interpretación sistemática del artículo 55 de la Constitución vigente con los artículos 3 y 4 de la Ley N° 26647 Ley que establece normas que regulan actos relativos al perfeccionamiento nacional de los tratados celebrados por el Estado Peruano – en adelante, Ley N° 26647 – se sabe que como lo menciona Ortiz (2018), esta depende de las condiciones que se hayan establecido en el texto del tratado; ergo, no ingresará a formar parte del Derecho interno hasta que se cumplan tales condiciones, adicionalmente a ello, a fin de garantizar la exigibilidad y seguridad jurídica del tratado, este debe ser formalmente publicado como texto completo en el Diario Oficial del país. En esa misma línea, el maestro Abugattas (2006) colige que, a diferencia de una norma legal expedida por la propia legislación interna, la falta de publicidad formal de un tratado no frustra su vigencia, pero sí su exigibilidad en el Derecho interno que muy probablemente origine una responsabilidad internacional que el Estado deba afrontar futuramente.

De hecho, debe recalcarse que un tratado será exigible en el ordenamiento interno siempre que se publique la integridad de su texto además de conocer certeramente la fecha en que éste entre en vigencia; de esta forma se salvaguarda el principio de seguridad jurídica a fin de que facilite la aplicación del tratado por las instituciones competentes y que puede ser invocado por los nacionales. (Hakinson, 2012)

3. Las Reservas a los tratados internacionales

Usualmente en la celebración de tratados multilaterales, los Estados miembro no siempre se encontrarán de acuerdo de forma unánime con todas las disposiciones dimanantes del tratado, por lo que a fin de evitar su exclusión de los mismos, la Convención de Viena ha reconocido algunas flexibilidades que posibilitan a los Estados en desacuerdo a modificar o, en su defecto, autoexcluirse parcialmente de ciertas estipulaciones que contienen derechos y obligaciones referidas a materias, supuestos o sujetos de las cuales se consideran en desacuerdo por sus diferentes estructuras políticas, sociales y legales, estos instrumentos son denominados “reservas internacionales”. (Ortiz, 2018)

En palabras de la especialista Salmón (2017) las reservas son aquellos

instrumentos o mecanismos de los que se valen los Estados para modificar o excluirse del ámbito de aplicación de determinadas disposiciones contenidas en las cláusulas del tratado. Por su parte, Novak y García-Corrochano (2016) definen a las reservas como los actos de declaración unilateral propuesta por un Estado al momento de la firma, ratificación, adhesión, aceptación o aprobación de un tratado a efectos de excluirse o alterar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones que obligan a dicho Estado. Esta definición es la misma que recoge el literal d) de su artículo 2 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados aprobada por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (1969) en los términos siguientes:

Para efectos de la presente Convención: ... d) se entiende por "reserva" una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado ...

La definición recogida en el precitado artículo se caracteriza por ser de carácter amplio, comprendiendo no solo las reservas que excluyen la aplicación de cláusulas, sino también las denominadas reservas modificatorias, las cuales restringen la aplicación mediante modificación de los efectos jurídicos de determinadas cláusulas del tratado. (Ortiz, 2018)

Ahora bien, al hablar de las reservas estamos inmiscuyéndonos en un tema de mucha controversia, toda vez que una gran parte de la doctrina sostiene que el objeto de estos instrumentos vulneran el principio de integridad de los tratados pues comportan un posible perjuicio, originando una suerte de fragmentación del equilibrio entre obligaciones y derechos de los Estados participantes, con especial razón si hablamos de los tratados bilaterales – debido a la cantidad mínima de intervinientes –, en los cuales la única forma de modificar sus disposiciones son por medio de las enmiendas y no mediante reservas. La diferencia radica en el número de Estados sobre los cuales se excluirá o modificará la aplicación de las disposiciones del tratado, pues en las enmiendas se modifican los términos del tratado para todas las partes participantes, mientras que en las reservas se realiza de

manera individualizada para el Estado que peticiona la reserva. Sin embargo, para unos autores como Reuter, Thierry y Combacau e incluso para la Comisión Internacional de Derecho Internacional, sostienen una mínima posibilidad técnica de utilizar reservas en los tratados internacionales bilaterales, pero no las recomiendan por ser impracticables, sugiriendo su rechazo definitivo y optar por la aplicación de las enmiendas. (Novak & García-Corrochano, 2016)

En ese sentido, las reservas son instrumentos propios de los tratados internacionales multilaterales y terminan siendo portadoras de grandes beneficios como su practicidad para lograr la intervención de los Estados negociantes, independientemente de su expresión de conformidad de manera total o parcial con las estipulaciones del tratado.

3.1. La oportunidad de formulación de la reserva

Ahora bien, para la correcta elaboración de una reserva se advierten tres partes intervinientes: el Estado que solicita la reserva, el Estado que acepta la reserva y el Estado que cuestiona u objeta dicha reserva (Salmón, 2017). Dicha Convención de los tratados internacionales en su artículo 19 contempla ciertas excepciones para los Estados al optar por solicitar una determinada reserva. De lo consagrado en tal artículo, se puede advertir la imposibilidad de que una reserva sea interpuesta en cualquier momento, pues de acuerdo con el precitado artículo la regla general es que las reservas son admitidas en la firma, ratificación, adhesión, aceptación o aprobación de un tratado, con excepción de los tres supuestos contemplados en los literales a), b) y c) del artículo 19.

Respecto al primer literal, este contiene la excepción referida a la prohibición expresa reconocida en el mismo tratado; el segundo literal consigna el supuesto de exclusividad de la aplicación de cierto tipo de reserva; y finalmente, el tercer supuesto contiene una suerte de inhabilitación para los Estados miembros de solicitar reservas en caso se advierta la incompatibilidad de la reserva con el objeto y fin del determinado tratado. (Salmón, 2017)

Por otro lado, una reserva posee ciertas formalidades para considerarse como válida, algunas de ellas son el consignarlas en formato escrito y plasmadas en un instrumento diplomático. En efecto, las demás formalidades

dependerán del momento en el que se soliciten las reservas:

- Si es formulada al momento de la firma, la reserva debe estar incluida en el documento original del tratado;
- Si es formulada al momento de realizar la adhesión o la ratificación, debe encontrarse contenida en el mismo instrumento que contenga la adhesión o la ratificación; y
- También existe la posibilidad de que una reserva pueda ser formulada en un protocolo separado. (Novak & García-Corrochano, 2016)

3.2. La autorización y retiro de la reserva

Los numerales 1; 2; 3; 4 y 5 contemplados en el artículo 20 de la Convención de Viena sobre los Tratados, establece que:

1. Una reserva expresamente autorizada por el tratado no exigirá la aceptación ulterior de los demás Estados contratantes, a menos que el tratado así lo disponga;
2. Cuando del número reducido de Estados negociadores y del objeto y del fin del tratado se desprenda que la aplicación del tratado en su integridad entre todas las partes es condición esencial del consentimiento de cada una de ellas en obligarse por el tratado, una reserva exigirá la aceptación de todas las partes;
3. Cuando el tratado sea un instrumento constitutivo de una organización internacional y a menos que en él se disponga otra cosa, una reserva exigirá la aceptación del órgano competente de esa organización;
4. En los casos no previstos en los párrafos precedentes y a menos que el tratado disponga otra cosa:
 - a) la aceptación de una reserva por otro Estado contratante constituirá al Estado autor de la reserva en parte en el tratado en relación con ese Estado sí el tratado ya está en vigor o cuando entre en vigor para esos Estados;
 - b) la objeción hecha por otro Estado contratante a una reserva no impedirá la entrada en vigor del tratado entre el Estado que haya hecho la objeción y el Estado autor de la reserva, a menos que el Estado autor de la objeción manifieste inequívocamente la intención contraria;

c) un acto por el que un Estado manifieste su consentimiento en obligarse por un tratado y que contenga una reserva surtirá efecto en cuanto acepte la reserva al menos otro Estado contratante.

5. Para los efectos de los párrafos 2 y 4. y a menos que el tratado disponga otra cosa, se considerara que una reserva ha sido aceptada por un Estado cuando este no ha formulado ninguna objeción a la reserva dentro de los doce meses siguientes a la fecha en que hayan recibido la notificación de la reserva o en la fecha en que haya manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado si esta última es posterior. (Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, 1969, artículo 20, numerales 1; 2; 3; 4 y 5)

Se colige de lo consagrado en este extenso articulado, que el consentimiento es la base primordial para que una reserva sea válida, pues el principio de soberanía surte efectos tanto para el Estado reservante, para el Estado aceptante o para el Estado opositor de la reserva. (Novak & García-Corrochano, 2016)

En un primer momento, Salmón (2017) alude que la aprobación expresa puede darse en el momento de la formulación de la reserva o previamente con el mismo documento que contiene al tratado; en el segundo apartado se establece la aprobación de la reserva debe darse por todos los Estados que han exteriorizado su voluntad de estar obligados por el tratado aunque este no tenga fecha de vigencia; en el tercer párrafo del artículo se estima la aceptación del mismo órgano competente de las organizaciones internacionales tratándose de tratados constitutivos de organizaciones internacionales; paralelamente, en el cuarto párrafo se establecen tres normas aplicables en los casos que no encajen en los supuestos anteriormente normados. Finalmente, en el quinto párrafo se hace referencia a la aceptación tácita o automática en el supuesto de que el Estado haya manifestado con anterioridad su consentimiento, en el que se asigna un plazo de doce meses para cuestionar u objetar la reserva, y el supuesto de que la manifestación del consentimiento sea posterior, siendo que, si la objeción no se realiza en el mismo momento de efectuada la exteriorización de la voluntad, se considera aceptada la reserva. (Novak & García-Corrochano, 2016)

3.3. Los efectos jurídicos desplegados

Tales consecuencias jurídicas se determinan en función de las consecuencias jurídicas que estas producen entre los Estados parte de un tratado, estas se encuentran reguladas en el artículo 21 de la mencionada Convención. En tal sentido, se tiene que los dos primeros párrafos hacen referencia al condicionamiento de los efectos jurídicos que de forma recíproca y exclusiva se originarán entre el Estado autor de la reserva y los Estados aceptantes de la misma únicamente sobre aquellas disposiciones que fueron objeto de la reserva; caso contrario sucede con los Estados no aceptantes de la reserva ya que la objetaron al no ser considerada como un elemento constitutivo del tratado para sus relaciones mutuas. (Novak & García-Corrochano, 2016)

Siguiendo este análisis normativo, las objeciones – sean parciales o totales – son mecanismos de declaración unilateral en respuesta a las formulaciones de reservas, por lo que sus efectos jurídicos recaen directa y exclusivamente sobre ellas. El tercer y último párrafo del artículo en comento, establece que en el supuesto que el Estado objetante no obstaculice la entrada en vigor del tratado en su ordenamiento jurídico interno como en el ordenamiento interno del Estado reservante, únicamente las disposiciones objeto de reserva son aquellas no serán aplicables entre ellos. (Novak & García-Corrochano, 2016)

A modo de concluir el análisis de dicho articulado, se tiene que el Estado que formula una reserva no puede adquirir la calidad de Estado contratante hasta el momento en que su reserva haya sido aceptada por los demás Estados miembros o, en su defecto, se haya vencido el plazo de doce meses para alegar su aceptación automática. Del mismo modo, un Estado tampoco podrá ser considerado como negociante en un tratado, en tanto el texto del mismo no haya sido autenticado y haya exteriorizado su voluntad. Por lo tanto, se aplica el artículo 18 de la Convención, pues los Estados no pueden vulnerar el objeto y fin del tratado con sus conductas al pretender transgredir las formalidades establecidas para regular el efectivo procedimiento de las reservas.

3.4. El retiro y objeción de las reservas

A efectos de desarrollar este subtema, es necesario citar la normativa correspondiente establecida en los numerales 1; 2 y 3 del artículo 22 de la

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados formulado en el siguiente tenor:

1. Salvo que el tratado disponga otra cosa una reserva podrá ser retirada en cualquier momento y no se exigirá para su retiro el consentimiento del Estado que la haya aceptado;
2. Salvo que el tratado disponga otra cosa, una objeción a una reserva podrá ser retirada en cualquier momento;
3. Salvo que el tratado disponga o se haya convenido otra cosa:
 - a) el retiro de una reserva solo surtirá efecto respecto de otro Estado contratante cuando ese Estado haya recibido la notificación;
 - b) el retiro de una objeción a una reserva solo surtirá efecto cuando su notificación haya sido recibida por el Estado autor de la reserva. (Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, 1969, artículo 22, numerales 1; 2 y 3)

En otros tiempos, los doctrinarios sostenían que para que una reserva pueda ser retirada, necesariamente se necesitaba el consentimiento del Estado contratante-aceptante de la reserva, ya que esta producía efectos vinculatorios entre los Estados requiriendo sus previos consentimientos; tiempo después la Comisión de Derecho Internacional consideró pertinente la creación de una suerte de excepción a la regla, la cual establecía que el Estado reservante posee la total libertad de retirar su reserva frente a determinadas cláusulas del tratado, salvo que en el mismo documento se disponga lo contrario. (Novak & García-Corrochano, 2016)

En adición a lo anteriormente esbozado, para efectos de la Comisión de Derecho Internacional (1966) el Estado reservante realiza una suerte de derogación de las disposiciones contenidas en el tratado con su solicitud de reserva, por lo que ellos mismos son quienes pueden retirar dicha reserva mediante la previa notificación a los demás Estados parte surtiendo efectos de manera inmediata.

4. La nulidad de los tratados internacionales

La Convención clasifica la causal de nulidad de los tratados en dos tipos, similar pero no equiparable a la clasificación de la nulidad de los actos jurídicos en materia civil peruana, es decir, nulidad absoluta o anulabilidad (Ortiz, 2018). Asimismo, se debe entender que ésta contempla un apartado destinado a la regular la nulidad de los tratados, en la cual se estipulan causales de anulabilidad y nulidad, consagradas específicamente en los artículos 46 y siguientes del mismo instrumento internacional. (Casanovas & Rodrigo, 2013)

4.1. Nulidad Absoluta de los tratados internacionales

En palabras de De la Guardia (1997), la Convención de Viena regula a la nulidad absoluta en cuatro causales, dos de las cuales refieren a la violencia o coerción al representante del Estado o al mismo Estado como tipos de vicios sustanciales de la aquiescencia; mientras que los otros dos hacen referencia a la existencia o aparición de norma *Ius Cogens*. Cabe precisarse que la nulidad absoluta surte efectos de manera automática y es imposible subsanarla, pudiendo ser alegada por cualquier Estado miembro interesado, y consecuentemente declarada por el tribunal o cualquier órgano internacional designado de la ejecución del tratado, independientemente si haya sido alegada o no por instancia de parte (Novak & García-Corrochano, 2016), todo ello a efectos de garantizar la protección del orden público internacional.

Al respecto, Saco (2008) en su artículo de investigación alude que la invalidez de una regla internacional es óbice para producir la extinción de la misma y del conflicto creado por ella, toda vez que el tratado no posee los requerimientos formales para su nacimiento; ergo, se estaría violando el principio internacional del *pacta sunt servanda* al no manifestarse realmente la voluntad del Estado y, por tanto, no está vinculado a dicho tratado.

Por otro lado, Ortiz (2018) en su investigación colige que las consecuencias originadas de las causales de nulidad absoluta – tipificadas en los artículos 51, 42 y 53 de la Convención de Viena – son rígidas pues no admiten plantear una validez parcial del texto del tratado de forma integral, menos aún la convalidación ulterior expresa o tácita.

4.1.1. Vicios Sustanciales del Consentimiento

a) Coacción sobre el representante del Estado firmante

Esta causal se encuentra contenida en el artículo 51 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, aprobada por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (1969), en los siguientes términos: “La manifestación del consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado que haya sido obtenida por coacción sobre su representante mediante actos o amenazas dirigidos contra él carecerá de todo efecto jurídico.”.

Como se desprende del artículo, la configuración de este causal se origina al haber mediado cualquier tipo de actos de coacción sin importar la autoría del mismo al momento de que el sujeto que ostenta la calidad representante del Estado haya manifestado su consentimiento de quedar obligado frente al tratado, por lo que no producirá ningún efecto jurídico para las partes.

Cabe añadirse que, una coacción comprende cualquier tipo de intimidación o violencia que vulneran tanto los derechos patrimoniales del representante estatal – carrera, patrimonio y situación social –, como sus derechos extrapatrimoniales o subjetivos – su integridad física y libertad –; incluso aquellas afectaciones que recaigan sobre el ámbito familiar del representante como puede ser los actos de chantaje. (Brotons, 2010)

En ese sentido, esta causal de coacción abarca la intimidación contra el representante del Estado en su calidad de tal o, en su defecto, en su calidad de persona que puede abarcar aspectos patrimoniales como extrapatrimoniales, e incluso puede extenderse a terceros que conforman el círculo familiar del representante. Siendo que, para que surtan los efectos de la nulidad absoluta sin ningún cuestionamiento, los actos de coacción deben manifestarse de manera exclusiva cuando el representante del Estado se encuentre consolidando su aquiescencia de obligarse al tratado, de no ser así, no se considerará que dichos actos han influido en el resultado final de la manifestación del consentimiento, no

operando los efectos jurídicos de la nulidad absoluta.

b) Coacción sobre el Estado firmante por uso de la fuerza

A modo de ubicarnos en contexto se sabe que, en el Derecho Internacional Clásico, un mecanismo de autotutela jurídica se ejercía mediante la guerra armada, la cual era concebida como el uso de la fuerza y amenaza entre Estados para garantizar la protección de sus intereses. (Novak & García-Corrochano, 2016) Sin embargo, al transitar a un Derecho Internacional más Contemporáneo, estas prácticas fueron expresamente prohibidas ya que atentaban contra el territorio y la independencia de los Estados, justificándose de esta forma la nulidad absoluta de aquellos tratados celebrados por uso de la fuerza o amenaza. (Pastor, 2014)

En ese sentido, el artículo 52 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 aprobada por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (1969), establece que: “Es nulo todo tratado cuya celebración se haya obtenido por la amenaza o el uso de la fuerza en violación de los principios de derecho internacional incorporados en la Carta de las Naciones Unidas”.

Respecto a dicha causal, Salmon (2017) menciona que la doctrina internacional se ha cuestionado si al encontrarnos en la época donde rige el Derecho Contemporáneo también se considera como acto de coacción la realizada mediante violencia o fuerza económica; en respuesta a ello, la Corte Internacional de Justicia sólo reconoció a la fuerza armada para efectos de esta causal de nulidad absoluta. Cabe precisarse que, este artículo no surte efectos retroactivos sobre la validez del tratado celebrado con anterioridad a la época del Derecho Internacional Contemporáneo, toda vez que, al ser considerado un acto jurídico, este debe ser interpretado y reconocido de acuerdo a las normas vigentes de la época de su creación. (Novak & García-Corrochano, 2016)

Otro punto de vital conocimiento que debe advertirse es que la prohibición expresa materia de análisis, también se encuentra

reconocida como norma imperante del Ius Cogens, por tanto, de incurrirse en esta causal, subsecuentemente se estaría incurriendo en otra causal consagrada en el artículo 53 de la mencionada Convención.

4.1.2. Por el Objeto

a) **Tratados internacionales colisionantes de una norma del Ius Cogens existente**

En el marco del Derecho Internacional, se tienen normas que forman parte del Ius Cogens, mismas que de ser vulneradas por un tratado, debe de declararse la nulidad de este último dada la prevalencia del Derecho imperativo (Thierry y Combacau, 1986). A raíz de lo anterior, Virally (1983) señala que las normas pertenecientes al Ius Cogens es uno de los temas más difíciles y novedosos de tratar, toda vez que de acuerdo con la interpretación de la Comisión de Derecho Internacional el Ius Cogens es considerado como un derecho positivo y determinado formalmente por el método utilizado para la creación de la norma y no por el contenido que surge de esta. En otras palabras, las normas imperativas de Derecho Internacional son susceptibles de ser ampliadas, modificadas o incluso extinguidas del ordenamiento convencional, dependiendo de su reconocimiento por mayoría de los Estados integrantes de la comunidad internacional (Casanovas & Rodrigo, 2013).

Por su parte, el artículo 53 de la precitada Convención hace referencia al supuesto en el que un determinado tratado deviene en nulo al momento de su celebración porque se advierte colisión con una norma preexistente del Ius Cogens, ello en observancia exclusiva de las disposiciones vinculadas al objeto y fin del tratado. (Novak & García- Corrochano, 2016)

Por otro lado, en palabras de Salmón (2017), la oposición al Ius Cogens como causal de nulidad absoluta, se materializa cuando al momento de efectuarse de la celebración de un determinado tratado, se advierte incompatibilidad entre las obligaciones contraídas por este y las disposiciones que emanan de una determinada norma imperativa de obligatoria vinculatoriedad para efectos del Derecho Internacional.

b) Tratados internacionales colisionantes de una norma del Ius Cogens emergente

Como se precisó en el anterior subapartado, de conformidad con el artículo 53 de la Convención de Viena, una norma del Ius Cogens es aquella que tuvo la aceptación y reconocimiento por la mayoría de los sujetos de Derecho Internacional que forman parte de la comunidad internacional. (Ortiz, 2018)

Complementando lo establecido por el artículo en comento, esta norma imperativa no admite acuerdo en contrario, únicamente puede ser modificada por una preexistente a ella o, en su defecto, una norma emergente – de ulterior creación – que ostente igual jerarquía. En efecto, el artículo 64 de la Convención de Viena sobre los Tratados aprobada por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (1969), establece que: “Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará.”.

Como puede advertirse del artículo, se resalta el carácter no retroactivo de la norma, pues cuando establece la nulidad y consecuente terminación se expresa inteligiblemente que la creación de una nueva norma de Ius Cogens no posee efectos retroactivos que afecten la validez de un determinado tratado; siendo que la nulidad surtirá efectos desde el momento en que emerge la nueva norma Ius Cogens. (Novak & García-Corrochano, 2016)

Es por esta razón, que el artículo en comento se encuentra establecido entre las causales de terminación, a pesar de que tuviera por finalidad la nulidad del tratado. Otro punto interesante para precisar es que, a diferencia de las otras causales de nulidad absoluta, donde preside el principio de indivisibilidad de las cláusulas del tratado, en este supuesto, es posible que pueda materializarse una nulidad parcial también llamada relativa, cuyos efectos no nulifican todo el tratado, en tanto se advierta una colisión parcial y susceptible de subsanación con el uso de las normas del Ius Cogens.

Por último, las Normas Imperativas de Derecho Internacional General no deben ser confundidas con las denominadas normas obligatorias y menos aún con las simples normas de Derecho Internacional General, toda vez que las normas jurídicas revisten de obligatoriedad como regla general; sin embargo, unas pueden ser dispositivas – su aplicación no depende de la voluntad de los sujetos –, y otras pueden ser imperativas – no son pasibles de ser omitidas pues las normas del *Ius Cogens* garantiza el respeto de las mismas –. (Casanovas & Rodrigo, 2013)

En esa misma línea, las Normas Imperativas de Derecho Internacional General tampoco deben confundirse las normas de Derecho Internacional General, puesto que las segundas también contemplan normas dispositivas; ergo, los Estados pueden prescindir de ellas y los acuerdos a los que arriben seguirán siendo válidos, porque claramente dentro del marco delimitado en que solo unos Estados participan en la celebración de un tratado internacional, únicamente se obligan por las Normas de Derecho Internacional General de cara al tratado que han celebrado; mientras que, por otro lado, las Normas Imperativas de Derecho Internacional General son de obligatorio cumplimiento para todos los Estados miembros de la comunidad internacional en su conjunto independientemente si hayan o no celebrado tratados internacionales entre ellos – llamémosle un plus de obligatoriedad –, ergo, poseen una jerarquía normativa en una relación de género a especie en la cual toda Norma Imperativa será considerada a su vez una norma de Derecho Internacional General, no pudiendo ser a la inversa. (Ortiz, 2018)

4.2. Nulidad Relativa o Anulabilidad de los tratados internacionales

Las causales de nulidad relativa se encuentran consagradas en los artículos 46 al 50 de la Convención de Viena de los tratados 1969 y se diferencian de las causales de nulidad absoluta por su flexibilidad de sus efectos, pues posibilita la elección del Estado entre la convalidación de su consentimiento viciado – siempre que haya conocido el vicio previamente – o, en su defecto, puede optar por la anulación del tratado. (Novak & García-Corrochano, 2016)

Dichas causales de nulidad relativas se materializan a través del error y el dolo concretizados en la manifiesta corrupción del representante del Estado, los cuales serán desarrollados en líneas posteriores.

4.2.1. Vicios del consentimiento

a) Error

La causal de anulabilidad del error se encuentra contemplada en los numerales 1; 2 y 3 del artículo 48 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, en los siguientes términos:

1. Un Estado podrá alegar un error en un tratado como vicio de su consentimiento en obligarse por el tratado si el error se refiere a un hecho o a una situación cuya existencia diera por supuesta ese Estado en el momento de la celebración del tratado y constituyera una base esencial de su consentimiento en obligarse por el tratado;
2. El párrafo 1 no se aplicará si el Estado de que se trate contribuyó con su conducta al error o si las circunstancias fueron tales que hubiera quedado advertido de la posibilidad de error;
3. Un error que concierna sólo a la redacción del texto de un tratado no afectará a la validez de éste: en tal caso se aplicará el artículo 79 (Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, 1969, artículo 48, numerales 1; 2 y 3).

La doctrina considera error a la una falsa percepción de la realidad que puede ser conducente de una celebración viciada de un tratado, que, de haberse sabido la realidad de las circunstancias, no se hubiera celebrado (Arellano, 1993). Para Salmón (2017) el error como vicio del consentimiento es aquella distorsión entre la realidad y la manifestación de la voluntad del representante del Estado, este cumple con ciertas características propias como el ser un error de hecho, esencial e inexcusable. Por su parte, Ortiz (2018) en concordancia con lo establecido en el artículo 48 de la mencionada Convención, denomina al error como aquel hecho o situación preexistente a la celebración del tratado, pues en virtud de este es que se exteriorizó el consentimiento del Estado, sin mediar culpa o responsabilidad por la negligencia del

representante estatal que alega dicha causa.

No obstante, Casanovas & Rodrigo (2013) hacen una salvedad al aducir que no es común que un Estado exprese su consentimiento a un tratado viciado por un error, puesto que existen ciertos órganos que se encargan de estudiar las cláusulas con especial cuidado descartando los errores concurrentes al momento de concluir la celebración de un tratado.

De igual manera, Vargas (1992) señala la imposibilidad de invocarse esta causal en el marco del Derecho Internacional, toda vez que es ilógico y contraproducente que un Estado pueda alegar – a modo de justificante – su ignorancia o error en relación con las consecuencias jurídicas originadas por tales actos sujetos a error o desconocimiento.

De las definiciones desarrolladas en líneas anteriores, se puede explicitar tres rasgos característicos del error, las cuales serán analizadas en las siguientes líneas.

a.1) Error de Hecho

La Comisión de Derecho Internacional consideró que no siempre es posible separar el error de hecho del error de derecho, ya que, si se contemplaba los dos tipos de error en la Convención de Viena, podría atentar contra la estabilidad y seguridad jurídica de los tratados. (Novak & García-Corrochano, 2016)

En ese sentido, en el Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, de 1966 se reconoce que el error en el marco del Derecho Internacional es aquel que refiere a una determinada situación o hecho, no procediendo esta casual tratándose de errores en la redacción o errores de derecho, pues el desconocimiento de la ley no es causal del consentimiento viciado. (Novak & García-Corrochano, 2016)

a.2) Error esencial

Se tiene que un error solo vicia el consentimiento cuando es un esencial, en otras palabras, el error solo puede incidir en el objeto o aquellas razones que hayan sido principal motivo para la

celebración de un determinado tratado (Novak & García-Corrochano, 2016). En efecto, para la procedencia del vicio de consentimiento de un Estado, el error debe suscitarse sobre un hecho o circunstancia que sea indubitablemente relevante, al extremo que, si las partes no lo hubieran ignorado al momento de la celebración del acuerdo, éstas no hubieran firmado. (Ortiz, 2018)

a.3) Error inexcusable

Como menciona Salmón (2017), para que proceda el supuesto de error como causal de vicio del consentimiento, este no debe ser previsto a través de la debida diligencia – también llamada diligencia ordinaria –, por lo que no solo es suficiente acreditar la calidad de error de hecho y esencial, sino también la calidad de inexcusable. En ese sentido, la Corte Internacional de Justicia en el caso Templo de Preah Vihear (citado por Novak y García-Corrochano, 2016, p. 96) establece que:

Es un principio reconocido de derecho que una parte no puede alegar un error como vicio de consentimiento si ha contribuido a ese error con su propia conducta, si ha estado en condiciones de evitarlo o si las circunstancias eran tales que quedó advertida en la posibilidad de error.

En reflejo de todo lo anterior, se acredita que la doctrina publicista como la jurisprudencia internacional restringen la procedencia de la causal de error, a ciertas limitaciones como la inexcusabilidad, vale decir que el Estado que alegue dicha causal debió desconocer el error de forma previa a la celebración del tratado, más aún, ni siquiera debió tener la mínima posibilidad de conocerlo. (Novak y García-Corrochano, 2016)

b) Dolo

El artículo 49 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del año 1969, aprobada por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (1969), señala que: “Si un Estado ha sido inducido a celebrar un tratado por la conducta fraudulenta de otro Estado

negociador, podrá alegar el dolo como vicio de su consentimiento en obligarse por el tratado”.

En ese sentido, ha de entenderse que, para la configuración de este vicio, debe de acreditarse el elemento subjetivo que la doctrina reconoce como la intención de inducir a error o engaño – elemento psicológico –, este vicio no sólo vulnera la manifestación del consentimiento de los Estados parte, sino también afecta accesoriamente el principio de buena fe, resquebrajando la confianza entre las partes firmantes mediante la elaboración de declaraciones trucadas, omisión de datos, falsificación de documentos, etc. (Ortiz, 2018)

Por su parte, Brotons (2010) aduce que en el dolo se sanciona la conducta o intención fraudulenta, artificiosa o maliciosa de incitar a error a la otra parte, para lo cual debe acreditarse además del elemento psicológico y material, que el dolo sea determinante del consentimiento del Estado y que la víctima haya sido precavida antes de manifestar su voluntad. De hecho, esta causal registra pocos precedentes en la práctica ni en la jurisprudencia internacional por lo que no posee alcances fijos de aplicación. Sin embargo, la Comisión de Derecho Internacional optó por incorporarla en los articulados de la Convención de Viena de los tratados desde un punto de vista amplio, dejando a los tribunales competentes el fijar sus alcances (Novak y García-Corrochano, 2016).

c) Corrupción del representante del Estado firmante

Esta clasificación del vicio contempla aquellos casos en los que se aceptan favores, ofertas, beneficios, etc., – usualmente de naturaleza política y/o económica – para direccionar la exteriorización del consentimiento de un Estado parte en un sentido esperado o favorable para el Estado contratante que lo indujo. (Salmón, 2017)

El artículo 50 de la Convención de Viena sobre los Tratados señala lo siguiente:

Si la manifestación del consentimiento de un Estado en obligarse

por un tratado ha sido obtenida mediante la corrupción de su representante, efectuada directa o indirectamente por otro Estado negociador, aquel Estado podrá alegar esa corrupción como vicio de su consentimiento en obligarse por el tratado (Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, 1969, artículo 50).

Al tenor del artículo en mención, Ortiz (2018, p.106) colige que:

...la corrupción afecta no sólo al representante del sujeto internacional en la manifestación del consentimiento, sino también a quienes lo fueron en etapas previas de la celebración del tratado en la medida en que su actividad ha podido inducir a error a los órganos competentes para autorizar y expresar dicho consentimiento; con lo cual coincide solo si es que la conducta de los representantes en etapas previas ha sido decisiva para que se preste el consentimiento en error, debido a que dicho acto equivaldría a una conducta dolosa de un Estado, que por intermedio de negociadores de la otra parte por él corrompidos, busca inducir a error a los sujetos encargados de manifestar el consentimiento de dicha parte, a fin de lograr que estos presten un consentimiento que, de no ser así, no se daría.

Complementando lo anterior, De la Guardia (1997) entiende que, para invocar la invalidez por incurrir en dicha causal, esta debe poseer la misma relevancia o pertinencia en la fase inicial de celebración del tratado, toda vez que sus efectos pudieron haber inducido a equivocación a los órganos competentes de verificar y autorizar el consentimiento del Estado negociante.

Finalmente, se colige que la Comisión de Derecho Internacional, considera que el supuesto de corrupción de un representante de un Estado por otro Estado negociador desvirtúa su consentimiento a tal punto de que se frustre la manifestación real de la voluntad del Estado, es por tal motivo que optaron por su incorporación como causal de anulabilidad. (citada por Novak & García-Corrochano, 2016)

4.2.2. Vicios formales

a) Vulneración del Derecho Interno

El artículo 27 de la mencionada Convención establece expresamente que ninguna de las partes celebrantes del tratado puede alegar el cumplimiento de su normativa Derecho interno a modo de excusarse del incumplimiento de las disposiciones dimanantes de un tratado internacional, ello sin perjuicio de lo señalado en el artículo 46 que establece la posibilidad de que un Estado pueda justificar el apartamiento de un tratado del cual previamente haya otorgado consentimiento, siempre que se demuestre violación manifiesta que haya afectado una norma interna de vital importancia referida a la celebración de tratados, tal es el caso, de las cláusulas petras de la Constitución Política del Perú.

Partiendo de la premisa de que por regla general la capacidad para celebrar tratados es regulada por el Derecho Constitucional del ordenamiento interno de cada Estado, De la Guardia (1997) colige que dicha regla establece que un tratado no es obligatorio sino hasta que se hayan observado las disposiciones constitucionales que regulan la capacidad de cada Estado contratante; por el contrario, para efectos del Derecho Internacional se contemplan tres corrientes que serán desarrolladas a continuación:

- i) En el marco internacional, es causal de anulación toda exteriorización de consentimiento que contravenga una norma constitucional, prevaleciendo el Derecho interno sobre el Derecho Internacional. Dicha postura se funda en los principios de soberanía estatal y seguridad jurídica interna, pues los tratados no pueden celebrarse sin observar las reglas establecidas por el Derecho nacional (Novak & García-Corrochano, 2016).
- ii) El Estado que cuestione la validez de un tratado por razones constitucionales solo podrá invocar disposiciones de dicha materia sólo en el supuesto de que sean conocidas por los demás Estados contratantes; caso contrario, si un Estado negociante celebra un tratado en el marco de la buena fe sin tener en consideración la ley

interna manifiestamente notoria y perceptible, no podrá alegar la invalidez del acuerdo. (De la Guardia, 1997) En otras palabras, se debe dar por entendido que no considerará como causal de invalidez si un determinado Estado celebra un tratado desconociendo la normativa constitucional del otro Estado negociante.

iii) El Estado queda obligado al tratado si su representante es competente a la vista del Derecho Internacional. Por lo que, a pesar de que se incumplan normas internas que lleven a concebir la invalidez del tratado – en su calidad de norma interna –, ello no es óbice para frustrar la validez del acuerdo en el marco del Derecho Internacional. (Novak y García-Corrochano, 2016) En definitiva, se entiende que esta corriente basa sus fundamentos en la garantía de las relaciones internacionales y la seguridad jurídica internacional.

A raíz de lo anterior, la Comisión de Derecho Internacional adoptó la segunda postura que surge de la interpretación de los numerales 1 y 2 del artículo 46 de la mencionada Convención, los cuales establecen que:

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 (Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, 1969, artículo 46, numerales 1 y 2).

Del precitado artículo se advierte que ningún Estado tiene la obligación de tener conocimiento detallado de las normas legislativas o constitucionales que adopten los otros Estados, restringiendo las competencias de sus órganos constitucionales exclusivamente en la materia referente a la celebración de tratados, misma que únicamente

será alegada como causal de nulidad relativa en el supuesto de que las normas internas del Estado que haya petitionado nulidad, hayan sido notificadas de forma fehaciente y precisa a los demás Estados firmantes advirtiéndoles su calidad de norma esencial en el Derecho interno. (Diez de Velasco, 2013) En tal sentido, el abogado internacionalista Brotons (2013) menciona que las únicas normas que deben tener en consideración son aquellas que se encuentran vigentes al momento de finalizarse la elaboración del tratado, pues de considerarse las anteriores normas constitucionales, se podría atentar contra la seguridad jurídica de la ejecución de los tratados internacionales celebrados dentro del marco de la legalidad del Derecho Internacional.

Por su parte, Casanovas & Rodrigo (2013) consideran que esta causal se concretiza cuando al materializarse el consentimiento del representante de un Estado se ha vulnerado una norma de su ordenamiento interno y que se caracterice por revestir carácter fundamental como puede ser el regular la celebración de los tratados internacionales.

En definitiva, se debe precisar que esta causal de violación de disposiciones de Derecho interno en lo que respecta a la celebración de tratados, debe cumplir con tres supuestos concurrentes los cuales pueden concluirse en: primero, que se pruebe la afectación de una norma de Derecho interno de importancia fundamental; segundo, que dicha norma concierna a la competencia para celebrar tratados y, finalmente, que la violación del Derecho nacional sea tan abiertamente evidente al punto de que no genere dudas a nadie.

b) Violación de disposición de derecho interno relativa a la inexistencia de competencia para celebrar tratados

En virtud del artículo 47 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 aprobada por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (1969), se establece que:

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.

En opinión del abogado Ortiz (2018), existe la posibilidad de alegar la causal en comento en el supuesto de que los poderes que facultan la manifestación del consentimiento poseen una limitante específica que el representante del Estado no advirtió y, que tal limitante haya sido notificada antes de la manifestación del consentimiento de los demás Estados miembros, toda vez que el objeto de dicho articulado es la salvaguarda del principio de la buena fe de los Estados contratantes.

Como se mencionó en subtemas anteriores, los plenos poderes se encuentran contemplados en el literal c) del artículo 2, los cuales son definidos como aquellos documentos que sirven como credenciales respecto a la designación de uno o varios sujetos para ejercer la representación del Estado en las diferentes fases de la celebración de un tratado, estos representantes pueden clasificarse en:

- i) Aquellos que poseen los plenos poderes propiamente dichos, es decir, los que se encuentran contenidos en documentos o instrumentos internacionales;
- ii) Aquellos que, si bien no poseen los plenos poderes propiamente dichos, su representación es concedida por la costumbre o practica usual de los Estados;
- iii) Aquellos cuya representación proviene de la función que realizan – Jefes de Estado, Gobierno y diplomáticos – sin necesidad de contar con plenos poderes;
- iv) Aquellos que no pertenecen a las clasificaciones anteriores, es decir, que no poseen autorización de representación, pero que ulteriormente el Estado confirma su representación. (Novak & García-Corrochano, 2016)

En conclusión, estos supuestos son causales de invalidez de los tratados por nulidad relativa, en tanto el Estado confirme en plazo ulterior la autorización de ejercer la presentación del mismo en cualquier etapa de la celebración de los tratados con la excepción en la etapa final de consignación de la firma.

5. Terminación y Suspensión de los tratados internacionales

Un tratado arriba a su extinción cuando desaparecen por completo las obligaciones que fueron asumidas por las partes contratantes, es decir, cuando el fin y objeto del tratado terminan por cumplirse –; paralelamente, esta terminación puede ser invocada como causal de eximente por los Estados contratantes para dar fin a la calidad de obligados frente al cumplimiento de las obligaciones contenidas en el tratado, toda vez que sus efectos no son retroactivos. (Salmón, 2017)

Del mismo modo, la terminación de los tratados puede surgir sea debido a que el mismo texto lo establece – causales intrínsecas – o, en su defecto, por diferentes supuestos ajenos a la voluntad de los Estados contratantes – causales extrínsecas –, las cuales se desarrollarán a continuación.

Por otro lado, se denomina suspensión a aquella excepción a la regla general de cumplimiento del tratado, pues un determinado Estado contratante, en un determinado periodo de tiempo, puede no encontrarse obligado a cumplir con las obligaciones establecidas en el tratado, ello sin transgredir las relaciones jurídicas con los demás Estados. (Pastor, 2014) Ahora bien, debe precisarse que el tratado suspendido no se ha extinguido temporalmente, sino que continúa conservando su validez, creándose una suerte de cese temporal respecto a la totalidad o sólo una parte de los efectos con relación a todos o algunos Estados contratantes. (Diez de Velasco, 2013)

Ahora bien, respecto a la vinculatoriedad entre los efectos de la suspensión y terminación, Brotons (2010) afirma la estrechez de la relación advertida entre suspensión y terminación, pues la propia Convención de Viena de los tratados 1969 las consagra en los mismos artículos *numerus clausus*, los cuales serán precisados en los siguientes párrafos.

5.1. Causales Intrínsecas u originadas en las disposiciones del tratado

a) Conforme las disposiciones de terminación o suspensión

En la esfera del Derecho Internacional, el literal a) del artículo 54 en concordancia con el literal a) del artículo 57 de la precitada Convención establece que la extinción y/o suspensión de un tratado o la salida de alguno de los Estados contratantes podrá darse de conformidad con las disposiciones contenidas en las cláusulas del tratado ya que, en su mayoría, en el mismo texto se consigna una fecha de término o condiciones resolutorias en relación con su objeto y fin. (Novak & García-Corrochano, 2016)

b) El mecanismo de denuncia a un tratado internacional

Al respecto, señala Capotorti (1971), la declaración unilateral de la voluntad de un Estado sirve de base para que este pueda manifestar su voluntad de retirarse del acuerdo; en efecto, si se está frente a tratados bilaterales, esta declaración de denuncia origina la terminación de los tratados; mientras que, si se está frente a tratados multilaterales, la declaración de denuncia origina el retiro individualizado del Estado denunciante mas no de los demás Estados contratantes.

En términos más simples, se puede entender a la denuncia como aquel procedimiento formal aceptado en la esfera internacional, a través del cual un determinado Estado contratante, puede generar la extinción de la validez y eficacia a un tratado dentro de su ordenamiento jurídico. (Rubio, 2015)

En ese sentido, los numerales 1 y 2 del artículo 56 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del año 1969 aprobada por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (1969), establece lo siguiente:

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.

Como puede advertirse del artículo mencionado, en aras de prevalecer el principio de seguridad jurídica internacional, se creó la regla general de la prohibición a la denuncia, con dos únicas salvedades contempladas en este artículo, estas son, encontrarse establecido expresamente entre las disposiciones del tratado, y que se deduzca la denuncia del tratado dada la naturaleza de su duración – como puede ser el caso de los tratados de paz –. (Novak & García-Corrochano, 2016)

Asimismo, la denuncia en el marco del Derecho interno peruano se encuentra regulada en el tercer párrafo del artículo 57 de la Constitución Política del Perú del 93 aprobada por la Asamblea Constituyente (1993), la cual contempla dos conductas a esperarse por parte del Poder Legislativo:

- 1) Una referida a la previa autorización o aprobación del Congreso para la denuncia de tratados solemnes, y
- 2) otra que haga referencia al deber del Ejecutivo de poner en conocimiento al Congreso de la denuncia de tratados ejecutivos.

En tal sentido, Gamero (2008) colige que dicho apartado del artículo en mención, es presidido por el principio relacionado a que en el Derecho las cosas se deshacen como se hacen, esto implicaría que, dependiendo la clase de tratados que se pretenda denunciar, sus denuncias serán concedidas con la misma norma que fueron aprobados inicialmente, esto es, sea mediante resolución legislativa – tratándose los tratados solemnes – o en su defecto, mediante decreto supremo – tratándose de los tratados ejecutivos –.

Ahora bien, una vez que haya sido aprobada la denuncia de un determinado tratado siguiendo los lineamientos establecidos por el Derecho interno Peruano, consecuentemente se procede a la desvinculación definitiva del mismo, no obstante, se hace hincapié que como se ha advertido de los párrafos anteriores, y tal como se desprende del artículo 7 de la Ley N° 26647, este proceso de desvinculación no es materia de regulación del Derecho interno, pues es el propio tratado que regula su propia forma de desvinculación y en el

caso de que este no lo regule, recién se puede acoger a los lineamientos normativos del Derecho Internacional en general. (Novak, 2005)

c) Reducción de la cantidad de Estados parte del tratado

El artículo 55 de la precitada norma internacional contempla la improcedencia de la terminación del tratado multilateral a causa de la reducción de la cantidad de partes para su entrada en vigencia, salvo pacto en contrario. En palabras del maestro De la Guardia (1997) el precitado artículo propone una regla supletoria estableciendo que los tratados subsistirán hasta que las partes mediante su libre manifestación del consentimiento decidan darlo por terminado o, en su defecto, consensuar su denuncia por separado.

En este orden de ideas, Brotons (2010) aduce que la Convención de Viena no concibe que los tratados internacionales multilaterales terminen o que la partes se retiren por decisión tomada en mayoría, con la salvedad que el propio tratado lo establezca, caso contrario, se necesitará el consentimiento por unanimidad de los Estados contratantes.

5.2. Causales Extrínsecas de terminación y suspensión de tratados

a) Abrogación expresa por el consentimiento de las partes intervinientes

El literal b) del artículo 54 de conformidad con el literal b) del artículo 57 de la Convención de Viena, estipulan que sea el retiro o la terminación de un tratado, se materializarán – independientemente de la forma que se elija – a través del consentimiento en manifiesto del conjunto de Estados contratantes; cabe resaltar que dichos consentimientos pueden ser exteriorizados en cualquier momento. (Novak & García-Corrochano, 2016)

A modo de complementar lo anteriormente mencionado, tomando como referencia a Caportoti (1971), se advierte que la Convención en comento, contempla como causales de terminación o suspensión, el mutuo consenso de las partes suscriptoras de querer efectuar la conclusión o suspensión del determinado tratado. Esta última puede ser comparada a lo que en Derecho Civil peruano se conoce y se aplica como una de las formas de extinción de las obligaciones.

b) Resquebrajamiento de las relaciones diplomáticas o consulares

Para efectos de esta causal, el artículo 63 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados aprobada por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (1969), señala que:

La ruptura de relaciones diplomáticas o consulares entre partes de un tratado no afectará a las relaciones jurídicas establecidas entre ellas por el tratado, salvo en la medida en que la existencia de relaciones diplomáticas o consulares sea indispensable para la aplicación del tratado.

Como se desprende del artículo en comento, se establece la aceptación de que esta causal pueda resquebrajar las relaciones entre los Estados negociantes de un determinado tratado, en aquellas circunstancias donde las relaciones diplomáticas o consulares sean imprescindibles para el cumplimiento del tratado; sin embargo, dicho artículo no fija los alcances de dicha ruptura de relaciones, pues no indica hasta qué punto dichas relaciones diplomáticas serán afectadas. (De la Guardia, 1997)

c) Abrogación tácita por celebración de un tratado posterior

Dicha causal es materializada al momento en que los Estados participantes en conjunto, acuerdan en celebrar un tratado posterior que contemple la misma materia, en donde, a pesar de que no se detalle la terminación del tratado preexistente, conste que la materia tratada sea regulada por el nuevo tratado. (Ortiz, 2018)

Mientras tanto, en los numerales 1 y 2 contemplados en el articulado número 59 de la precitada Convención estipula:

1. Se considerará que un tratado ha terminado si todas las partes en él celebran ulteriormente un tratado sobre la misma materia y:
 - a) se desprende del tratado posterior o consta de otro modo que ha sido intención de las partes que la materia se rija por ese tratado; o
 - b) las disposiciones del tratado posterior son hasta tal punto incompatibles con las del tratado anterior que los dos tratados no pueden aplicarse simultáneamente.
2. Se considerará que la aplicación del tratado anterior ha quedado

únicamente suspendida si se desprende del tratado posterior o consta de otro modo que tal ha sido la intención de las partes (Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, 1969, artículo 59, numerales 1 y 2).

Como puede advertirse en el numeral 1 se estipulan los supuestos en los que surte efecto la abrogación tácita, la primera es en lo referente a que los Estados contratantes en el tratado preexistente sean idénticas, por no decir las mismas en el nuevo tratado que se celebrará, ello sin limitar el ingreso de nuevos Estados parte; simultáneamente, las demás condiciones ostentarán la calidad de accesorias que serán materializadas guardando relación de dependencia con el tipo de interpretación que se le den a los tratados. (Novak & García-Corrochano, 2016)

A suerte de complemento de lo anteriormente señalado, Brotons (2010) afirma que los Estados contratantes en virtud de dicha causal, están en la posibilidad de auto conducirse de manera continua y deliberadamente como si no existiese un tratado que los obligue.

d) Violación grave del tratado internacional

Independientemente de la responsabilidad internacional en la que incurrirá el Estado contratante, en el supuesto en el que haya transgredido un tratado bilateral, la otra parte podrá invocar la terminación del tratado; sin embargo, tratándose de un tratado multilateral la afectación perpetrada por uno de los Estados contratantes, habilita a que los otros miembros – de manera unánime – opten por terminar el tratado en relación al Estado afectante o con respecto a los Estados firmantes en su conjunto. (Ortiz, 2018)

Estando frente a una grave violación del tratado, se da cabida a que se produzca inseguridad jurídica tanto interna como internacionalmente, toda vez que cualquier Estado puede optar por invocar esta causal para desvincularse de la relación con los demás Estados contratantes dando por terminado el tratado; es por tal motivo que en aras de garantizar la seguridad jurídica, la propia Convención de Viena establece ciertas limitaciones al momento de invocar dicha causal, siendo que únicamente podrá alegarse tratándose de violaciones graves. (De la Guardia, 1997)

En ese sentido, la Convención de Viena sobre los Tratados en los numerales 1, 2 y 3 del artículo 60 establece que:

1. Una violación grave de un tratado bilateral por una de las partes facultará a la otra para alegar la violación como causa para dar por terminado el tratado o para suspender su aplicación total o parcialmente.

2. Una violación grave de un tratado multilateral por una de las partes facultará:

a) a las otras partes, procediendo por acuerdo unánime para suspender la aplicación del tratado total o parcialmente o darlo por terminado, sea:

i) en las relaciones entre ellas y el Estado autor de la violación; o

ii) entre todas las partes;

b) a una parte especialmente perjudicada por la violación para alegar ésta como causa para suspender la aplicación del tratado total o parcialmente en las relaciones entre ella y el Estado autor de la violación;

c) a cualquier parte, que no sea el Estado autor de la violación, para alegar la violación como causa para suspender la aplicación del tratado total o parcialmente con respecto a sí misma, si el tratado es de tal índole que una violación grave de sus disposiciones por una parte modifica radicalmente la situación de cada parte con respecto a la ejecución ulterior de sus obligaciones en virtud del tratado.

3. Para los efectos del presente artículo, constituirán violación grave de un tratado:

a) un rechazo del tratado no admitido por la presente Convención;

b) la violación de una disposición esencial para la consecución del objeto o del fin del tratado... (Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, 1969, artículo 60, numerales 1, 2 y 3)

De lo anterior se debe señalar que un Estado contratante está imposibilitado de invocar la terminación o retira del tratado, si este fue el autor de su obstaculización, toda vez que se fue éste quien violó una determinada

obligación dimanante del tratado con respecto a las demás partes contratantes – ya sea en el marco de un tratado multilateral o bilateral –. (Ortiz, 2018)

Por su parte, la Comisión de Derecho Internacional sostuvo que poco interesaba lo grave que puede reputarse la violación de un tratado, el Estado contratante no podía alegar abiertamente la transgresión al tratado por cuestiones triviales y, para empeorar la situación, optar por la terminación de este, pues para ello se requiere que tal violación encaje en los supuestos números clausus de gravedad establecidos por la Convención de Viena. (Novak & García-Corrochano, 2016)

Cabe mencionar que en el inciso 2) del mencionado artículo, establece tres supuestos; en primer lugar, el caso en que, por unanimidad, todos los Estados miembros del tratado decidan terminar totalmente sus relaciones en torno al tratado en mención, o peticionar la suspensión en su totalidad o parcialmente; el segundo lugar, el supuesto que un Estado en específico se vio afectado por dicha violación, decida alegar la suspensión total o parcial del tratado – no puede demandar la terminación del acuerdo porque los efectos implican al Estado vulnerado y el Estado autor –; y por último, el tercer supuesto hace referencia al cambio radical de la situación de cada Estado en la ejecución posterior del tratado, en tal caso, pueden solicitar la suspensión total o parcial de este. (Novak & García-Corrochano, 2016)

A modo de dato curioso, la misma jurisprudencia internacional no ha analizado concretamente casos presentados ante los tribunales de la Corte Internacional de Justicia que versaban sobre esta causal, pues al ser casi inexistentes, a lo largo de los años sólo se ha advertido dos casos sobre la materia, estos son el Asunto entre los países de Bélgica y Holanda sobre desviación de aguas del río Mosa, y el Proceso arbitral entre Perú y Chile por Tacna y Arica –, asimismo, puede advertirse de la parte considerativas de los fallos que esta causal no fue tratada a fondo. (De la Guardia, 1997)

e) **Subsiguiente imposibilidad de incumplimiento**

A efectos de analizar la causal en comento, es necesario citar los numerales 1 y 2 del artículo 61 de la Convención de Viena del 69 establecen que:

1. Una parte podrá alegar la imposibilidad de cumplir un tratado como causa para darlo por terminado o retirarse de él si esa imposibilidad resulta de la desaparición o destrucción definitivas de un objeto indispensable para el cumplimiento del tratado. Si la imposibilidad es temporal, podrá alegarse únicamente como causa para suspender la aplicación del tratado;
2. La imposibilidad de cumplimiento no podrá alegarse por una de las partes como causa para dar por terminado un tratado, retirarse de él o suspender su aplicación si resulta de una violación, por la parte que la alegue, de una obligación nacida del tratado o de toda otra obligación internacional con respecto a cualquier otra parte en el tratado. (Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, 1969, artículo 61, numerales 1 y 2)

A modo de concretizar lo establecido en este artículo, se puede invocar esta causal a fin de terminar, retirarse y/o suspender el tratado, en tanto que dicha imposibilidad sea irreversible, definitiva y respecto al objeto del tratado (Brotons, 2010). De igual modo, debe tenerse en cuenta la prohibición del Estado contratante de alegar esta causal, si la imposibilidad de cumplimiento es debido a la violación de una obligación del tratado o de corte internacional perpetrado por el mismo Estado. (Novak y García-Corrochano, 2016)

Ahora bien, la causal en comento viene presidida del axioma jurídico referente a no ser obligados a cumplir imposibilidades, siendo que un Estado no incurre en responsabilidad por el incumplimiento de una obligación pactada en el marco internacional si esta se reputa como causal de fuerza mayor. (Reuter, 1999) En efecto, este articulado reconoce el derecho de los Estados contratantes de demandar la terminación de un determinado tratado, con la sola invocación de la imposibilidad física del objeto, el cual resulta vital para dar ejecución al tratado; empero, este artículo solo reconoce la imposibilidad física mas no otro tipo de imposibilidades como pueden ser la jurídica o económica, mismas que son desarrolladas exclusivamente por la doctrina internacional. (Noval y García-Corrochano, 2016).

- f) Cambio fundamental de las circunstancias al tiempo en el que el tratado se encuentra en vigor**

Respecto a esta causal, en tiempos renacentistas se sostenía que en todo tratado habría una condición tácita que inducía a presumir el sometimiento de las obligaciones por aquellas circunstancias existentes al concluir un tratado, siendo que esta presunción fue contemplada en forma de cláusula resolutoria en los tratados perpetuos. (Ortiz, 2018)

Sin embargo, dicha percepción cayó en desuso a la actualidad, rechazándose la preexistencia de una cláusula implícita, y afirmando la existencia de una norma objetiva mediante la cual, cualquier cambio fundamental en las circunstancias, está sujeta a terminación a pedido de parte, esta causal también es conocida como la doctrina del *rebus sic stantibus*. (Casanovas & Rodrigo, 2013)

Por su parte, Novak y García-Corrochano (2016) señalan que fue la propia Corte Internacional de Justicia quien aplicó esta cláusula en varias de sus decisiones en torno a controversias internacionales, dotándola como norma de origen consuetudinario y exigiendo dos requisitos para poderla alegar como causal:

- i) Debe originar un cambio notorio en el alcance de las obligaciones del tratado que se encuentran pendientes de cumplirse – no surte efectos en tanto sean obligaciones previamente ejecutadas – y
- ii) sólo operará cuando se quiera conferir el derecho de demandar la terminación del tratado.

Cabe mencionarse que esta doctrina no se encuentra habilitada para invocarse abiertamente puesto que podría en peligro la seguridad jurídica de los tratados, razón por la cual el artículo 62 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, establece ciertas condicionantes a su aplicación:

1. Un cambio fundamental en las circunstancias ocurrido con respecto a las existentes en el momento de la celebración de un tratado y que no fue previsto por las partes no podrá alegarse como causa para dar por terminado el tratado o retirarse de él a menos que:
 - a) la existencia de esas circunstancias constituyera una base esencial del consentimiento de las partes en obligarse por el tratado, y
 - b) ese cambio tenga por efecto modificar radicalmente el alcance de las

obligaciones que todavía deban cumplirse en virtud del tratado.

2. Un cambio fundamental en las circunstancias no podrá alegarse como causa para dar por terminado un tratado o retirarse de él:

a) si el tratado establece una frontera; o

b) si el cambio fundamental resulta de una violación por la parte que lo alega, de una obligación nacida del tratado o de toda otra obligación internacional con respecto a cualquier otra parte en el tratado.

3. Cuando, con arreglo a lo dispuesto en los párrafos precedentes, una de las partes pueda alegar un cambio fundamental en las circunstancias como causa para dar por terminado un tratado o para retirarse de él, podrá también alegar ese cambio como causa para suspender la aplicación del tratado. (Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, 1969, artículo 62, numerales 1; 2 y 3)

Frente a dichos requerimientos, Brotons (2010) las simplifica en cuatro exigencias, la primera es que se produzca una afectación a las circunstancias fácticas o jurídicas existentes al celebrar el tratado; la segunda refiere a que estas circunstancias hayan sido la base del consentimiento de los Estados contratantes, es decir, que independientemente a su existencia o inexistencia, el tratado no se hubiera celebrado; en tercer lugar se requiere a la imprevisibilidad de dichas circunstancias al momento de celebrar el tratado; y en cuarto lugar, que haya generado un cambio radical que altere los efectos de las obligaciones del tratado pendientes de cumplimiento. Cabe comentar que el *rebus sic stantibus* no es aplicable a los supuestos donde se pretendan constituir fronteras mediante el tratado, o si la parte que lo invoca es responsable de la vulnerar una obligación reconocida del tratado o cualquier obligación de corte internacional en general, lo cual ha generado el cambio esencial de circunstancias.

A modo de concluir el análisis de la causal en comento, de materializarse un cambio significativo de las circunstancias que empujaron a la celebración de un tratado, el Estado está en su pleno derecho de demandar el término y/o la suspensión de las obligaciones dimanantes del tratado; sin embargo, no podrá invocar la revisión o modificación de forma unilateral, ello en atención al principio matriz de la buena fe. (Ortiz, 2018)

6. Responsabilidad Internacional

Las normas jurídicas siempre serán susceptibles de ser vulneradas dada su posible omisión o incumplimiento por parte de sus destinatarios, por lo que todos los ordenamientos jurídicos han adoptado ciertos mecanismos en los que intervienen entidades administrativas, judiciales y otras competentes, con el fin de salvaguardar el respeto y cumplimiento de las normas jurídicas. (Ortiz, 2018)

El especialista en la materia Saco (2008), señala que tanto en la esfera del Derecho Internacional Público como en el Derecho interno advierte la existencia de normas primarias y secundarias, las primeras refieren a la aplicación de la normativa a la situación fáctica, siendo que se debe prestar atención a la subsunción del hecho en la norma o en la interpretación de esta última ya que norman las conductas de los sujetos del Derecho Internacional; mientras que, por otro lado, las normas secundarias ostentan la calidad de fuentes de las normas primarias toda vez que contienen normativa reglamentaria del procedimiento para la creación válida de las normas primarias, de esta manera se deduce su calidad de normas reguladoras de las consecuencias jurídicas por las transgresiones de las normas primarias. Al respecto, del trabajo jurídico conjunto elaborado por Casanovas & Rodrigo (2013), se puede apreciar que ambos aducen que la estructura de las normas secundarias posee un grado de institucionalización y centralización distinto a las estructuras empleadas en el Derecho interno de cada país.

De hecho, en estas últimas décadas los sujetos de Derecho Internacional Público se han diversificado siendo pasibles de incurrir en responsabilidad internacional al igual que el número de Estados reconocidos, en consecuencia, la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante la Resolución AG/56/83 emitida en el año 2002, tomó nota del Proyecto de artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos – en adelante, el Proyecto –, cual fue recomendado por la Comisión del Derecho Internacional en el año 2001 (Ortiz, 2018); el cual busca establecer expresamente cuando un sujeto de Derecho Internacional ha transgredido obligaciones internacionales, y subsecuentemente, cuáles serían las consecuencias jurídicas que se generarían en base a dicha vulneración. Asimismo, Casanovas & Rodrigo (2013) señalan que si bien estos artículos no se encuentran contenidos en un dispositivo de Derecho duro, como

puede ser en el mismo tratado internacional, ello no es óbice para privarles de eficacia normativa en la práctica nacional e internacional por lo que podrán ser aplicados subsidiariamente a falta de normas especiales, tal como lo disponen los artículos del 55 al 59 del precitado Proyecto.

6.1. Denuncia por Responsabilidad Internacional de los Estados

Siguiendo a Casanovas & Rodrigo (2013), para invocar responsabilidad internacional de un determinado Estado, previamente el Estado titular del derecho vulnerado puede optar por iniciar el proceso con la interposición de un reclamo formal contra el supuesto Estado infractor, o en su defecto, iniciando un proceso ante un Tribunal internacional quien determinará si hubo responsabilidad internacional; ergo, no serán consideradas con tal si es que exclusivamente se basan en meras protestas o comunicaciones informales.

Por su parte, Ortiz (2018) señala que a efectos de interponer denuncia por la causal de responsabilidad internacional del sujeto de Derecho Internacional se requiere tener en consideración la naturaleza de la obligación convencional en afectación, toda vez que surge la posibilidad de que preexistan ciertos regímenes especiales de responsabilidad estipulados en la propia norma internacional en base de las cuales se deben regular los efectos del incumplimiento de tales obligaciones internacionales.

6.1.1. Respecto a la legitimación activa y pasiva

A modo de desarrollar adecuadamente este tema, se cita el artículo 42 del Proyecto de artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas (2001), el cual establece lo siguiente:

Un Estado tendrá derecho como Estado lesionado a invocar la responsabilidad de otro Estado si la obligación violada existe:

- a) Con relación a ese Estado individualmente; o
- b) Con relación a un grupo de Estados del que ese Estado forme parte, o con relación a la comunidad internacional en su conjunto, y la violación de la obligación:
 - i) Afecta especialmente a ese Estado; o

ii) Es de tal índole que modifica radicalmente la situación de todos los demás Estados con los que existe esa obligación con respecto al ulterior cumplimiento de ésta.

Lógicamente, según Casanovas & Rodrigo (2013), la legitimación activa la ostentará el Estado que, desde la perspectiva del Derecho Internacional, ha sido menoscabado o transgredido dada la existencia de un hecho que reputa ilicitud y que es atribuido a otro Estado que inobservó tal normativa.

Sin embargo, como se denota del artículo 42 del precitado documento, se establecen tres supuestos en los que se puede invocar responsabilidad internacional, siendo en primer lugar, cuando el hecho ilícito contiene la vulneración de una obligación reconocida exclusivamente en tratados bilaterales, o en defecto de este, en tratados multilaterales que desprenden obligaciones bilaterales; en segundo lugar, cuando el ilícito internacional entraña la afectación de una obligación reconocida por un grupo de Estados; y en tercer lugar, cuando se trata de un ilícito que contiene la vulneración de una obligación dimanante de las normas de Ius Cogens cuyo incumplimiento afecta a toda la sociedad internacional.

Finalmente, en palabras de Ortiz (2018) colige que a efectos de que un Estado se encuentre habilitado para invocar responsabilidad internacional de otro Estado debe necesariamente acreditar que la vulneración de la determinada obligación internacional le perjudique de manera especial, o en su defecto, debe demostrar que con el incumplimiento de dicha obligación se haya originado una manifiesta transformación de la situación de los demás Estados.

6.1.2. Condiciones y procedimiento de la denuncia

Estas condiciones se resumen en base a lo estipulado en el artículo 43 del Proyecto que dispone el deber del Estado perjudicado de cursar la debida notificación de su reclamación formal al Estado que acusa de

incurrir en responsabilidad internacional. Asimismo, el documento que contiene la reclamación puede contener ciertas especificaciones respecto al comportamiento adecuado que debe considerar observar el Estado infractor a efectos de que cese y se repare el hecho ilícito. (Ortiz, 2018)

Por otro lado, en virtud del artículo 44 del precitado Proyecto de artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos del año 2001, se tiene que:

La responsabilidad del Estado no podrá ser invocada:

- a) Si la reclamación no se presenta de conformidad con las normas aplicables en materia de nacionalidad de las reclamaciones;
- b) Si la reclamación está sujeta a la norma del agotamiento de los recursos internos y no se han agotado todas las vías de recurso internas disponibles y efectivas (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2001, artículo 44).

Al respecto se tiene precisa que la calificación del reclamo debe realizarse con la debida observancia de las normas aplicables respecto del tema de nacionalidad de reclamaciones y el agotamiento de recursos o vías internas pudiendo ser administrativas y/o judiciales, en tanto que el reclamo se encuentre sujeto a tales requerimientos; además, la reclamación no será admisible si previamente el Estado denunciante renunció de forma válida a presentar reclamaciones, o en su defecto, si se advierte de su mismo comportamiento el consentimiento de renuncia a su derecho de reclamo, ello en virtud a lo contemplado en el artículo 45 del citado Proyecto.

Ahora bien, el artículo 46 del Proyecto en mención establece el supuesto de la existencia de varios Estados intervinientes que fueron perjudicados por el mismo hecho ilícito en conjunto, estos pueden interponer sus reclamos de forma conjunta o de manera individualizada; por otro lado, en concordancia con el artículo 47 del

mismo documento, se dispone que en el supuesto en que más de un Estado comete el mismo hecho ilícito, se invocará responsabilidad a cada Estado.

6.1.3. Consecuencias de la Responsabilidad Internacional

Como se ha mencionado sucintamente en subtemas anteriores, Jiménez (2009) sostiene que un Estado al realizar un hecho ilícito internacional, da lugar a que se cree una relación jurídica que una vez materializada constituye responsabilidad internacional, la cual conlleva a la imposición de deberes en beneficio del Estado o Estados dañados por dicho ilícito. Algunas de estas obligaciones creadas debido a la existencia de responsabilidad internacional que generan obligaciones para el Estado infractor y derechos para el Estado lesionado son las que se desarrollarán en líneas posteriores.

a) Cese de la acción tipificada como ilícito

De conformidad con el literal a) del artículo 30 del Proyecto de artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos del año 2001, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas (2001), se estipula que: “El Estado responsable del hecho internacionalmente ilícito está obligado: a) A ponerle fin, si ese hecho continúa ...”.

Del análisis del presente artículo, se establece la creación de ciertas obligaciones para el Estado responsable como el poner fin al hecho internacionalmente ilícito, en tanto este persista dado que no se ha consumado con la realización de un solo acto, sino que fueron actos continuados en el tiempo. (Ortiz, 2018)

De acuerdo con lo expresado por el maestro Sánchez (2012), esta obligación es indispensable tratándose de una forma de restauración o reparación de la obligación incumplida cuya consecuencia jurídica no es su extinción, salvo que sí se haya acordado tal efecto.

b) Seguridad y garantías de no reincidencia

Al respecto el literal b) del artículo 30 del Proyecto en mención establece taxativamente en tanto la situación en concreto así lo requiera, una obligación de hacer para el Estado responsable que implique el establecimiento de medidas que inspiren seguridad y que se traduzcan en garantías para la no repetición del hecho ilícito. En tal sentido, debe tenerse en cuenta desde un principio que estas obligaciones serán invocadas por el Estado perjudicado en tanto considere que el sólo hecho de retrotraer la situación al estado anterior a su vulneración, no es salvaguardado idóneamente el tratado internacional violado. (Jiménez, 2009)

La finalidad de estos mecanismos es volver a instaurar la confianza resquebrajada por la comisión del ilícito e incitar la continuidad a la obligación contenida en una determinada norma internacional, fortaleciendo su cumplimiento por el Estado responsable y evitando que incurra en reincidencia de inobservancia. Sin embargo, cabe precisar la mínima diferencia existente entre el mecanismo de seguridad de no repetición y la garantía de no repetición, el primero radica en la exteriorización de la promesa del Estado responsable de no reincidir en el incumplimiento de la obligación; mientras que la segunda consiste en el uso de medidas legislativas, judiciales y/o administrativas que protejan la normativa internacional violada. (Sánchez, 2012)

Entre tanto, en el libro de Casanovas & Rodrigo (2013) se aduce que estas medidas no podrán ser invocadas deliberadamente en cualquier circunstancia, sino exclusivamente en aquellas que las justifiquen lo cual se valorará mediante un análisis de cada caso en concreto.

c) En atención a la restitución, indemnización y satisfacción íntegra del daño ocasionado

A modo de entender completamente esta obligación, se debe citar el artículo 31 del Proyecto de artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos del 2001 aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas (2001), que establece: “1. El Estado responsable está obligado a reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito. 2. El perjuicio comprende todo daño, tanto material como moral, causado por el hecho internacionalmente ilícito del Estado”.

Por su parte, Salmón (2017) aduce que la obligación de reparar el perjuicio en su integridad puede versar sobre daños materiales o morales, los segundos al ser subjetivos son complejas de cuantificar; además, en concordancia con los artículos 34 al 39 del Capítulo II del Proyecto en mención, estas obligaciones ex novo en su conjunto, pueden ser materializadas de tres formas, estas son, la restitución, indemnización y la satisfacción moral por el lucro cesante o daño emergente.

7. Hecho Ilícito Internacional

A lo largo del desarrollo de este capítulo, se ha hecho mención a lo que en Derecho Internacional se denomina hecho internacionalmente ilícito, sin embargo, no se ha arribado hasta la fecha una definición de lo que respecta este término. En ese sentido, puede inferirse que este término hace referencia al resultado producido por un acto de acción u omisión realizado por un determinado Estado, la cual reputa una vulneración de una determinada obligación internacional (Casanovas & Rodrigo, 2013).

Por su parte, el artículo 3 del Proyecto de artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos del año 2001 aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas (2001) establece que: “La calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito se rige por el derecho internacional. Tal calificación no es afectada por la calificación del mismo hecho

como lícito por el derecho interno”.

En virtud del artículo mencionado, se entiende que la calificación que realiza el Derecho Internacional no guarda una relación de dependencia con la calificación que realiza el Derecho interno de cada Estado en base a su mejor conveniencia (Ortiz, 2018). Por su parte, Jiménez (2009) afirma que un hecho realizado por un Estado solo calificará como ilícito en tanto constituya una afectación a una determinada obligación internacional; ergo, ninguna disposición dimanante del ordenamiento jurídico interno puede servir de justificante para evitar que un determinado comportamiento de un Estado incurra en ilicitud.

7.1. Concurrencia de los elementos objetivo y subjetivo

Citando el artículo 2 del mencionado Proyecto se aduce que:

Hay hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión:

- a) Es atribuible al Estado según el derecho internacional; y
- b) Constituye una violación de una obligación internacional del Estado (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2001, artículo 2).

Lo que se pretende dar a entender con el precitado artículo es que a efectos de que se configure un hecho ilícito conforme a los lineamientos del Derecho Internacional, se requiere la intervención o concurrencia de dos elementos que no son pasibles de extrapolar, uno objetivo referido a la afectación o violación de una determinada regla del Derecho Internacional, y otro subjetivo relacionado a la atribución de responsabilidad por la conducta activa u omisiva de un determinado Estado en perjuicio de una regla internacional (Salmón, 2017)

7.1.1. Elemento Objetivo: Comportamiento ilícito del Estado materializado en la violación de una obligación internacional Como se mencionó brevemente en líneas anteriores, este elemento hace referencia al comportamiento ilícito de un Estado sea por acción u omisión en detrimento de una determinada regla del Derecho Internacional, requiriendo adicionalmente la vigencia de esta última paralelamente al tiempo en que se produzca el hecho ilícito

internacional; ergo, la responsabilidad internacional positiva, o negativa que se le atribuya al Estado infractor, surtirá efectos pese a que la obligación incumplida previamente se extinga en el tiempo. (Salmón, 2017)

En otros términos, Ortiz (2018) señala que se materializa una transgresión de una obligación internacional cuando el comportamiento efectuado por un determinado Estado miembro del tratado es inconforme, contrastante u opuesto a lo que dispone el Derecho Internacional. Ello, en atención a lo establecido en el artículo 12 del mencionado Proyecto de artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas (2001), que establece: “Hay violación de una obligación internacional por un Estado cuando un hecho de ese Estado no está en conformidad con lo que de él exige esa obligación, sea cual fuere el origen o la naturaleza de esa obligación”.

Siguiendo esta línea Casanovas & Rodrigo (2013) consideran que, al momento de determinar la afectación de una obligación internacional, poco importa la estructural, naturaleza, el tipo de obligación según los fines a los que se destinan, ni mucho menos la fuente convencional de la cual nace la obligación. A modo de esclarecer lo anterior, Ortiz (2018) en estrecha relación con la fuente creadora de la obligación colige que puede entenderse a la costumbre internacional como la agrupación de instrumentos que respaldan al acuerdo internacional, tales como, los Principios Generales del Derecho, la resolución expedida por organización internacional y/o el fallo judicial, así como a los mismos tratados internacionales, los cuales se entenderán como fuente convencional para efectos de esta tesis.

Por lo tanto, en contraste con lo anterior, debe entenderse que, a fin de tener por establecido el surgimiento de una obligación internacional, este se dilucidará en base a la interpretación y aplicación de las obligaciones internacionales, analizados junto a la finalidad y realidad de lo fáctico. Igualmente, Casanovas & Rodrigo (2013) aducen que el

incumplimiento de una obligación internacional no puede establecerse de forma abstracta, muy por el contrario, este exclusivamente dependerá del contenido e interpretación de la obligación que ha sido vulnerada en su máxima expresión.

a) El daño o perjuicio

El abogado Jiménez (2009) colige que en el momento en que se realizó la sistematización de las normas de responsabilidad internacional del precitado Proyecto, cierto número de autores afirmaron la necesidad de dar por establecido un tercer elemento fundamental para que los Estados puedan invocar la responsabilidad internacional contra el Estado infractor, esto es, el daño o perjuicio.

No obstante, tal elemento no fue aceptado por la Comisión toda vez que dicho daño intrínseco de todo hecho ilícito internacional es al mismo tiempo inherente de una obligación internacional, es decir, el factor daño se incluye en toda obligación jurídica vulnerada; ergo, no deben ser considerados como elementos constitutivos de responsabilidad internacional la culpa del infractor ni el daño material, salvo acuerdo que establezca manifiestamente lo contrario. (Casanovas & Rodrigo, 2013)

Estando a lo anterior, se puede concluir que el factor daño o perjuicio se encuentra contenido dentro de la violación de la obligación internacional, lo que la doctrina conoce como el elemento objetivo de la responsabilidad internacional. Y, si bien el daño no es considerado como elemento autónomo del hecho ilícito internacional, es un factor determinante para identificar los alcances que desplegará la responsabilidad internacional incoada al Estado autor de la vulneración de una determinada obligación internacional.

b) Factor tiempo

Puede considerarse a este factor como condicionante para

dilucidar la existencia de una afectación a las obligaciones internacionales. Según el artículo 13 del Proyecto en mención se establece que, en tanto los Estados no posean vinculación con una obligación internacional al momento en que se produce el hecho ilícito, no serán constituidos como autores de la violación de obligaciones internacionales. En ese sentido, el especialista Pérez (2013) considera como regla fundamental para configurar responsabilidad internacional en virtud del factor temporal, es que el hecho ilícito y la obligación vulnerada se encuentren vigentes al momento en que el daño fue perpetrado.

Al respecto, los numerales 1; 2 y 3 del artículo 14 del Proyecto de artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas (2001), establece lo siguiente:

1. La violación de una obligación internacional mediante un hecho del Estado que no tenga carácter continuo tiene lugar en el momento en que se produce el hecho, aunque sus efectos perduren;
2. La violación de una obligación internacional mediante un hecho del Estado que tiene carácter continuo se extiende durante todo el período en el cual el hecho continúa y se mantiene su falta de conformidad con la obligación internacional;
3. La violación de una obligación internacional en virtud de la cual el Estado debe prevenir un acontecimiento determinado tiene lugar cuando se produce el acontecimiento y se extiende durante todo el período en el cual ese acontecimiento continúa y se mantiene su falta de conformidad con esa obligación.

Como se advierte del precitado artículo, se hallan tres supuestos que estiman adecuadamente el cómo, cuándo y cuánto se origina el hecho ilícito internacional, siendo en primer lugar, el hecho de tracto

discontinuo en el tiempo realizado por el Estado se origina en el momento en que se consuma pese a que sus efectos perduren a futuro; en segundo lugar, un hecho de tracto continuo del Estado se prolonga durante todo el tiempo en que se encuentre vigente y en contraposición de la obligación internacional. Cabe precisarse respecto de este segundo supuesto, que se encuentran incluidos los denominados hechos compuestos, los cuales se originan por un conjunto de acciones u omisiones ilícitas que se prolongan en el tiempo de su vigencia y mientras perdure su contraste con las obligaciones internacionales. (Pérez, 2013) Finalmente, en tercer lugar, la prevención de un determinado hecho se origina cuando éste se consuma y surte efectos durante el periodo en que se encuentra vigente y en disconformidad con la obligación internacional.

7.1.2. Elemento Subjetivo: Atribución del comportamiento ilícito internacional

Por otro lado, para que dicha conducta sea imputada o atribuible al Estado se requiere de una operación mental lógico-jurídica que posibilite determinar al Estado autor del hecho ilícito; se debe precisar que esta operación mental pretende acreditar el nexo entre la entidad, autoridad, el grupo de individuos que actúan en representación del Estado y el hecho que reputa ilicitud según los lineamientos del Derecho Internacional. (Jiménez, 2009)

Cabe indicar adicionalmente que, para atribuir un determinado comportamiento a un Estado únicamente se debe atender la conducta objetiva de este, no siendo necesario analizar la actitud psicológica de los sujetos que actuaron en representación del Estado (Pérez, 2013). Por su parte Casanovas & Rodrigo (2013) sostienen que a pesar de que únicamente se requiere analizar la conducta objetiva del Estado para el supuesto de atribución, ello no es óbice para desmerecer que la conducta del autor presidida por el dolo o culpa no puedan ser consideradas en aquellos supuestos de imputación de responsabilidad penal individual de los agentes y/o para la determinación específica del contenido de la responsabilidad internacional que afrontará el

Estado.

En efecto y de conformidad con los preceptos normativos del precitado Proyecto, en los posteriores párrafos se analizarán las reglas y supuestos sobre atribución de los hechos internacionalmente ilícitos a un Estado.

a) Reglas Generales

En el tenor de los numerales 1 y 2 del artículo 4 del Proyecto de artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas (2001), se establece tres supuestos generales que generan la imputación de responsabilidad a un determinado Estado:

1. Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado.
2. Se entenderá que órgano incluye toda persona o entidad que tenga esa condición según el derecho interno del Estado.

Este primer artículo revela el primer supuesto de la atribución de un comportamiento al Estado como regla general, esta refiere al supuesto en el cual la conducta haya sido perpetrada por cualquiera de los órganos internos del Estado ya sean que correspondan a la jurisdicción del Poder Ejecutivo, Legislativo, Judicial o de cualquier otra de la división territorial del mismo. (Ortiz, 2018)

Para la abogada internacionalista Salmón (2017), cuando se hace referencia al órgano del Estado, debe ser entendida en el sentido amplio de la palabra, en otras palabras, que no abarca de manera exclusiva a aquellos órganos del gobierno central vinculados a cargos públicos de alto rango, sino que también se desprende el

marco de aplicación a aquellos servidores de niveles de gobiernos locales o regionales producto de la descentralización. Pérez (2013) considera que sólo deben poseer la calidad de hechos del Estado aquellos hechos materializados por actores que actúan como órganos del Estado, excluyendo a todos aquellos actos realizados por particulares a título privado o sin representación oficial; es en tal extremo que debe interpretarse a raíz del numeral 2 del artículo 4 del precitado Proyecto que el término “órgano” es aplicable de manera general a todas las personas o entidades que obtuvieron el reconocimiento como órganos del Estado por el propio Derecho interno.

Por su parte, Casanovas & Rodrigo (2013) sostienen que esta regla general posee carácter de tradición internacional. Algunos ejemplos de este tipo de actos son aquellos que surgen de la aplicación de la no publicación de alguna ley interna tal como lo dispone un tratado internacional, la aplicación irregular de leyes fiscales a extranjeros incumpliendo obligaciones dimanantes de los acuerdos de libre comercio o de los tratados bilaterales de inversión, negación de fallos judiciales discriminatorios sin el nivel mínimo de trato a los inversores extranjeros, en resumidas cuentas, fallos injustos de la justicia nacional – supuestos que indubitablemente serán analizados en algunos casos reales recopilados para la presente tesis que puestos a crítica jurídica en el próximo capítulo –.

En tanto, el artículo 5 del mismo instrumento internacional cito en el mencionado Proyecto, revela un segundo supuesto que encaja en la regla general de imputación de responsabilidad:

Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o entidad que no sea órgano del Estado según el artículo 4, pero esté facultada por el derecho de ese Estado para ejercer atribuciones del poder público, siempre que, en el caso de

que se trate, la persona o entidad actúe en esa capacidad (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2001, artículo 5).

Del texto del artículo en mención se desprende el supuesto en el cual los nacionales actúan sin ostentar la calidad de órgano del Estado, pero que además hayan sido habilitadas por normativa del Derecho interno para ejercer tales competencias de orden público. (Ortiz, 2018)

Por otro lado, la abogada internacionalista Salmón (2017) sostiene que de este artículo ingresan dos nuevos supuestos, estos son, el supuesto del comportamiento de una persona natural o jurídica que no es parte de los órganos propios del Estado pero que es habilitada para ejercer funciones específicas del poder público; y el supuesto en el cual un determinado órgano que se encuentra bajo innegable control y dirección exclusiva del Estado destinado a la cooperación entre Estados del marco internacional.

A modo de complementar lo anterior y en concordancia con el artículo 7 del mismo cuerpo normativo internacional, se tiene que aquellas actividades llevadas a cabo en el marco del poder público más allá de los lineamientos establecidos – llamados los actos ultra vires – serán considerados como hechos perpetrados por el Estado siempre que hayan intervenido en la calidad de órganos estatales, o en su defecto, en su calidad de sujetos facultados por este. (Jiménez. 2009)

Al respecto, Casanovas & Rodrigo (2013) coligen que, para invocar este supuesto, se debe tener en cuenta tres requisitos a analizar, en primer lugar, que tales personas o entidades realicen funciones propias del poder público, es decir, que hayan realizado carrera pública; en segundo lugar, que se encuentren habilitados y/o facultados de manera expresa por el Derecho nacional del Estado; y en tercer lugar, que estos se desenvuelvan en el marco de la capacidad atribuida.

Por último, el artículo 6 del Proyecto de artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas (2001), en comento se precisa el tercer supuesto en el siguiente tenor:

Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de un órgano puesto a su disposición por otro Estado, siempre que ese órgano actúe en el ejercicio de atribuciones del poder público del Estado a cuya disposición se encuentra.

Teniendo en cuenta el marco referencial del artículo 6, se entiende como un tercer supuesto de esta regla general el caso en que la conducta provenga de parte de un determinado un órgano del Estado y que este sea puesto en disposición de otro Estado diferente al primero, ello con el objetivo de ejercer competencias de poder público. (Ortiz, 2018) Así también, se entiende que para configurar este supuesto, se requiere cumplir con tres supuestos en esencia, estos son, en primer término, la existencia de un vínculo funcional entre el órgano extranjero y la estructura del Estado receptor; en segundo término, que se acredite el estatuto jurídico como Estado emisor; y por último, que la conducta del órgano puesto a disposición sea llevada a cabo dentro de los límites establecidos por el Estado receptor. (Casanovas & Rodrigo, 2013)

Cabe precisarse que, como precisa Salmón (2017) en términos generales, los actos de los particulares que no fueron otorgados por el mismo Estado no generan responsabilidad internacional; sin embargo, existen algunas circunstancias específicas que sí son susceptibles de incurrir en una futura responsabilidad internacional dado la relación de hecho existente entre el particular que efectúa la conducta y el Estado a quien representa. De hecho, existe la posibilidad que el Estado incurra en

responsabilidad por hechos de sus particulares cuando se advierta la falta de una debida diligencia para la prevención y/o represión de tales actos.

b) Reglas Especiales

Como se precisó previamente, en ciertos casos particulares, se han considerado como hechos internacionalmente ilícitos perpetrados por el Estado, aquellos actos efectuados por los nacionales del mismo Estado independientemente de si ostentan capacidad de representación o de atribución de funciones públicas; ergo, el Estado en mención no podrá ser eximido de responsabilidad internacional futura. (Ortiz, 2018)

Tal como lo preciso el especialista Pérez (2013), un claro ejemplo de que un Estado pueda incurrir en responsabilidad internacional por actos particulares de sus nacionales sin poseer facultades para ejercer tales funciones se materializa cuando se advierte inacción o carencia de debida diligencia al momento de prevenir o reprimir tales actos. Ello, independientemente de la responsabilidad penal que enfrentará el individuo que perpetró esos actos sin poseer la debida competencia (Jiménez, 2009).

Asimismo, otro claro ejemplo en el que por regla general un Estado es pasible de incurrir en responsabilidad internacional por hechos de Estado se materializa cuando se trate de determinados comportamientos promovidos por grupos beligerantes, insurgentes o revolucionarios, salvo que tales hechos se encuentren incursos en algunas de las excepciones contempladas en los numerales 1; 2 y 3 correspondientes al artículo 10 del precitado Proyecto de artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas (2001):

1. Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de un movimiento

insurreccional que se convierta en el nuevo gobierno del Estado;

2. El comportamiento de un movimiento insurreccional o de otra índole que logre establecer un nuevo Estado en parte del territorio de un Estado preexistente o en un territorio sujeto a su administración se considerará hecho del nuevo Estado según el derecho internacional;

3. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de la atribución al Estado de todo comportamiento, cualquiera que sea su relación con el del movimiento de que se trate, que deba considerarse hecho de ese Estado en virtud de los artículos 4 a 9.

A modo de resumir las excepciones advertidas, se considerará un hecho de Estado en tanto estos grupos insurreccionales – beligerantes, revolucionarios, insurgentes, etc. – consoliden sus objetivos de manera exitosa, esto es, que tales grupos se conviertan en el nuevo gobierno o que establezcan un nuevo Estado al prexistente y se encuentre sujeto a la misma administración sin ánimos de revuelos futuros. (Ortiz, 2018)

Paralelo a ello, tal como lo establece el numeral 3 del precitado artículo, el Estado incurrirá en responsabilidad internacional por los actos de sus propios órganos que debido al nuevo orden que hayan establecido tales grupos, omitan cumplir con la supervisión, investigación, sanción y prevención de tales ilícitos durante el tiempo que dure la resistencia beligerante. (Pérez, 2013) Otra regla específica de atribución de hecho ilícito al Estado, aplica en los aquellos casos – no comunes en la práctica internacional – donde se adviertan ciertos comportamientos de rebelión puestos en escena por nacionales de cara a la ausencia de las autoridades del Estado, más aún en aquellos casos en que se requiera el ejercicio del poder público. (Jiménez, 2009)

Finalmente, otro supuesto de regla especial sucede cuando bajo la

dirección o instrucción del mismo Estado, se materializan comportamientos de nacionales en ejercicio del poder público sin ostentar competencia para ello. Para incurrir en dicho supuesto en especial, se requiere acreditar el nexo causa-consecuencia entre el Estado y el comportamiento ilícito de los actores, además, debe demostrarse que dichos comportamientos hayan surgido de las instrucciones o directrices atribuidas por el mismo Estado, es decir, que el Estado haya poseído el dominio del hecho desde un principio. (Casanovas & Rodrigo, 2013)

c) Intervención de un Estado en el comportamiento o conducta ilícita de otro Estado

En concordancia con lo señalado por Ortiz (2018), un Estado, además de responder por aquellos comportamientos ilícitos realizados por el mismo, también puede atribuirse responsabilidad por aquellos comportamientos ilícitos realizados por otros Estados y donde intervinieron en la calidad de colaboradores.

Estando a lo anterior, cabe mencionarse lo establecido en los artículos 16 al 18 del Capítulo IV del precitado Proyecto. En un primer término, el artículo 16 establece que un Estado colabora en la comisión de un hecho internacionalmente ilícito de otro Estado si es que previamente tiene conocimiento de que el determinado comportamiento denota ilicitud, al mismo tiempo que devendría en un hecho ilícito internacional cuando el Estado preste su apoyo para su materialización.

En palabras del especialista en la materia Pérez (2013), en este artículo se denota que la responsabilidad se aplica en la medida en que se haya facilitado las circunstancias para que el otro Estado se encuentre en plenas condiciones para perpetrar el hecho (Citado por Ortiz, 2018, p. 155).

Por otro lado, el artículo 17 contempla el supuesto en que un Estado dirija o controle bajo órdenes a otro Estado para realizar

actos internacionalmente ilícitos. Siendo que, este supuesto abarcaría la imputación total de la responsabilidad para el Estado colaborador. Finalmente, el artículo 18 establece un último supuesto de coacción tratándose del caso en que obre total certeza de que el Estado haya tenido conocimiento las circunstancias de tal hecho; sin embargo, en el margen de la realidad, probar estos supuestos viene a ser de gran complejidad en la práctica. (Ortiz, 2018)

7.1.3. Eximentes de ilicitud del hecho internacional

Según Casanovas & Rodrigo (2013) existen ciertas circunstancias contempladas en el Derecho Internacional que funcionan como eximentes que justifican el comportamiento contrario a las obligaciones internacionales; ergo, los Estados pueden ser excluidos de incurrir en responsabilidad internacional por la comisión de un hecho ilícito internacional.

Asimismo, las normas de Derecho Internacional General que contemplan las eximentes poseen carácter dispositivo, es decir, los Estados poseen la facultad de invocar el motivo correspondiente para justificar el hecho ilícito cometido, o en su defecto, renunciar a estas eximentes; en complemento a ello, estas pueden ser invocadas como justificante de cualquier hecho ilícito internacional salvo que se traten de ilícitos que se generen en contra de las obligaciones dimanantes de una Norma Imperativa del Derecho Internacional General – *Ius Cogens* – . (Casanovas & Rodrigo, 2013)

Cabe indicarse que de conformidad con el artículo 27 del Proyecto en comento, estas causales de exención no pueden anular ni extinguir la obligación afectada, pues estas deben ser observadas en cuanto las eximentes hayan desaparecido; en suma a ello, estas pueden viabilizar la invocación de pretensiones indemnizatorias dada la pérdida efectiva causada por el Estado responsable.

Ahora bien, estas circunstancias se encuentran contempladas en los artículos 20 al 27 del Capítulo V del mencionado Proyecto, los cuales se

desarrollarán en las siguientes líneas.

a) Consentimiento

El artículo 20 del Proyecto de artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas (2001), prevé lo siguiente:

El consentimiento válido de un Estado a la comisión por otro Estado de un hecho determinado excluye la ilicitud de tal hecho en relación con el primer Estado en la medida en que el hecho permanece dentro de los límites de dicho consentimiento.

Se desprende de este articulado que la aquiescencia o aprobación del Estado respecto de un determinado hecho ilícito cometido por otro Estado es causal de exclusión de responsabilidad internacional del Estado que ostentó la calidad de autor de la perpetración del hecho ilícito.

Salmón (2017) sostiene que la causal de consentimiento se materializa cuando el Estado perjudicado autoriza al Estado infractor para que actúe de manera contraria en situaciones, que, en cualquiera de las circunstancias, estas estarían prohibidas taxativamente por el Derecho Internacional. Por su parte, Casanovas & Rodrigo (2013) aducen que, para relucir la validez de esta eximente, se requiere que el consentimiento sea otorgado por la autoridad debidamente facultada y sin que sea posible la existencia de vicios que puedan generar la invalidez de la manifestación del consentimiento.

Asimismo, en palabras de la abogada Salmón (2017), deben concurrir determinados requisitos para que el consentimiento sea válido, siendo en primer lugar, que el consentimiento debe ser otorgado simultáneamente al acto del Estado autorizado; en segundo lugar, este consentimiento debe ser expreso evitando la

aparición de determinadas presunciones; en tercer lugar, la persona que consintió sea facultada para tal consentimiento; y en cuarto lugar, dicho consentimiento no debe estar sujeto a los vicios de error, dolo o coacción.

b) Legítima defensa

Respecto a dicha eximente, el artículo 21 del Proyecto de artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas (2001) señala lo siguiente: “La ilicitud del hecho de un Estado queda excluida si ese hecho constituye una medida lícita de legítima defensa tomada de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”.

Según Ortiz (2018), para realizar una adecuada interpretación del presente artículo, debe mencionarse la disposición prevista en el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas redactada en la Conferencia de la Organización de las Naciones Unidas (1945) en el siguiente tenor:

Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacional. Las medidas tomadas por los Miembros en ejercicio de legítima defensa serán comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad, y no afectarán en manera alguna la autoridad y responsabilidad del Consejo conforme a la presente Carta para ejercer en cualquier momento la acción que estime necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacional.

En el marco del precitado artículo, se desprende que la invocación del uso de la fuerza por un Estado perjudicado que comete otro hecho ilícito, en respuesta a un ataque efectuado previamente por

otro Estado diferente a él, es considerado como causal de exclusión de responsabilidad en tanto se haya comunicado al Consejo de Seguridad dicho motivo, sin menoscabar la autoridad y funciones de este organismo mediador de rango internacional.

c) Contramedidas

De conformidad con el artículo 22 del Proyecto de artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas (2001), colige que:

La ilicitud del hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación internacional suya para con otro Estado queda excluida en el caso y en la medida en que ese hecho constituya una contramedida tomada contra ese otro Estado de acuerdo con lo dispuesto en el capítulo II de la tercera parte.

Como se desarrolló en subtemas anteriores del presente capítulo, las contramedidas son utilizadas como una suerte de reacción ante la existencia de un previo hecho ilícito internacional direccionada contra el Estado infractor a fin de lograr que este último cese y repare el daño en su totalidad. (Casanovas & Rodrigo, 2013)

En esa misma línea, Salmón (2017) señala que esta conducta ilícita realizada por el Estado perjudicado desnaturaliza su carácter ilícito debido a que se ha efectuado en respuesta por el incumplimiento de una determinada obligación internacional y que posee como finalidad que el Estado responsable cese y enmiende el daño ocasionado.

d) Fuerza mayor o Caso Fortuito

Según los numerales 1 y 2 contemplados en el artículo 23 del Proyecto de artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas (2011), se tiene que:

1. La ilicitud del hecho de un Estado que no esté de conformidad con una obligación internacional de ese Estado queda excluida si ese hecho se debe a un caso de fuerza mayor, es decir, a una fuerza irresistible o un acontecimiento imprevisto, ajenos al control del Estado, que hacen materialmente imposible, en las circunstancias del caso, cumplir con la obligación;

2. El párrafo 1 no es aplicable si:

- a) La situación de fuerza mayor se debe, únicamente o en combinación con otros factores, al comportamiento del Estado que la invoca; o
- b) El Estado ha asumido el riesgo de que se produzca esa situación.

Del análisis del artículo 23 se precisa que en los casos donde se advierta fuerza irresistible o un acontecimiento no previsible que escapan del control estatal y que hacen devenir en imposible el cumplimiento de una obligación internacional, puede ser invocado por el Estado autor como justificante de la ilicitud del hecho cometido ya que no tuvo elección de evitar tal comportamiento. (Jiménez, 2009)

Por su parte, Salmón (2017) sostiene que, para configurar dicha eximente, deben concurrir tres requisitos en esencia, esto son, que el acto debe suponer una fuerza irresistible o hecho no previsto relacionado con la imposibilidad de cumplir la obligación internacional; además, que dicha circunstancia escape del control del Estado que incumplió; y finalmente, que la obligación devenga materialmente en imposible de llevar a cabo.

Sin embargo, existen ciertas excepciones a la regla, pues no es aplicable en circunstancias donde la fuerza irresistible se genera debido al comportamiento del Estado que la invoca, o en su defecto, cuando sea el mismo Estado quien asume el riesgo de que

tal situación de fuerza mayor se materialice. (Ortiz, 2018)

e) Peligro inminente

Cabe hacerse mención a los numerales 1 y 2 correspondientes al artículo 24 de Proyecto de artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, los cuales establecen que:

1. La ilicitud del hecho de un Estado que no esté de conformidad con una obligación internacional de ese Estado queda excluida si el autor de ese hecho no tiene razonablemente otro modo, en una situación de peligro extremo, de salvar su vida o la vida de otras personas confiadas a su cuidado.

2. El párrafo 1 no es aplicable si:

a) La situación de peligro extremo se debe, únicamente o en combinación con otros factores, al comportamiento del Estado que la invoca; o

b) Es probable que el hecho en cuestión cree un peligro comparable o mayor. (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2001, artículo 24, numerales 1 y 2)

Jiménez (2009) sostiene que, tampoco es considerado hecho ilícito los comportamientos realizados de forma voluntaria por una persona en representación del Estado frente a una situación que denote peligro y que atente contra su vida o a la vida de otras personas. Por otro lado, del análisis integral del precitado artículo se tiene que, las circunstancias donde no es posible invocar el peligro extremo son idénticas – por no decir iguales – a las causales de excepción de la fuerza mayor tipificadas en los literales a) y b) del numeral 2 del artículo 23 del precitado Proyecto; no obstante, esta actuación voluntaria de la persona posibilita que dichas circunstancias donde impera el peligro

extremo se diferencien de los casos de fuerza mayor. En otras palabras, el factor diferenciador con la eximente de fuerza mayor es que el agente estatal posea conocimiento de que su conducta es manifiestamente contraria al Derecho Internacional. (Salmón, 2017)

f) Estado de necesidad

Al respecto, Salmón (2017) afirma que en esta eximente surge una controversia entre el cumplimiento de una determinada obligación internacional y la protección del interés fundamental sea del propio Estado o de la comunidad internacional.

Por regla general la causal de estado de necesidad no opera como eximente de ilicitud de aquellos hechos colisionantes de obligaciones internacionales; sin embargo, el numeral 1 del artículo 25 del precitado Proyecto establece dos salvedades a esta regla general:

1. Ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud de un hecho que no esté de conformidad con una obligación internacional de ese Estado a menos que ese hecho:

a) Sea el único modo para el Estado de salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave a inminente; y

b) No afecte gravemente a un interés esencial del Estado o de los Estados con relación a los cuales existe la obligación, o de la comunidad internacional en su conjunto. (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2001, artículo 25, numeral 1)

A manera de análisis de este artículo, se tiene como dos excepciones que posibilitan la invocación de la causal de estado de necesidad como justificante de la ilicitud de un hecho realizado por un Estado; en primer lugar, cuando el no cumplir

temporalmente con la obligación internacional sea la única manera que el Estado encuentre para salvaguardar un interés fundamental de un peligro ciertamente inminente y, en segundo lugar, cuando la obligación internacional vulnere gravemente un interés fundamental del Estado, o en su defecto, se afecte los intereses de la sociedad internacional en su conjunto.

Por otro lado, el numeral 2 del artículo 25 del precitado Proyecto de artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas (2001), establece que:

2. En todo caso, ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud si:

- a) La obligación internacional de que se trate excluye la posibilidad de invocar el estado de necesidad; o
- b) El Estado ha contribuido a que se produzca el estado de necesidad.

Frente a tal disposición, se detalla la prohibición expresa de los Estados de invocar este supuesto siempre que la obligación internacional excluya al estado de necesidad como cierto justificante de la ilicitud del comportamiento del Estado; o si el Estado que invoca dicha causal es el mismo que la materializa inicialmente. (Jiménez, 2009)

8. Algunas consideraciones finales del primer capítulo

A raíz del análisis de este primer capítulo de la presente investigación en desarrollo, se puede advertir que, en la actualidad, los Estados son sujetos que necesitan relacionarse con otros Estados a efectos de autoabastecerse y subsistir. Por ello, en el marco del Derecho Internacional Público, a través de ciertos instrumentos internacionales tales como la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 aprobada por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, se regulan las conductas y relaciones internacionales entre los

Estados como sujetos de Derecho Internacional, en base al respeto de varios principios internacionales, como son, el principio de la buena fe, el principio del *pacta sunt servanda*, el principio de la seguridad jurídica nacional e internacional y el principio de la primacía del Derecho Internacional sobre el Derecho interno – este último con cierta salvedad a la regla –.

Siendo de conocimiento general que los Estados están obligados a actuar en aras de fomentar la armonía y paz entre las relaciones que se van forjando de forma continua y progresiva con otros Estados, las cuales se ven materializadas en la celebración de los tratados internacionales – cualquiera sea su clasificación y denominación en relación con el objeto y fin que ostentan –.

Asimismo, se debe poner en manifiesto la complejidad de análisis del proceso de celebración de los tratados internacionales, en vista de que los procedimientos, formalidades y los efectos jurídicos originados de este proceso son regulados por el Derecho Constitucional del mismo Estado; mientras que, por otro lado, la cantidad de Estados concurrentes, los requerimientos para su entrada en vigor y las características propias en relación a su aplicación e incorporación son regulados por el Derecho Internacional Público. (Novak, 2005)

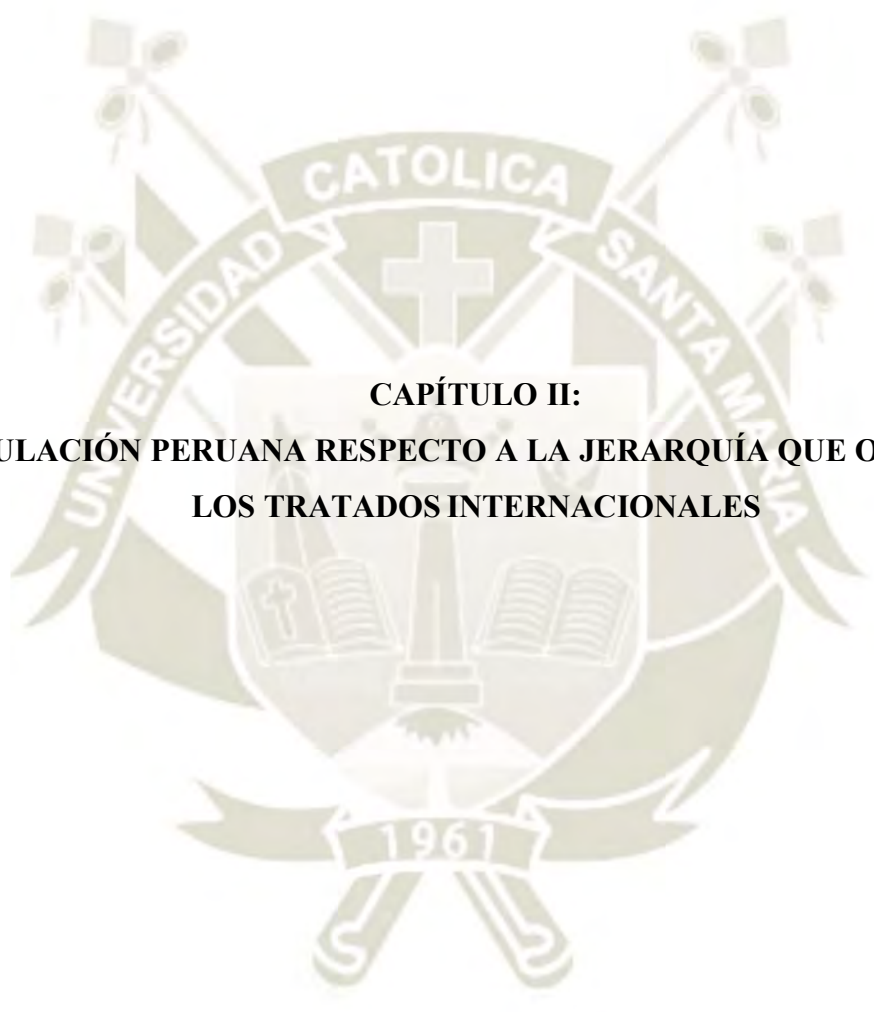
Ello, sin mencionar la infinidad de supuestos susceptibles de materializarse toda vez que el Derecho Internacional no los contempla expresamente ni en costumbre ni en jurisprudencia internacional, puede derivar en la terminación, suspensión o nulidad del tratado, lo cual atentaría contra la economía del mismo y la armonía de las relaciones internacionales entre los Estados, por lo que dicha afectación también se da en contra de la seguridad jurídica nacional e internacional.

Por otro lado, tomando las directrices establecidas por Ortiz (2018) se puede concluir de este primer capítulo que la responsabilidad internacional genera la materialización de una consecuencia negativa producto de la comisión de un hecho ilícito internacional, el cual se encuentra compuesto por un conjunto de relaciones de responsabilidad cuya finalidad es el cese y/o el resarcimiento de la violación de una norma del Derecho Internacional. Al respecto, no existe un tratado que regule en el marco normativo específico la materia de responsabilidad internacional surgido de la Comisión de Hechos Internacionalmente Ilícitos, en ese escenario, la Comisión de Derecho Internacional redactó un documento donde

recopilan normativa consuetudinaria sobre tal materia, el cual fue denominado Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por la comisión de hechos internacionalmente ilícitos, que si bien no forma parte del Derecho duro oficialmente, los Estados son libres de poder invocarlo en la práctica, doctrina, y jurisprudencia nacional e internacional. (Salmón, 2017)

Finalmente, en palabras de Abugattas (2006) los fines que buscan proteger tanto el Derecho interno como el Derecho internacional son diferentes; el primero de ellos, mediante un órgano legislativo, aspira salvaguardar la convivencia de los individuos que residen en el territorio donde el Estado ejerce poder regulando sus conductas; contrariamente, el segundo, se enfoca en garantizar las relaciones armoniosas generando cooperación, integración y solución de controversias en atención a las exigencias de la comunidad internacional.

Por tanto, se sugiere que ante los conflictos del Derecho interno y el Derecho Internacional deben de ser tratados con el debido cuidado y siempre prefiriendo el segundo, pues de no ser así, se estaría incurriendo en responsabilidad internacional frente a otros tratados por el incumplimiento de las obligaciones dimanantes de un tratado – en la mayoría de veces por conductas arbitrarias originadas por desconocimiento del Derecho Internacional Público –, en palabras de Abugattas (2006), este problema se vuelve más notorio cuando ambos ordenamientos intentan convivir en el mismo ámbito de aplicación tal como se demostrará en el segundo capítulo de la presente tesis.



**CAPÍTULO II:
REGULACIÓN PERUANA RESPECTO A LA JERARQUÍA QUE OSTENTAN
LOS TRATADOS INTERNACIONALES**

1. Posición jerárquica de los tratados internacionales en el Perú

Como se desarrolló en anteriores párrafos, la Constitución Política del Perú de 1993 contempla el Capítulo II, del Título II referente al Estado y Nación, en el cual destina sus articulados 55, 56 y 57 a regular la incorporación de los acuerdos internacionales al Derecho nacional; la aprobación legislativa de determinados tratados; la directa ratificación por el Ejecutivo; la aprobación mediante reforma constitucional y, finalmente, la denuncia de los tratados. (Salmón, 2017)

De la misma forma, Garcia-Corrochano (2013) considera que se pueden considerar el numeral 4 del artículo 200 de la Constitución Política del Perú de 1993 que reconoce el control constitucionalidad de los tratados; el numeral 11 del artículo 118 respecto a la competencia del Jefe de Estado para celebrar y ratificar los tratados sin la intervención del Congreso; el numeral 3 del artículo 102 que reconoce la facultad del Congreso para la aprobación de tratados; y la Cuarta Disposición Final y Transitoria que reconoce la jerarquía constitucional a los tratados que versan sobre Derechos Humanos. Cabe tenerse en cuenta del mismo modo, a la Ley N° 26647 en la cual se establece disposición expresa respecto del procedimiento de la exteriorización de la voluntad del Estado para quedar obligado al tratado.

Sin perjuicio de lo anteriormente señalado, se debe resaltar que la Constitución Política del Perú no ha detallado taxativamente el rango jerárquico que poseen los acuerdos internacionales en general – salvo una materia específica –. A pesar de ello, como se determinó en los anteriores subtemas, la legislación nacional, jurisprudencia del TC y gran parte de los doctrinarios, sostienen que los tratados internacionales justo en el momento en que ingresan a formar parte del ordenamiento nacional van a ostentar la jerarquía de normas legales, con aquella salvedad de los tratados que versan temas relacionados al ámbito de los Derechos Humanos, pues en virtud de la Cuarta Disposición Final Transitoria de la Constitución de 1993, se les confiere rango constitucional equiparable a la Carta Magna.

Debe recalarse que el enfoque de la presente investigación está dirigido a cuestionar y criticar el rango de ley que se le instituyó desde un inicio a los tratados internacionales en base de ciertas deducciones e inferencias producto de la interpretación conjunta de los artículos constitucionales anteriormente especificados, y en virtud de ello, defender la postura inicialmente planteada en el

plan de tesis, referente al rango supralegal que deberían de atribuírsele a los tratados; ello a efectos de evitar controversias futuras donde se adviertan contradicciones e incompatibilidades entre las obligaciones dimanantes de una norma legal de Derecho interno y las que dimanen propiamente de un tratado internacional, problemas que, como se ha explicado líneas arriba, se originan en virtud al mismo rango normativo que en su momento, la Constitución Política del Perú de los años 1979 y 1993, les atribuyeron a los tratados en general y a las leyes del ordenamiento interno peruano.

Por otro lado, es pertinente resaltar que para el maestro García-Corrochano (2013), la jerarquía atribuida en un inicio a los tratados fue inferida a partir de un somero análisis de ciertos apartados normativos de la Constitución peruana de 1993, los cuales no se encuentran contenidas en el Capítulo II a pesar de ser el Capítulo dedicado a la materia de los tratados. Cabe indicar también y como se desarrollará posteriormente, los artículos constitucionales 55, 56 y 57 no abarcan la mejor forma la complejidad que caracteriza a los tratados internacionales, ello, ha ocasionado que los actores competentes se apoyen exclusivamente de la interpretación de otros articulados constitucionales a efectos de intentar buscar una posición jerárquica, por cierto, no muy acertada, a los tratados. Estos artículos constitucionales son:

- En primer lugar, el numeral 1 del artículo 118 de la Constitución Política del Perú de 1993 que establece como una atribución del Presidente de la República el dar cumplimiento y, en efecto, hacer cumplir en primer orden, la Constitución y los tratados, en segundo orden leyes y en tercer y otros órdenes, las demás disposiciones legales.
- En segundo lugar y con mayor especificidad, el numeral 4 del artículo 200 de la Constitución Política del Perú del 93 aprobada por la Asamblea Constituyente Democrático (1993) establece:

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.

Como se puede advertir de la redacción del precepto normativo, en primer orden se encuentra – sin lugar a discusión – la Constitución y, sucesivamente, a los tratados internacionales y las leyes conjuntamente. Asimismo, a modo de proporcionar mayor certeza, en el segundo precepto normativo se colige de manera indubitable la categoría legal atribuida a los tratados equiparables a otras normas similares de mismo rango normativo. De lo cual se infiere – a falta de declaración legal expresa –, que los tratados internacionales son considerados dentro de la categoría de normas legales junto a las leyes en general.

En complemento a lo anteriormente mencionado, el máximo intérprete de la Constitución establece en la Sentencia perteneciente al Expediente N° 047-2004-AI/TC, una subcategorización en atención a la fuente o forma normativa de las normas legales, las cuales se manifiestan como la pirámide de jerarquía normativa del sistema jurídico peruano en los términos siguientes:

1.1. Normas de primer grado:

Estas normas se caracterizan por ostentar rango constitucional toda vez que se originan de la propia voluntad del poder constituyente. Entre ellas, encabeza la lista la Constitución política del Perú de 1993, la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados de Derechos Humanos lógicamente. Asimismo, se engloba una serie de convenciones internacionales que se caracterizan por ser normas autoaplicativas ya que su sola invocación es necesaria para que produzcan efectos jurídicos, no requiriendo previamente una *vacatio legis* como es el caso de las normas de carácter heteroaplicativo. En ese sentido, dentro de esta clasificación normativa se encuentran el conjunto normativo de protección universal tales como la Carta de las Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económico, Sociales y Culturales, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, entre otras muchas.

Igualmente, dentro de este mismo nivel de clasificación se tiene al conjunto normativo compuesto por normas pertenecientes al sistema de protección regional tales como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Carta de la Organización de los Estados Americanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención de Belem Do Pará, la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, el Estatuto y Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el Estatuto y Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre otras muchas.

Finalmente, conforman este grupo aquellos Tratados que requieren habilitación legislativa a través de una reforma constitucional toda vez que afectan la soberanía peruana al generar un cambio en las disposiciones constitucionales, tal como se precisa en el marco del artículo 206 de la Constitución peruana vigente. En este subgrupo se encuentran los denominados Tratados supranacionales, a los cuales se hace referencia en los artículos 44, 55 y 56 de la referida Constitución. A manera de ejemplificar, se tiene al Acuerdo de Cartagena que dio origen a la Comunidad Andina, el Pacto de Bogotá dio origen al hoy denominado Tratado Americano de Soluciones Pacíficas, entre otros muchos.

1.2. Normas de segundo grado:

En este segundo grupo de clasificación se encuentran las normas que ostentan rango de ley promulgadas por los Poderes Constituidos, es decir, todas aquellas normas infraconstitucionales emitidas por los organismos creados por la Constitución de manera directa como es el Congreso de la República. En efecto, estas son las signadas normas generales que conforman el famoso Bloque de Constitucionalidad – escudo de protección de la Constitución Política –. Por consiguiente, estas normas condicionan, o en su defecto limitan el contenido de aquellas fuentes normativas que ostentan igual o menor jerarquía.

En este grupo se encuentran incluidas las Leyes de desarrollo constitucional estipuladas en la Octava Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú de 1993; las de reforma constitucional,

las Sentencias de la Corte IDH, Norma comunitaria o supranacional; etc.

Cabe mencionarse que, dentro de este mismo grupo se hallan las normas que integran lo que en la actualidad se conoce como el Bloque Extraconstitucional, las cuales no deben contradecir al bloque de constitucionalidad y por defecto tampoco deben ser contrarias a las disposiciones contenidas en la precitada Constitución. A efectos de ejemplificar, se tiene a las leyes ordinarias emitidas por el Congreso peruano aprobadas por mayoría relativa, es el caso de los tratados legislativos y ejecutivos, las resoluciones legislativas, los Decretos Legislativos, los Decretos de Urgencia, los Decretos Leyes, las Ordenanzas municipales y regionales, etc. En efecto, señala el TC que estas normas ostentan rango de ley en la medida que se confiere implícitamente la jerarquía de ley en atención a lo establecido en el inciso 1) del artículo 102 de la Constitución peruana vigente y el artículo 4 del Reglamento del Congreso.

1.3. Normas de tercer grado:

En esta clasificación se encuentran todas aquellas normas generales que son emitidas por los órganos administrativos o ejecutivos del Estado en sus diferentes niveles de organización vertical. En ese orden de ideas, el Presidente de la República, con respaldo del referendo ministerial, posee la facultad de emitir reglamentos, resoluciones y decretos de orden administrativo, los cuales son analizados en relación a las Leyes. A manera de ejemplificarlas, se tiene a los Decretos Supremos cuya finalidad radica en regular las actividades funcionales sectoriales o multisectoriales mediante los decretos regionales y de alcaldía. Por otro lado, se encuentran los reglamentos administrativos que contiene los preceptos generales de las funciones de la administración pública y que reviste de obligatoriedad interna, los reglamentos ejecutivos de las leyes que contienen los términos accesorios de las normas con rango de ley, y finalmente los reglamentos autónomos que, si bien no poseen una ley directamente como base, asisten al cumplimiento de las acciones asignadas en esta.

1.4. Normas de cuarto grado. -

Este cuarto grupo lo ocupan las resoluciones administrativas, es decir, aquellas normas a las que se les aplica control de legalidad y cuya finalidad es resolver u ordenar temas en específico de la propia administración pública. Algunas de ellas son las resoluciones supremas, ministeriales, de organismos constitucionalmente autónomos, directorales, de alcaldía, entre otros varios.

1.5. Normas de quinto grado. -

Finalmente, a manera de simple mención de los cinco grados de clasificación de las normas del sistema jurídico peruano, en este último grupo se contemplan aquellas normas que traspasan el ámbito de aplicación del Derecho Público, pues solamente afectan a los intereses particulares de sujetos individualizados, tales como las sentencias Inter partes o los contratos de naturaleza privada.

La clasificación anteriormente desarrollada, se sintetiza en el siguiente cuadro de elaboración propia:

Figura 1. Sistematización de las fuentes del Derecho peruano.

SISTEMATIZACIÓN DE FUENTES DEL DERECHO PERUANO				EJE DE COMPETENCIA POR RAZÓN DE TERRITORIO		
				NACIONAL	REGIONAL	LOCAL
EJE DE JERARQUÍA NORMATIVA	NORMAS DE INTERÉS GENERAL	Legales	1°	CONSTITUCIÓN + TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS	-	-
			2°	NORMAS LEGALES	Ordenanza Regional (En el ámbito de sus competencias)	Ordenanza Municipal (En el ámbito de sus competencias)
		Infralegales	3°	DECRETOS SUPREMOS	Decreto Regional	Decreto de Alcaldía
			4°	RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS	Acuerdo del Consejo Regional - Resolución Regional	Acuerdos del Consejo Municipal - Resolución Municipal
	NORMAS DE INTERÉS PARTICULAR	5°	SENTENCIAS INTERPARTES		AUTONOMÍA PRIVADA (CONTRATOS, LAUDOS)	

Fuente: Elaboración propia

A grandes rasgos, se desprende del análisis de la normativa precitada que los tratados internacionales estarían ingresando a formar parte del Derecho nacional ostentando rango de ley. Sin embargo, también es de advertirse que, en ninguna disposición constitucional ni menos aún en las leyes generales y particulares, tales son los casos de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el Código Procesal Constitucional o incluso en Sentencias del TC y del Tribunal Fiscal, no se advierten referencias específicas que establezcan supuestos, ni mucho menos, alternativas de solución a estas antinomias normativas originadas a partir de supuestos de colisión normativa entre un tratado – Derecho Internacional – y una determinada ley – Derecho interno –. (Novak & García-Corrochano, 2016)

De hecho, una de las razones fundantes por las que se optó desarrollar este tema para la presente tesis, fue en vista de que hasta la actualidad no se ha propuesto o encontrado soluciones concretas y adecuadas que busquen tratar dicha problemática, toda vez que se contraponen dos intereses diferentes, los nacionales y los internacionales. Adicionalmente a ello, al no existir parámetros de aplicación de la norma internacional en aquellos casos de controversia entre estos intereses cuya competencia recaen en los operadores jurídicos de los órganos nacionales tales como el Poder Judicial, no se ha establecido de forma inteligible los alcances que despliega el Derecho Internacional Público cuando entra a formar parte del Derecho interno, lo cual es óbice generador de inseguridad jurídica nacional e internacional, ello sin mencionar a la responsabilidad internacional en la que el Estado peruano incurrirá posteriormente.

Al respecto, en los siguientes párrafos se demostrará a través de un exhaustivo análisis que en la práctica se ha suscitado ciertos conflictos que han generado inseguridad jurídica respecto a la jerarquía normativa que ocupan los tratados según la normativa interna peruana a diferencia de lo que se establece en la normativa internacional.

2. Desarrollo de casos donde se advierte incompatibilidad normativa entre tratados internacionales y normas legales

En principio debe entenderse por incompatibilidad normativa a aquel conflicto suscitado entre normas en el caso que un supuesto de hecho se encuentra en el ámbito de aplicación de las dos normativas cuyas disposiciones – derechos y

obligaciones – revisten contradictoriedad; ergo, la aplicación de una de ellas ocasiona automáticamente la vulneración de la otra. (Saco, 2008)

Estando a lo anterior y a modo de sustentar la hipótesis de la presente tesis, se trae a colación tres casos antiguos y recientes que materializan las contradicciones entre la legislación interna y los tratados internacionales que el Estado peruano celebró, los cuales conllevaron a que se le impute responsabilidad internacional y la condena al pago de cuantiosas indemnizaciones. Estos casos se desarrollarán a manera de análisis de los elementos fácticos de cada caso en concreto, las normas que entran en contradicción, la manifestación de dicha contradicción normativa y finalmente el análisis de la resolución de las controversias que emplearon los organismos de Derecho Público de la jurisdicción nacional como internacional.

A. Protocolo Modificadorio del Convenio de Cooperación Aduanera Peruano – Colombiano.

1. Hechos que delimitan la controversia

- Con fecha 5 de octubre de 1994, el señor Antonio Sanjurjo Vela había efectuado la importación de 6800 sacos de harina de trigo cuyo origen provenía del país vecino Colombia; se había acordado de que dicha mercadería debía entregarse en el Puerto de Iquitos.
- Por su parte, la Intendencia de Aduana de Iquitos realizó el cobro de US\$ 10,200.00 (diez mil doscientos con 00/100 dólares americanos) por concepto de derechos arancelarios de dicha importación. Ello en aplicación del Decreto Supremo N° 016-91-AG, norma legal que volvía a restituir el derecho al cobro de gravámenes arancelarios a todas las importaciones independientemente de la procedencia de las mismas, inclusive si estas eran originarias de aquellos países con los que el Perú celebró convenios comerciales con beneficios arancelarios independientemente de su antigüedad de celebración.
- El problema surgió en el pago de derechos arancelarios que el señor Sanjurjo debía realizar por su importación de harina de trigo, pues alegaba que este devenía en ilegal e inexigible en virtud del Protocolo Modificadorio del Convenio de Cooperación Aduanera Peruano-

Colombiana de 1938, que establecía exoneraciones de gravámenes para todas aquellas importaciones que provenían de los departamentos de Loreto, San Martín y Ucayali del territorio peruano, y de la Comisaria especial del Amazonas y la Intendencia Nacional del Putumayo de jurisdicción colombiana.

- La presente controversia fue resuelta por el Intendente de la Aduana mayor de Iquitos, quien en un primer momento declaró infundada la reclamación en aplicación del Decreto Supremo N° 016-91-AG. Dicho fallo fue impugnado ante la Sala de Aduanas del Tribunal Fiscal, la cual mediante resolución N° 1290-98 resolvió confirmando la decisión de primera instancia.
- Agotada la vía administrativa, el señor Sanjurjo interpuso demanda contencioso-administrativa ante la Sala Especializada de la Corte Suprema en contra de la resolución expedida por el Tribunal Fiscal. Dicha Sala Especializada, resolvió declarando fundada la demanda y, por defecto manifiestamente nula la resolución del Tribunal Fiscal. Disponiendo la devolución de la suma de US\$ 10,200 (diez mil doscientos con 00/100 dólares americanos) más intereses legales. Esta sentencia fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia de la República, el 25 de mayo del año 2000. (A.A.V.V, T, 2001)

2. Normativas en contradicción

- El artículo 6 y 9 en concordancia con el artículo 12 del Protocolo Modificador del Convenio de Cooperación Aduanera Peruano - Colombiano de 1938, aprobado mediante Resolución Legislativa N° 23254, entró en vigencia el 21 de marzo de 1982 y fue ratificado el 13 de agosto de 2019 mediante Decreto Supremo N° 038-2019-RE. Dichos articulados en mención establecen que:
 - (i) "Los dos países convienen en exonerar completamente de gravámenes a todas aquellas importaciones de productos originarios y provenientes de los territorios en los que se despliega la aplicación del presente Protocolo" (artículo 6); (ii) "La revisión del arancel común se realizará por un grupo mixto de estudio, el

cual elevará sus conclusiones y recomendaciones a los respectivos gobiernos. Las modificaciones se efectuarán por canje de notas.” (Congreso del Perú, 2013, artículo 9 de la Resolución Legislativa N° 23254); y

(ii) “El presente Protocolo podrá ser modificado por mutuo acuerdo entre las partes, a solicitud de cualquiera de ellas” (Congreso del Perú, 2013, artículo 12 de la Resolución Legislativa N° 23254).

- El artículo 1 del Decreto Supremo N° 016-91-AG del 5 de febrero de 1991, derogado en 1992 por los Decretos Supremos N° 005-92-AG y 062-92-EF, y con vigencia restituida el 6 de julio de 1992 mediante Decreto Ley N° 25528, que establece el cobro de aranceles a la totalidad de las importaciones sin distinción de procedencia y sin importar la celebración de acuerdos comerciales que provean beneficios arancelarios.

En dicho artículo del precitado Decreto Supremo se estipula un derecho arancelario específico a la importación de ciertos productos – en dicho artículo se establece una relación de insumos sujetos a impuesto dentro de los cuales figuraba la harina de trigo como insumo susceptible de ser gravado –.

3. Manifestación explícita de la contradicción

- La contradicción se manifiesta al momento en que se estableció en el artículo 1 del Decreto Supremo N° 016-91-AG una suerte de derecho específico a la importación para determinados insumos que fueron debidamente detallados en la normativa, dentro de los cuales se advierte que la harina de trigo posee tal beneficio. Paralelamente, en el artículo 3 del mismo cuerpo normativo se señala que dicho derecho arancelario aplicaba a todas las importaciones sin excepción alguna, sin importar su proveniencia ni los acuerdos comerciales internacionales que el Perú haya celebrado para la obtención de ciertos beneficios arancelarios. (A.A.V.V, 2001)
- Dicha disposición manifiestamente contravenía el artículo 6 del Protocolo Modificadorio del Convenio de Cooperación Aduanera Peruano-Colombiano ya que este tratado bilateral establecía que los

países firmantes, acordaban en la exoneración total de pagos arancelarios o cualquier gravamen a las importaciones de bienes originarios y provenientes de ciertos territorios de ambos países como lo son Loreto, Ucayali y San Martín en el Perú y de Comisaria especial del Amazonas y la Intendencia Nacional del Putumayo en el país colombiano.

- Asimismo, también se advierte conflicto normativo con lo señalado en el artículo 9 del presente tratado, pues éste establecía que el mismo procedimiento de modificación del arancel común se encontraría bajo una revisión seriamente elaborada por un grupo mixto de estudio el cual desarrollaría conclusiones y recomendaciones para los respectivos Estados firmantes; y en el supuesto de darse posibles modificaciones, estas se efectuarían mediante canjes de notas entre los mismos. (A.A.V.V, 2001)
- En adición a ello, el artículo 12 del mismo cuerpo normativo señala que cualquier modificación a cualquiera de las disposiciones del tratado se gestionaría de mutuo consenso a iniciativa de parte de cualquiera de los Estados participantes. Dicho artículo también sería incumplido debido a que la verdadera intención del Ejecutivo fue otorgar rango de Ley al precitado Decreto Supremo, con la intención de incumplir de forma legal con las obligaciones pactadas en el tratado, ya que ambas normas poseerían mismo rango normativo. No obstante, el Congreso no advirtió que cualquier modificación de las disposiciones contenidas en el Protocolo, poseían su propio procedimiento de modificación bilateral mediante mutuo acuerdo de ambas partes. Motivo por el cual, el Derecho Internacional prevalecía en este caso sobre el Derecho interno Peruano.

4. Análisis del caso en concreto

- Antes de emitir opinión al respecto, es importante tener en cuenta las directrices esbozadas en la Sentencia N° 0010-2002-AI/TC, caso Marcelino Tineo Silva y más de cinco mil ciudadanos, en el párrafo 10

y siguientes de la Sentencia, el TC colige que los decretos leyes pertenecen a la categoría de normas legales.

- Estando a lo anterior, el caso desarrollado líneas arriba, se enfoca en un problema de aplicación de normas con rango legal, pues entran en colisión las disposiciones dimanantes de un Decreto Supremo que, posteriormente, a través de un Decreto Ley adquiere rango de Ley y un tratado internacional materializado en un protocolo de cooperación aduanera, es decir, se percibe una incompatibilidad entre una norma de Derecho interno y otra de Derecho Internacional.
- Ahora bien, el sentido del fallo de la Sala Especializada de la Corte Suprema que en instancia judicial resolvió declarar fundada la demanda contencioso-administrativa. Ello, debido a que los magistrados se empaparon debidamente de los conocimientos de Derecho Internacional Público, con mayor especificidad, del Derecho de los tratados internacionales para optar con mejor criterio por la declaración de nulidad manifiesta de la resolución expedida por el Tribunal Fiscal N° 1290-98, y disponer el reintegro de US\$ 10,200.00 (diez mil doscientos con 00/100 dólares americanos) más intereses legales que en principio la Intendencia Aduanera de Iquitos se hizo cobro por concepto de derechos arancelarios de importación de manera ilegal.
- A modo de analizar con mayor crítica la Sentencia de Vista expedida por la Sala Especializada, cabe advertir que no se siguió el orden idóneo para calificar dos normativas en colisión. Siendo que, en primer lugar, debe analizarse la jerarquía normativa de las normas en controversia, es decir, si ambas normas ostentan el mismo rango normativo – normas legales –. Superado ese primer filtro, corresponde pasar al segundo criterio de calificación, esto es, la especialidad de las normas, por lo que si de las normas del mismo rango, una posee carácter especial y la otra general, sin duda alguna prevalecerá la norma especial; *contrario sensu*, si se advierte que las dos normas en colisión son generales o especiales, se pasaría a dilucidar un tercer filtro destinado a calificar la temporalidad como tercer criterio, donde la norma posterior prima por sobre la norma anterior.

- Ese fue el orden que debieron seguir los magistrados de la Sala al momento de determinar la normativa aplicable al encontrarse frente a un conflicto de normativas de diferente naturaleza. No obstante, del análisis de esta Sentencia de Vista se advierte la omisión de este orden, toda vez que posterior al análisis de jerarquía normativa, se analizó el criterio de la temporalidad y en última instancia el criterio de la especialidad, lo cual no fue lo más idóneo para resolver un conflicto de normas de tal calibre.
- Asimismo, la Sala parte del principio que establece que los tratados son para los Estados como los contratos son para los particulares, amparándose del artículo 62 de la Constitución de 1993 que establece que los términos contractuales celebrados por particulares no son modificados ni por leyes ni otro tipo de disposiciones, arribando a la conclusión de que el Decreto Ley N° 25528, Decreto que dota con fuerza de ley al Decreto Supremo N° 016-91-AG, no puede modificar los términos del precitado Protocolo internacional. (A.A.V.V, 2001)
- Si bien es cierto se aceptó la interpretación del principio de que los tratados son para los Estados lo que los contratos son para las personas – *Pacta sunt servanda* –, es decir, lo que se entiende ley o contrato entre las partes; no es menos cierto que el artículo 62 de la Constitución se enfoca exclusivamente a las relaciones contractuales entre particulares del Derecho privado, y no puede aplicarse por analogía a las relaciones entre los Estados en el tráfico internacional.
- Siguiendo esta línea argumentativa, es importante tener en cuenta a Bernaldes (1999), quien menciona que los tratados internacionales se incorporan al ordenamiento jurídico interno, dependiendo del rango con el que fueron aprobados inicialmente, es decir, si la aprobación del tratado es otorgada por el Congreso, ostentará rango de Ley; *contrario sensu*, si su aprobación es otorgada por el Poder Ejecutivo, ostentará rango de Decreto Supremo. En el presente caso materia de análisis crítico, el tratado peruano-colombiano posee rango de ley toda vez que ingresó a formar parte de nuestra legislación mediante la expedición de la Resolución Legislativa N° 23254.

- Se colige la notable pertinencia del fundamento décimo cuarto de la Sentencia, en la cual la Sala aduce que Convención debe ser aplicada como manifestación de la costumbre internacional, puesto que en esos años aún no había sido ratificada por el Perú. Siendo que, a partir del 21 de setiembre del 2000, la Convención de Viena ingresó a formar parte del Derecho interno como norma legal en virtud de la Resolución Legislativa que la aprobó. Subsecuentemente, al momento de ser ratificada mediante Decreto Supremo N° 029-2000-RE, pasa a formar parte de la normativa interna, por tanto, puede aplicarse sin objeción alguna el artículo 27 de dicha Convención que señala prohibición expresa de alegar disposiciones de derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado internacional ante alguna futura incompatibilidad normativa.
- Finalmente, al desconocer las obligaciones internacionales previamente pactadas por ciertas arbitrariedades, definitivamente el Perú será blanco fácil de incurrir en responsabilidad internacional. Por otro lado, no es menos cierto que si se otorga preferencia a una norma internacional por sobre una norma de Derecho interno sin efectuar un detenido análisis, puede afectarse la soberanía del país. Fundamentos por los cuales, debe reconocerse que los conflictos entre el Derecho Internacional y el Derecho interno deben ser evaluados con el debido cuidado y precisión siguiendo las pautas de calificación previamente mencionadas ante aquellos supuestos de conflictos de normas de diferente naturaleza.

B. La Convención sobre un Código de Conducta de las Conferencias Marítimas (1974).

1. Hechos que delimitan la controversia

- Las conferencias marítimas son definidas en el capítulo primero de la Convención sobre un Código de Conducta de las Conferencias Marítimas de 1974 como aquellas agrupaciones de empresas navieras cuyo *core business* era el transporte internacional de mercancías vía marítima entre varias naciones.

- El objetivo de estas conferencias era garantizar la estabilidad del negocio de transporte marítimo a través de un cuidadoso control de precios del servicio y la regularidad del servicio de todas las empresas dedicadas a este rubro. Por lo que al lograr de forma gradual y continua un poderío empresarial monopolizador, es que los Estados interesados optaron por firmar un tratado que los beneficiase como una suerte de mecanismo limitante del poder del mercado de las alianzas de conferencias de cara a las empresas navieras más pequeñas y con los usuarios de sus servicios.
- Fue en esta conferencia de la ONU que por primera vez los mal llamados países del tercer mundo – Grupo de los 77 – participaron en el debate de políticas comerciales internacionales en la conferencia de las Naciones Unidas sobre comercio y desarrollo de 1964, dicha participación habilitó el ingreso al comercio internacional de los países latinoamericanos. (INDECOPI, 2019)
- El Estado peruano participó en esta conferencia de las Naciones Unidas sobre un Código de Conducta de las Conferencias Marítimas en Ginebra de 1973, la firmó en 1974, y mediante Decreto Ley N° 22282, tiempos en el que la Constitución de 1933 se encontraba vigente. La aprobación de este tratado tomó lugar cuando el Perú poseía una política económica intervencionista y nacionalista sin aún advertirse indicios de la existencia de la libre competencia. (INDECOPI, 2019)
- Desafortunadamente, este tratado perdió importancia toda vez que el Perú tuvo notables reformas en su modelo económico que afectaron la viabilidad de la misma. Adicionalmente a ello, porque el Estado no había puesto en marcha la implementación de medidas legislativas compatibles con el tratado para su correcta implementación en el ordenamiento jurídico interno, tal como lo establecía el artículo 47 del tratado; por el contrario, a mediados de los años 90 se promulgaron varias medidas legislativas y constitucionales tendientes a la liberalización de la economía nacional y del comercio internacional, tales como: el Decreto Legislativo N° 668 sobre la libertad de Comercio interior y exterior, el Decreto Legislativo N° 757 que regula la libre determinación de los precios por oferta y demanda, el Decreto

Legislativo N° 701 referente a la prohibición de las conductas restrictivas de la competencia, incluyendo acuerdos anticompetitivos y el abuso de posición dominante, y la propia Constitución Política del Perú de 1993. Tales normativas legales se apartaban sin lugar a duda de las políticas proteccionistas que alentaron en su momento a la adhesión a la Convención, ya que las mismas prohibían expresamente todos aquellos acuerdos restrictivos anticompetitivos como son las conferencias que articulaban intereses entre empresas navieras con relación a los precios y la división de mercados a través de las creaciones de carteles.

- Este conflicto de normas se intensificó cuando la Secretaría técnica de Comisión de defensa de la libre competencia comenzó a sancionar a gran cantidad de agentes económicos – empresas de transporte marítimo – que ostentaban una suerte de inmunidad frente a las normas de libre competencia de Perú que implícitamente es reconocida por el Estado peruano al firmar el presente tratado.

2. Normativas en contradicción

- El artículo 47 de la Convención sobre un Código de Conducta de las Conferencias Marítimas de 1974, firmada por el Estado peruano en 1974, aprobada por Decreto Ley N° 22282, el cual refiere taxativamente: “... 1. Cada Parte Contratante adoptará las medidas legislativas u otras medidas que sean necesarias para aplicar la presente Convención ...”. (Congreso del Perú, 2013, artículo 47, numeral 1).
- El Decreto Legislativo N° 701 Ley de Eliminación de las Prácticas Monopólicas, Controlistas y Restrictivas de la Libre Competencia, aprobada el 7 de noviembre de 1991.
- El Decreto Legislativo N° 757 Ley de la libre determinación de los precios por oferta y demanda, aprobado el 13 de noviembre de 1991.
- Ley de la libertad de Comercio interior y exterior, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 668 el 15 de octubre de 1992.
- El artículo 3 del Decreto Legislativo 1034 Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, aprobada el 25 de julio del 2008.

Estas normativas de orden interno refieren a la regulación de las conductas diversos agentes económicos en el marco de las leyes de libre competencia peruana que comenzaron a entrar en vigencia a partir de los años noventa, en paralelo a la creación de la Constitución Política del Perú del año 1993.

3. Manifestación explícita de la contradicción

- La contradicción entre ambas normas radica en que la Convención sobre un Código de Conducta de las Conferencias Marítimas de 1974 reconocía facultades para que las empresas navieras puedan concertar, pactar, fijar precios del servicio de transporte marítimo, así como la liberalidad de repartirse el mercado naviero de la forma más beneficiosa y equitativa entre grandes navieras y pequeñas navieras sin discriminación, además de mejorar la comunicación de las condiciones del servicio a los usuarios. En otras palabras, el fin que perseguía este tratado era limitar el poder que poseían las grandes empresas de transporte marítimo, a efectos de dar oportunidades a las pequeñas navieras que incursionaban en el mercado del transporte marítimo, y a su vez el situar en una posición menos desventajosa al usuario del servicio.
- Asimismo, el artículo 47 del tratado en mención estableció la obligación de los Estados firmantes de crear normativas legislativas que permitiesen su armoniosa adecuación y pronta aplicación – que cabe señalar operaba en un modelo económico ajeno al libre mercado – en sus ordenamientos jurídicos internos. Dicha obligación expresa no fue cumplida por el Estado peruano, primero debido a la indiferencia y, posteriormente, por la incompatibilidad con el modelo económico que el Perú adoptó, toda vez que no contaban con que a inicios de los años 90 iba a materializarse una serie de cambios económicos, comerciales, políticos, sociales, normativos, etc., promulgándose las primeras normas de defensa de la competencia, de régimen libre mercado y claramente un cambio de Constitución, los cuales se alejaban completamente del modelo político-económico proteccionista en el que debió operar este tratado.

- Otro fundamento de esta contradicción es que ni los agentes económicos beneficiados ni las propias autoridades tenían un panorama claro de los derechos y obligaciones que adquirirían a raíz de la Convención, pues se jactaban de gozar de inmunidad frente a la aplicación de las leyes de libre competencia peruana. Tales han sido los casos investigados por la Secretaría técnica de comisión de defensa de la libre competencia:
 - a. El caso de la Asia West Coast South America Discussion Agreement (AWCSADA), donde la Comisión inició investigaciones en contra de once líneas navieras y seis agencias marítimas o generales por una presunta concertación de tarifas. Este caso finalizó con la suscripción de dos compromisos de ceses aprobados por la Comisión mediante Resolución N° 035 y 036-2017/CLC-INDECOPI, en los cuales las empresas denunciadas se comprometieron a excluir al Perú de la aplicación de tal conferencia, así como a no participar en ninguna otra conferencia que tuviera a algún puerto peruano y, consecuentemente, a abstenerse de cuestionar una posible denuncia del Código de Conducta (1974) por parte del Estado peruano. (INDECOPI, 2019)
 - b. El caso de seis empresas navieras denunciadas por participar del 2001 al 2012 en una repartición de clientes en diversas rutas en el mercado de transporte internacional de carga de vehículos por medio de las naves Roll-on/Roll-off¹, dicho cartel afectó varios puertos peruanos. En primera instancia se imputó responsabilidad a las empresas denunciadas, además de sancionarlas con multas innegablemente elevadas mediante Resolución N° 030-2018/CLC-INDECOPI. (INDECOPI, 2019)

Lo curioso de ambos casos es que las empresas denunciadas alegaban poseer inmunidad ante la aplicación de las leyes de libre competencia peruana, pues el tratado les reconocía el poder de concertar precios indistintamente, fijar rutas, repartirse mercado a su mejor conveniencia.

¹ Las investigadas fueron Compañía Marítima Chilena, Compañía Sudamericana de Vapores S.A., Eukor CarCarrier Inc., Kawasaki Kisen Kaisha Ltd., Mitsui O.S.K. Lines Ltd. y Nippon Yusen Kabushiki Kaisha.

La Comisión rechazó esos argumentos en los dos casos detallados líneas arriba, pues en el primer caso, los servicios de transporte marítimo relacionaban al Perú con otras jurisdicciones que no formaban parte del tratado; y en el segundo caso, los acuerdos de servicio conjunto no eran considerados como sujetos de conferencias marítimas para efectos del tratado.

- De lo esbozado anteriormente, se puede advertir que las partes denunciadas querían realizar una aplicación extensiva del precitado tratado, lo cual contravenía abiertamente con el artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1034 Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, el cual señala que ante un supuesto caso de conducta exceptuada de aplicación de la Ley de libre competencia requiere obligatoriamente contar con una autorización legal o incluso la obligación de realizar la conducta, debiendo primar la interpretación restrictiva. En otros términos, la norma debe autorizar expresamente la conducta exonerada de aplicación de las leyes de libre competencia, evitándose de esta forma la aplicación por extensión a otras conductas – interpretación extensiva de la norma –. El sentido de este precitado Decreto Legislativo fue detallado y reforzado en el precedente de observancia obligatoria emitido por el TC en caso Sindicatos de Salaverry (2014), en el cual se detalla los pasos que debe tomarse en cuenta en caso de analizar conductas consideradas como prácticas anticompetitivas, que paralelamente son autorizadas por una norma legal.

4. Análisis del caso en concreto

- Estando a lo analizado líneas arriba, no puede dejar de mencionar lo trascendental de garantizarse la seguridad jurídica, pues tal como indica el jurista Rodríguez (2007), lo que debe buscar el legislador es la claridad mas no fomentar la confusión, es decir, se debe proyectar a garantizar el principio de seguridad jurídica procurando la inteligibilidad de las normas, a fin de que los ciudadanos conozcan claramente sus derechos,

obligaciones y prohibiciones para que sepan desarrollarse en la sociedad libremente dentro de un marco de legalidad.

- De igual forma, este caso es otro claro ejemplo de que la seguridad jurídica nacional e internacional se ve afectada por obvias incompatibilidades entre disposiciones dimanantes de un tratado internacional, en el presente caso caso, materializado en la Convención sobre un Código de Conducta de las conferencias marítimas de 1974 y aquellas disposiciones establecidas por diversas normas legales referentes a la libre competencia. De hecho, puede advertirse que independientemente de las desventajas políticas, comerciales, sociales que surgen por la clara desactualización del tratado debido a su estado en abandono, sumando a ello, la notoria falta de claridad de sus disposiciones contenidas en el documento, este seguiría surtiendo efectos hasta que el Estado peruano proceda a denunciarlo de manera integral tal como Indecopi petitionó en el año 2020. Sin embargo, no puede negarse que la vigencia de este tratado estaría colisionando con las leyes de libre competencia y más aún con la Constitución Política del Perú de 1993 cuyas cláusulas petras reconoce a la economía social de mercado como nuevo modelo económico hasta la actualidad.

C. El Tratado de Libre Comercio Perú-Canadá también llamado Tratado Bilateral de Inversión Perú-Canadá.

1. Hechos que delimitan la controversia

- El 5 de diciembre de 2006, la empresa minera canadiense Bear Creek Mining Corporation inició un procedimiento administrativo para obtener la titularidad de los derechos mineros a efectos de poner en marcha el Proyecto Santa Ana, presentando una solicitud al MINEM para obtener la Declaración de Necesidad Pública y el Decreto Supremo que facultaba a la empresa minera comprar a la señora Villavicencio - apoderada legal de la empresa de nacionalidad peruana – las concesiones Santa Ana localizadas en el departamento de Puno. (Caso CIADI No. ARB/14/21, 2017)

- El 29 de noviembre de 2007, se expidió el Decreto Supremo 083-2007 a efectos de declarar que el Proyecto Santa Ana era de necesidad pública y que facultó a la minera a adquirir, poseer y operar las concesiones mineras solicitadas. (Caso CIADI N° ARB/14/21, 2017)
- A pesar de las actas de renovación de convenio, acuerdos de apoyo social y talleres de información que impulso la minera con las comunidades campesinas de Huacullani y Kelluyo, incluidos los Arcomuna, Ingenio, Challocolo, Cóndor de Aconcagua Ancomarca, estas no fueron suficientes ya que, desde el 14 de octubre del 2008, a causa de las divisiones y resentimiento entre las comunidades campesinas, se suscitaron las protestas y rebeliones por meses en contra el inicio del proyecto Santa Ana. Tales manifestaciones populares fueron de tal magnitud que llegaron a bloquear el puente de Desaguadero localizado entre las fronteras de los países de Bolivia y Perú. Culminando con el saqueo y quema de maquinarias de la empresa minera canadiense. (Caso CIADI N° ARB/14/21, 2017)
- Dado que las manifestaciones se tornaron mucho más violentas al quemarse oficinas de las instituciones gubernamentales y locales comerciales de la región, el 24 de junio de 2011, el poder Ejecutivo se vio obligado a aprobar el Decreto Supremo N° 032-2011-EM mediante el cual se revocó el Decreto Supremo N° 083 y, accesoriamente, la declaratoria de necesidad pública del Poder Ejecutivo, eliminándose por completo el prerrequisito legal de la titularidad de la minera canadiense sobre las concesiones localizadas en la frontera peruana. (Ministerio de Economía y Finanzas, 2017)
- Posteriormente, la minera presentó una acción constitucional de Amparo para obtener la anulación del Decreto Supremo N° 032, siendo que el juez competente de primera instancia desestimó todas las pretensiones del MINEM contra la demandante puesto que se combinó indebidamente pretensiones administrativas y civiles. El MINEM apeló y, el 17 de junio de 2013, la Corte Superior decidió separar las pretensiones y ordenó al juez de primera instancia proceder con las pretensiones civiles; decisión que más adelante fue apelada por la minera canadiense, sin embargo, resultó ser desestimada por la Corte

Suprema. (Caso CIADI N° ARB/14/21, 2017)

- Con fecha 12 de mayo de 2014, la Bear Creek Mining interpuso una segunda acción de amparo ante el Primer Juzgado Constitucional de Lima en contra de la resolución emitida por la Corte Suprema alegando su inconstitucionalidad. Este Juzgado emitió un fallo por el cual reivindicaba las pretensiones de la empresa minera en su acción de amparo contra el Decreto Supremo N° 032, y concluyó que la revocación del Decreto Supremo 083 fue inconstitucional. (Caso CIADI N° ARB/14/21, 2017)
- Frente a tales hechos, con fecha 11 de agosto del 2014, la Bear Creek decidió suspender trámites judiciales en el país y, optar por acogerse a las normas del tratado de Libre Comercio de Perú y Canadá. Consecuentemente, en el año 2015 se inició un arbitraje internacional ante el Tribunal Arbitral del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones – en delante CIADI – contra el Estado peruano por incumplimiento de los artículos 804, 805 y 812 del Tratado de Libre Comercio Perú-Canadá a efectos de que se le compense por la suma de USD 522,2 millones de dólares por daños y perjuicios ocasionados dada la expropiación indirecta que el Estado Peruano realizó sobre las concesiones que eran de titularidad legal de la minera canadiense. (Diario Gestión, 2016)
- Finalmente, el CIADI reconoció que el Estado peruano había incumplido con el artículo 812 y conexamente con los artículos 804 y 805 del Tratado de Libre Comercio Perú-Canadá, mismos que versaban sobre obligaciones internacionales previamente reconocidas por el Perú al momento de firmar dicho tratado. Aunado a ello, tales obligaciones se basaban sobre el Trato de Nación Más Favorecida y el Nivel Mínimo de Trato a los inversionistas extranjeros. Motivo por el cual, el CIADI resolvió sancionar al Perú con una cuantiosa suma de US\$ 30.2 millones de dólares. (Caso CIADI N° ARB/14/21, 2017)

2. Normativas en contradicción

- Los artículos N° 804 de la sección A del Capítulo VIII del Tratado de Libre Comercio Perú-Canadá, firmado el 29 de mayo del 2008,

entrando en vigor el 1 de agosto del 2009, ratificado mediante Decreto Supremo N° 044-2009-RE, establece:

Artículo 804: Trato de Nación Más Favorecida

1. Cada Parte otorgará a los inversionistas de la otra Parte un trato no menos favorable que el que conceda, en circunstancias similares, a los inversionistas de un país que no sea Parte en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de inversiones en su territorio (Organización de las Naciones Unidas, 2009, Numeral 1, artículo 804).
 2. Cada Parte otorgará a las inversiones cubiertas un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a las inversiones de inversionistas de un país que no sea Parte en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de inversiones en su territorio (Organización de las Naciones Unidas, 2009, numeral 2, artículo 804).
 3. Para mayor certeza, el trato otorgado por una Parte bajo este Artículo significa, con respecto a un gobierno subnacional, el trato otorgado, en circunstancias similares, por ese gobierno subnacional a inversionistas e inversiones de inversionistas de un país que no sea Parte. (Organización de las Naciones Unidas, 2009, numeral 3, artículo 804)
- El artículo 805 de la sección A del Capítulo VIII del Tratado de Libre Comercio Perú-Canadá, firmado el 29 de mayo del 2008 por el Ministerio de Relaciones Exteriores Perú-Canadá, entrando en vigor el 1 de agosto del 2009, ratificado mediante Decreto Supremo N° 044-2009-RE, establece:

Artículo 805: Nivel Mínimo de Trato

1. Cada Parte otorgará a las inversiones cubiertas un trato acorde con el nivel mínimo de trato a los extranjeros según

el derecho internacional consuetudinario, incluido el trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas (Organización de las Naciones Unidas, 2009, artículo 805, Numeral 1).

2. Los conceptos de trato “justo y equitativo” y “protección y seguridad plenas” contenidos en el párrafo 1 no requieren un trato adicional o más allá del requerido por el nivel mínimo de trato a los extranjeros según el derecho internacional consuetudinario (Organización de las Naciones Unidas, 2009, artículo 805, Numeral 2).
3. La determinación de que se ha violado otra disposición de este Tratado, o de otro acuerdo internacional independiente, no significa que se haya violado este Artículo (Organización de las Naciones Unidas, 2009, artículo 805, Numeral 3)

- El artículo 812.1 de la sección A del Capítulo VIII del Tratado de Libre Comercio Perú-Canadá, firmado el 29 de mayo del 2008, entrando en vigor el 1 de agosto del 2009, ratificado mediante Decreto Supremo N° 044-2009-RE, señala respecto de la expropiación:

Ninguna de las Partes podrá nacionalizar o expropiar una inversión cubierta, sea directa o indirectamente, mediante medidas que tengan un efecto equivalente a la nacionalización o expropiación (en adelante “expropiación”), salvo por propósito público, de conformidad con el debido proceso, de una manera no discriminatoria y mediante una indemnización pronta, adecuada y efectiva (Organización de las Naciones Unidas, 2009, artículo 812, numeral 1).

- El artículo 1 del Decreto Supremo N° 032-2011-EM adoptado el 25 de junio de 2011, que establece la revocación del Decreto Supremo 083-2007-EM, adoptado el 29 de noviembre de 2007 y la declaratoria de necesidad pública del Poder Ejecutivo, mediante el cual se declaraba nula la titularidad por parte de la empresa minera canadiense Bear Creek Mining Company de las concesiones mineras en la zona de frontera. El cual hace referencia de manera literal: “Deróguese el Decreto

Supremo N° 083-2007-EM” y accesoriamente, decreta la prohibición expresa realizar actividades mineras en las áreas de los distritos de la provincia de Chucuito departamento de Puno mediante una serie de disposiciones dictadas en plazo de 60 días”. (Poder Ejecutivo, 2011, artículo 1, párr. 1)

3. Manifestación explícita de la contradicción

- La incompatibilidad se percibe claramente entre las disposiciones que estipula el Decreto Supremo N° 032-2011-EM y los artículos 804, 805 y el numeral 1 del artículo 812 del tratado en mención, siendo que el precitado Decreto establece la revocación de los efectos contenidos en el Decreto Supremo N° 083-2007-EM cuyos artículos 1 y 2 establecen el reconocimiento de necesidad pública de la inversión privada de la empresa canadiense Bear Creek Mining Corporation; y, de conformidad con ello, la nulidad de todos sus derechos de titularidad sobre las concesiones de Santa Ana ubicadas en la frontera del departamento de Puno.
- Por otro lado, el Tratado Bilateral de Inversión – Tratado de Libre Comercio Perú-Canadá – en el numeral 1 del artículo 812 de la sección A) de su Capítulo VIII establece una prohibición expresa para ambas partes firmantes de nacionalizar o expropiar directa o indirectamente una inversión, salvo que dicha expropiación sea de propósito público y que sean dadas en el marco de un debido proceso, sin lugar a discriminación y que la parte afectada con dicha expropiación sea pronta, efectiva y adecuadamente indemnizada. (TLC Perú-Canadá, 2009)
- Según el fallo del Tribunal del CIADI, concluye que el Estado peruano ejecutó una expropiación indirecta ilícita contra la empresa minera canadiense Bear Creek Mining Corporation, al emitir el Decreto Supremo N° 032-2011 cuyas disposiciones impedían u obstaculizabana la empresa de poseer una concesión minera dentro de los 50 kilómetros próximos a la frontera peruana. (CIADI, 2017)

- Adicionalmente, este Tribunal consideró que, al haberse expropiado la inversión de la empresa minera, sin ser oída y sin previo aviso, el Estado peruano vulneró el principio y derecho del debido proceso y procedimiento adecuado. En efecto, también se concluye que el Perú incumplió sus obligaciones pactadas en virtud de los artículos N° 804 y 805 del Tratado de Libre Comercio con Canadá, esto es, de brindar protección y seguridad plena a la empresa minera canadiense y a su inversión frente a medidas arbitrarias y discriminatorias, pues es el tenor de un trato equitativo y un nivel mínimo de trato que se le debe de otorgar a inversionistas extranjeros en circunstancias similares a los inversionistas de países que no sean parte en relación al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de inversiones en el territorio peruano.
- En síntesis, el Decreto Supremo N° 032-2011-EM fue una confiscación ilícita y forzada del derecho de la empresa canadiense a adquirir y ostentar la calidad de titular de las concesiones mineras de Santa Ana que previamente fueron adquiridas a través del Decreto Supremo N° 083-2011-EM, este último era requisito *sine qua non* para poder ejecutar legalmente el Proyecto Santa Ana toda vez que, sin este Decreto habilitante, no se le permite a la empresa realizar actividades de cara a las concesiones mineras.

4. Análisis del caso en concreto

- Del caso analizado en líneas anteriores, se tiene que el conflicto normativo surge a partir de la colisión entre un Tratado Bilateral de Inversión y un Decreto Supremo N° 032-2011-EM, mediante el cual se despojó permanentemente a la empresa de sus derechos de propiedad a las concesiones de Santa Ana. Si bien es cierto, un Decreto Supremo no posee jerarquía de norma legal, el enfoque que se desea transmitir es respecto a la inobservancia del artículo 27 de la mencionada Convención, pues el Estado peruano alegó normativa legal interna a modo de justificante por el incumplimiento de las obligaciones contraídas

reconocidas en los artículos 804, 805, 812 y 812.1 del TLC Perú-Canadá, pues se omitió reconocer la primacía del Derecho Internacional por sobre la ley interna sea esta de naturaleza legislativa o ejecutiva. Complementando lo anterior, la Corte Internacional explicitó que el Derecho interno no ostenta preeminencia sobre las obligaciones de un Estado de conformidad con la costumbre internacional, ni mucho menos sobre las obligaciones reconocidas al momento en que se reconoció al trato, ello en concordancia con las normas de Derecho Internacional. (Rodríguez, 2019)

- Ya entrando a analizar el fondo del precitado caso, de acuerdo con la Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (2009) se entiende por Tratados Bilaterales de Inversión a aquellos instrumentos comerciales de inversión llevados a cabo entre los países a fin de fomentar y brindar protección a las inversiones de los agentes privados de un país Parte que fueron realizadas dentro del territorio del otro país firmante. Cabe reconocer que el ambiente de inversión minera, en muchos casos es incompatible con los derechos de los ciudadanos y, en varias oportunidades, son susceptibles de generar contradicción con las normativas de Derecho interno de los Estados firmantes, razón por la cual han sido continuamente criticadas tal como sucedió en el presente caso con la empresa minera canadiense.
- Por tanto, estándose ante la posibilidad de que surjan ciertos conflictos entre las Partes – inversionistas públicos o privados y los Estados receptores -, se han destinado secciones y/o capítulos en estos tratados que contemplan modalidades para resolver tales conflictos. En su mayoría de veces, a través de arbitrajes internacionales ante las salas de los tribunales tales como la del CIADI; la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional o la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. (Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo, 2009)
- De esta forma se prevé la posibilidad de que las grandes compañías multinacionales puedan demandar a los Estados receptores, ante estos tribunales internacionales. Asimismo, siguiendo las ideas de los especialistas Luis Rico García-Amado y Tom Kucharz (2013), pueden

surgir tres tipos de problemas en este tipo de tratados que facultan a una empresa inversionista a interponer demanda contra un Estado:

1. La falta de especificidad en la redacción de los articulados del tratado, deviniendo en ambiguo, y en consecuencia dada la falta de precisión, el Estado disponga medidas políticas de manera unilateral.
 2. El hermetismo u ocultismo con el que son tratados estos juicios, es decir, la sociedad civil en la mayor cantidad de veces ignora lo que sucede en los juicios donde el Estado peruano actúa como parte demandada, más aun, teniendo en cuenta que estos conflictos versan sobre intereses públicos – intereses difusos – de gran relevancia para la sociedad civil.
 3. La exclusividad y el beneficio de unidireccionalidad que poseen los inversores frente a los Estados receptores, puesto que únicamente las empresas inversoras son las que están facultadas para interponer las demandas que consideren necesarias contra los Estados participantes, este tercer caso ha sido pasible de muchas críticas, sobre todo, cuando las empresas vulneran Derechos Humanos.
- El Estado Peruano accionó forzosa e ilícitamente, aprobando un Decreto Supremo que es indudablemente vulnerador de los derechos legítimamente adquiridos por la empresa Bear Creek Mining, ya que la reacción populista del Ejecutivo fue en aras de contentar a la población sin que importe la vulneración del debido proceso y procedimiento al cual la empresa inversionista tenía derecho. Se puede evidenciar inteligiblemente que para los administradores de justicia del Derecho interno – el Poder Judicial y Tribunales Administrativos – no reconocen que ante una incompatibilidad entre las disposiciones dimanantes de un tratado internacional como normas del Derecho Internacional y las disposiciones que establecen las leyes o normas del Derecho interno, prevalecen siempre las primeras en virtud al principio de la Primacía del Derecho Internacional, el cual es consagrado por el Derecho Internacional y consagrado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 aprobada por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas.

- Este desconocimiento materializado en las sentencias de primera y segunda instancia, generan responsabilidad internacional al Estado, quien es sancionado en la mayoría de veces con el pago de cuantiosas indemnizaciones en beneficio de las empresas inversionistas cuyos derechos resultaron vulnerados por incumplimiento de las obligaciones contenidas en los tratados; todo ello además de los exorbitantes gastos que debe cubrir y/o solventar el Ministerio de Economía y Finanzas para ejercer la defensa del Estado en los arbitrajes internacionales, tal como sucedió en el presente caso y en otros dieciséis casos similares, donde el Perú también fue denunciado ante el CIADI por empresas inversionistas multinacionales y transnacionales que alegaban de igual forma el incumplimiento de Tratados Libre Comercio celebrados con los países de los cuales provenían. Según el Ministerio de Economía y Finanzas (2017), catorce de estos casos de arbitraje internacional han culminado y dos se encuentran pendientes de resolver – DP World Callao S.R.L., P&O Dover (Holding) Limited y Peninsular and Oriental Steam Navigation Company – Reino Unido, y Exeteco Internacional Company – España –.
- Finalmente, es compatible la posición del excanciller Rodríguez Cuadros (2019), quien aduce que todas aquellas obligaciones adquiridas por el Estado peruano en los instrumentos internacionales son consideradas leyes internas de ejecución obligatoria, inmediata y vinculante conforme a la Constitución Política del Perú y las normas generales del Derecho Internacional. No obstante, la práctica indica que existe carencia – por no decir inexistencia – de fallos judiciales y/o administrativos que apliquen normas de Derecho Internacional ante estos casos de controversia normativa, por lo que al desconocer su prevalencia prefiriendo la aplicación de las normas de Derecho nacional, acarrea consecuencias claramente negativas para el Estado; tal es el caso, de las millonarias sanciones que se le imponen al Perú por incurrir en responsabilidad internacional en perjuicio de las obligaciones reconocidas en los tratados internacionales de los cuales es parte, lo cual también resulta ser desventajoso para la economía nacional, la economía del tratado, la imagen del Perú frente a otros

países de la comunidad internacional y sobre todo para la seguridad jurídica nacional e internacional.

- A modo de dato accesorio, el financiamiento otorgado para solventar la defensa técnica que realizaron las firmas legales norteamericanas que representaron al Perú ante el CIADI – White & Case LLP y Sidley Austin LLP – originó un gasto de US\$ 16 millones de dólares aproximadamente; asimismo, de las pretensiones de la Bear Creek Mining Corporation se sabe que peticionaron una suma mayor a US\$ 32 millones de dólares – monto total que el Tribunal ordenó que el Perú pagase por el perjuicio ocasionado a la empresa minera por concepto de indemnización; dicha cantidad en adición a los US\$ 16 millones de dólares, supera al presupuesto dirigido a los programas sociales tales como Juntos, Pensión 65, Cuna más, Qali Warma, Haku Wiñay, Vida digna y Servicio vidas, entre otros. (Redacción Gestión, 2016) En complemento a ello, de acuerdo con el reporte estadístico del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones CIADI (2019), el Perú encabeza la lista de los tres países más demandados del año 2018 y 2019 junto a España y Colombia, siendo el 21% de las materias de controversia las referidas a petróleo, gas y minería.


3. Algunas consideraciones finales del segundo capítulo

A modo de concluir este capítulo, se precisa que en la esfera del Derecho Internacional Público no existe una jerarquía entre sus normas por la fuente o instrumento que las contienen, en otras palabras, no existe una Constitución Internacional vinculante para todos los sujetos de Derecho Internacional que establezca una determinada jerarquización normativa que pueda ocasionar contradicciones entre ellas (Saco, 2008). Caso contrario sucede en el ordenamiento jurídico nacional – Derecho interno – de cada Estado, pues existe una Constitución o norma suprema – dependiendo del régimen que hayan adoptado –, que establezcan rangos jerárquicos para clasificar su normativa interna, siendo en la mayoría de los casos ininteligible tal como se advierte de la actual Constitución Política del Perú de 1993.

En atención a ello, se demuestra que el sistema de incorporación jerárquica de la norma internacional al Derecho interno peruano no puede determinar claramente

cuál es la normativa que debe prevalecer, es decir, no se advierte un panorama preciso de si debe otorgarse prioridad al tratado internacional sobre una ley del ordenamiento jurídico interno o viceversa, En tal sentido, estas reglas de determinación de la normativa aplicable no pueden ser adaptadas en el ordenamiento jurídico peruano, toda vez que no se encuentran determinadas claramente; ni tampoco podrán ser aplicadas en el ordenamiento internacional, pues no siempre serán garantes de los principios internacionales de primacía del Derecho Internacional y del *pacta sunt servanda* en relación a los tratados internacionales. Ello, sin dejar de mencionar que la jurisprudencia internacional ha establecido el análisis por prelación de criterios que debe efectuarse al advertirse contrariedades entre normas de diferente naturaleza.

Independientemente de lo mencionado anteriormente, también se puede concluir que la existencia de conflictos normativos no genera únicamente consecuencias negativas, pues las contradicciones entre estas normas también permiten desarrollar el ordenamiento internacional como el interno de cada Estado. Este último, debe ser desarrollando en armonía con las normas internacionales, por lo que también debe concluirse la importancia de desarrollar una regulación clara y sin oscuridades que determine la jerarquía de los tratados internacionales en el Derecho interno, pues existe una vasta cartera de conflictos y controversias respecto a esta temática que hasta la fecha siguen existiendo, tal como se demostró fehacientemente en el presente capítulo.



CAPÍTULO III:
**LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE LOS ESTADOS POR
CAUSAL DE INCUMPLIMIENTO DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES**

1. A manera de introducción del tercer capítulo

Efectivamente, en el capítulo anterior, se demostró cuantitativamente en los tres casos bajo análisis que en la práctica existen supuestos de conflictos entre las disposiciones dimanantes de las normas nacionales e internacionales, con mayor especificidad, entre tratados internacionales y leyes propiamente dichas del ordenamiento interno.

Como se ha advertido en el segundo capítulo, al deducirse que los tratados internacionales – salvo aquellos que versan sobre Derechos Humanos – ostentan rango de ley, y sin determinar expresamente la prevalencia de los primeros frente a las leyes con las que comparte igual jerarquía, ha ocasionado muchos problemas de interpretación a la hora de hacer efectivo el cumplimiento de un tratado.

A fin de relucir tales inconvenientes, este capítulo será desarrollado de manera más analítica, sin dejar de lado ciertas nociones teóricas que deben ser desarrolladas. En primer lugar, se ahondará sobre la relación del Derecho convencional y nacional; y sobre el tratamiento de las normas internacionales en tanto entren a formar parte de este mediante el sistema de la incorporación.

Asimismo, se realizará un análisis comparativo entre las Constituciones Políticas del Perú de los años 1979 y 1993 en torno a la regulación constitucional de los tratados internacionales en el territorio peruano. Consecuentemente, se desarrollará un análisis del tratamiento normativo de los tratados en la Constitución Peruana vigente donde se analizarán las tesis relativas al rango jerárquico que pueden ostentar los tratados en base a diversas teorías postuladas.

De igual forma se brindará propuestas respecto a la primacía y posterior jerarquía de los tratados en el ordenamiento jurídico peruano a efectos de evitar que el Estado incurra en responsabilidad internacional. A manera de finalizar con la presente investigación jurídica, se brindará una propuesta conexas en lo que respecta a la prevalencia de los tratados internacionales en caso de controversia normativa mediante la creación de un órgano interno especializado en Derecho Internacional Público que supervise la economía de los tratados internacionales previo y posterior a la celebración de los mismos.

2. Relación del Derecho Internacional y el Derecho nacional

Como es sabido, el Derecho Internacional y el Derecho interno son dos ordenamientos totalmente distintos dadas sus propias características, principios, normas fundantes, marco aplicativo y fines. Independientemente de sus notorias diferencias, siempre terminan llegando a un determinado punto de relación entre ambas.

Como señala el especialista en la materia Abugattas (2006), en el Derecho interno se tiene por objeto la regulación de las conductas de las personas naturales y jurídicas por medio de un órgano legislativo, y cuyos efectos se despliegan exclusivamente dentro del territorio nacional; mientras tanto, el Derecho Internacional pretende fomentar las relaciones internacionales pacíficas entre Estados, por lo que su ámbito aplicativo sobrepasa el territorio soberano y responde en definitiva a las exigencias de la comunidad internacional.

Por su parte, Kelsen (2001) citado por Abugattas (2006, p. 441), señala aquellas similitudes existentes entre estos dos ordenamientos con relación al libre consenso de voluntades de las partes; sin embargo, omitió dar cuenta que, se habría una seria vulneración de la concepción unitaria de Estado y Derecho; ello debido a que de sus distintas fuentes de creación normativa, surgieron muchas dificultades al momento en que ambos ordenamientos comenzaron a relacionarse en el mismo ámbito de aplicación.

Estando a lo anterior, se advierte la imperiosa necesidad de vincular la normativa internacional con la nacional, ello a razón de que la primera depende de la segunda a efectos de alcanzar la eficacia de sus disposiciones contenidas, las cuales no pueden ser garantizadas coercitivamente por el Derecho Internacional habida cuenta de su carencia de poder coercitivo por naturaleza.

En suma, varios doctrinarios consideran que a partir de esta premisa surge el “sistema incorporativo de la normativa convencional”, misma que se encuentra destinada a integrarse al ordenamiento intento de cada Estado en estricta obediencia de los lineamientos contemplados en las normas de Derecho interno, adoptando una de las dos corrientes ideológicas del Derecho Internacional. (Salmón, 2017)

2.1. Sistema Monista

Este sistema parte de una premisa mayor que se basa en la unidad sistemática sin actos previos de exteriorización de la voluntad del Estado entre su ordenamiento jurídico interno y los preceptos de normativa internacional. Por lo que, si se incurre en el supuesto de conflicto normativo, la solución acertada más práctica sería el optar por la discriminación normativa de acuerdo al rango jerárquico que ostenten en el Derecho interno. (Salmón, 2017)

Por su parte, Abugattas (2006) aduce que este sistema surge a partir de las ideas kelsenianas, las cuales sostenían la existencia de una sola norma fundante sobre la cual el Derecho internacional y el Derecho interno encuentran su razón de validez en relación al rango jerárquico superior que se les asignen.

No obstante, este sistema advierte ciertos problemas, pues se debe dilucidar cuál de los dos ordenamientos prevalecerá sobre el otro ostentando la calidad de norma fundante; ante tal disyuntiva, los adeptos de las ideas del ilustre Kelsen sostuvieron que es un tema meramente político razón por la que no competía ser resueltas por los abogados especialistas de la materia. (Hakansson, 2012)

2.2. Sistema Dualista

A diferencia del sistema monista, aquí se afirma la existencia de dos ordenamientos por separado cada uno con su propia norma fundante, por lo que se requiere un procedimiento interno para que la norma internacional se integre al ordenamiento nacional; ello, independientemente del procedimiento requerido para su entrada en vigencia en el marco internacional, ergo, la entrada en vigor interna e internacional de la norma tienen lugar en distintos momentos. (Novak & García-Corrochano, 2016)

De hecho, este sistema adopta las ideas Triepelianas que defienden la independencia y separación del Derecho Internacional e interno, dados sus diferentes fuentes de creación, temas y sujetos materia de regulación; sin embargo, cabe precisar que no es del todo cierto que regulen diferentes materias toda vez que se han advertido casos donde ambos ordenamientos regulan un mismo tema. (Abugattas, 2006)

En efecto, según esta corriente, en el supuesto que se pretenda aplicar el Derecho Internacional como norma obligatoria en la jurisdicción nacional, esta previamente debe someterse en un proceso de conversión a una norma de Derecho interno mediante una serie de mecanismos seleccionados a liberalidad del Estado – adopción de leyes u otras de rango inferior – a efectos de evitar contradicciones normativas a posterior. (Salmón, 2017)

Bajo similares fundamentos, Mogrovejo (2014) señala que la idea fundante de la corriente dualista es la separación definitiva entre el Derecho Internacional y el Derecho interno, en la medida que en este último resalta la potestad legislativa estatal para que se nacionalice la normativa internacional mediante una ley, por lo que en el supuesto que el Congreso de la República advierta que el tratado contenga preceptos que contravengan la normativa interna, este tendrá el visto negativo para ser ratificado.

Por otro lado, se han ido manifestando ciertas oposiciones doctrinarias reacias contra este sistema, dada la posibilidad de que el tratado internacional no surta efectos por la posterior incorporación de una norma interna, afectando de esta forma su eficacia, los principios de buena fe y el pacta sunt servanda. (Abugattas, 2006)

Asimismo, a la luz de la precitada discusión surge otro problema a debatir, pues para que una norma internacional alcance o reputa obligatoriedad en la jurisdicción nacional, no requiere que una norma interna la incorpore taxativamente al Derecho interno toda vez que, en virtud a los principios antes mencionados, ostentarían tal obligatoriedad desde un inicio. (Pastor, 2014)

Como se ha podido advertir, ambas corrientes originadas del sistema de incorporación poseen posturas rígidas en lo que respecta al Derecho interno y su relación con el Derecho Internacional, lo cual ha ido mutando en tanto evolucionaba el ámbito internacional, en base a ello, surgieron posturas más moderadas y flexibles.

En el caso peruano, se ha adoptado la concepción monista moderada en virtud de lo estipulado en el artículo 55 del Capítulo II consagrado del Título II sobre Estado y Nación de la Constitución Política del Perú de 1993 en el que se señala que los tratados internacionales una vez celebrados por los representantes el o los

representantes del Estado Peruano y que se encuentran vigentes a la fecha, ingresan a formar parte del Derecho interno. (García-Corrochano, 2013)

Por su parte, el artículo 3 de la Ley N° 26647, Ley que establecen normas que regulan actos relativos al perfeccionamiento nacional de los Tratados celebrados por el Estado peruano del año 1996, dispone que los acuerdos internacionales celebrados y perfeccionados por el Estado entran en vigor formando parte del Derecho interno, en la fecha y en la medida en que se cumplan las condiciones establecidas en los instrumentos internacionales correspondientes – Convención de Viena y otros instrumentos internacionales accesorios –.

3. Tratamiento de las normas convencionales en el Derecho Interno

Gamero (2008) indica que la eficacia del Derecho Internacional posee una relación de dependencia con la etapa interna de reconocimiento y el acto de aplicación, siendo esencial que la incorporación de las normas convencionales se realice en un marco de constitucionalidad, para optimizar el cumplimiento interno de las obligaciones internacionales reconocidas por el Estado al momento de manifestar su voluntad de obligarse por el instrumento internacional.

Para García-Corrochano (2013), el Derecho Constitucional Peruano reconoce la competencia exclusiva del Poder Ejecutivo, salvo ciertas excepciones, de efectuar el acto de celebración y consecuente subscripción de los tratados; asimismo, este debe ser efectuado con anterioridad al perfeccionamiento del consentimiento mediante el cual, el Estado peruano queda obligado internacionalmente. No obstante, como señala Ortiz (2018), la competencia exclusiva del Ejecutivo posee ciertas limitaciones en virtud de los artículos 56 y el segundo párrafo del artículo 57 de la Constitución Política del Perú de 1993 – los cuales serán materia de análisis en los próximos párrafos –, que establecen dos obligaciones:

- a) La primera obligación está referida a que el Poder Ejecutivo debe someter ciertos tratados que reputan complejidad – los denominados tratados internacionales solemnes o complejos – a aprobación legislativa realizada por el Congreso de la República – Poder Legislativo –, a efectos de que este brindela aprobación para la posterior ratificación del tratado; y
- b) La segunda obligación refiere al acto de que la aprobación del tratado se efectúe mediante el mecanismo de reforma constitucional previo al acto

ratificación, siempre que se advierta una suerte de vulneración de los preceptos constitucionales de cara a los tratados.

De lo anterior se advierte un escollo de superposición de la norma interna sobre la norma internacional entrando en colisión con la postura adoptada por la Constitución, toda vez que se condicionan los requerimientos del artículo 56 respecto a un grupo de tratados que requieren necesariamente de la aprobación del Poder Legislativo mediante resoluciones legislativas, de las cuales se puede advertir que son tratados que cuyos temas comprendidos denotan gran complejidad; mientras que por otro lado, el Poder Ejecutivo sólo puede aprobar tratados que no ostenten esa misma complejidad, en otras palabras, aquí se incorporan aquellos tratados que versan sobre temas de mero trámite también denominados tratados internacionales simplificados. (García-Corrochano, 2013)

Por su parte, los abogados Novak y García-Corrochano (2016) señalan otro problema respecto al control legislativo de los acuerdos internacionales ejecutivos – aquellos que no requieren aprobación del Congreso para ser aprobados – estipulado en el artículo 92 del Reglamento del Congreso, en virtud del cual, se dispone que el Ejecutivo en un plazo perentorio de tres días hábiles, curse notificación al Congreso de la República sobre aquellos tratados que aprobó sin la aprobación de este último- Y, de ser el caso que no se llegase a cumplir con lo dispuesto, dicho tratado quedará definitivamente suspendido, perdiendo su eficacia al restringir sus efectos jurídicos. En concreto, lo que se pretende con esta norma interna es restarle eficacia a una norma internacional por el sólo hecho de que una norma de orden interno – Reglamento del Congreso de la República –, haya dispuesto un aspecto de mero trámite procedimental, a sabiendas de que los tratados ejecutivos o simplificados solo necesitan ser puestos en conocimiento del Legislativo, mas no ser aprobados por este. En consecuencia, se estaría originando el incumplimiento del tratado internacional que se encuentra sujeto a certera responsabilidad internacional posterior (García-Corrochano, 2013).

3.1. Sistema de incorporación de los tratados internacionales al Derecho Interno

En palabras del maestro García-Corrochano (2013), cuando la Constitución Política del Perú de 1993 consagra el término “celebración de tratados”, se hace referencia exclusivamente al momento en que se efectúa el

perfeccionamiento de la voluntad del Estado de obligarse al tratado, mas no a todo el proceso en general que se requiere para la elaboración del tratado, pues como previamente se desarrolló en el primer capítulo de esta investigación, el proceso general que comprende las etapas de negociación, adopción, autenticación y suscripción o firma, se encuentra acogida a las disposiciones contempladas en la mencionada Convención sobre el Derecho de los Tratados.

Se tiene conocimiento que, mediante las disposiciones contenidas en el texto del tratado, se establece la vigencia del mismo, ello en concordancia con el precitado artículo 3 de la Ley N° 26647; mientras que, la normativa constitucional del ordenamiento interno peruano establece el proceso de incorporación de los acuerdos internacionales al ordenamiento nacional en lo que respecta a su celebración – momento en que se consolida el perfeccionamiento del consentimiento del Estado peruano de obligarse por el tratado – y a los efectos jurídicos que se generarán desde el día posterior de su entrada en vigencia. (Novak, 2005)

En complemento a lo anterior, se puede precisar que el Derecho Internacional no participa en la regulación de la prelación jerárquica de los preceptos normativos nacionales; sin embargo, dado que, en virtud del principio de primacía del Derecho Internacional se prevalece la norma convencional sobre la norma interna. Por lo tanto, este proceso de incorporación no es de carácter automático ya que requiere indudablemente del cumplimiento de ciertas formalidades esenciales que caracterizan a las leyes internas, tal es el caso de la publicidad normativa que deberá poseer una ley para habilitar su entrada en vigor. (García-Corrochano, 2013)

Siguiendo la misma línea de ideas, se colige que en la práctica es completamente válido que mediante la normativa interna de los Estados – mismas que contemplan los lineamientos empleados para la importación de las normas de orden convencional a la jurisdicción nacional –, se pueda determinar el rango jerárquico de estas en armonía con la postura que se adopte sobre la naturaleza que poseen los tratados. Ello, en virtud al artículo 55 de la Constitución Política del Perú de 1993 que reconoce a los tratados

celebrados por el Perú y vigentes a la fecha como parte integrante del Derecho interno.

En tal sentido, uno de los efectos del sistema de incorporación es la atribución de rangos jerárquicos a las normas internacionales que ingresan a formar parte del Derecho nacional. Como se mencionó previamente, para el abogado Abugattas (2006), dicho sistema de jerarquía determina la prevalencia de los rangos superiores sobre los inferiores, siendo que esta última corre el riesgo de que sus efectos jurídicos sean inaplicados, modificados o, en el peor de los casos, derogados. En definitiva, Pastor (2014) colige que el objeto de aplicar el criterio jerárquico es la articulación de las normas del Derecho Internacional y las normas del Derecho interno, además de dar pronta solución a las contradicciones que se originan dado que en la mayoría de los casos, ambos ordenamientos regulan las mismas materias; asimismo, este criterio establece dos preceptos los cuales refieren que en el supuesto de que dos normas posean el mismo rango, la ley posterior prevalecerá sobre una ley anterior y, por otro lado, una ley especial prima siempre sobre una ley general. A raíz de lo anterior, se concuerda con el doctor Abugattas en el extremo que han surgido ciertas oposiciones al proceso de incorporación, pues como él sostiene, las reglas de orden jerárquico no son compatibles con los principios e instrumentos normativos convencionales – Convención de Viena –; toda vez que al pretender mezclar dos ordenamientos totalmente diferentes, se da lugar a que el Estado tenga que decidir si respetar las normas del ordenamiento interno que implica la transgresión de las normas del Derecho Internacional o viceversa, cualquiera de las dos opciones conllevaría a que el Estado incurra en algunos de los supuestos de responsabilidad internacional o, en su defecto, nacional.

3.2. Evolución de la Constitución Política del Perú de 1979 a la Constitución Política del Perú de 1993

En palabras de Novak (1998), la Constitución Política del Perú de 1997 – predecesora de la Constitución Peruana de 1993 – contenía un total de diez artículos referidos a los tratados internacionales, además de que establecía expresamente el rango jerárquico de los tratados de integración y de aquellos que versaban sobre Derechos Humanos en sus articulados 105 y 106.

Contrariamente, en la Constitución de 1993 el número de artículos fue reducido a únicamente tres articulados, en los cuales se omitió establecer expresamente la jerarquía de los tratados, a excepción de la Cuarta Disposición Transitoria que otorgan rango constitucional a aquellos tratados que contienen disposiciones de Derechos Humanos.

A manera de justificación, el gobierno peruano adujo que la Constitución de 1979, contenía disposiciones desfazadas de cara a los nuevos tiempos, por tanto, debían ser derogadas y, subsecuentemente, reemplazadas por una nueva Constitución de la que se desprendan disposiciones más concisas y eficaces. (Novak, 1994)

Se puede advertir que lo que pretendían los legisladores era redactar muy sintéticamente el tratamiento de los tratados internacionales en el ordenamiento interno, y para lograr ello, optaron por fusionar varios de los artículos de la Constitución de 1979 en uno solo, como es el caso del artículo 57 de la Constitución vigente, toda vez que contiene tres párrafos que contemplan distintos temas, los cuales, para mejor comprensión e interpretación normativa, debieron ser separados en tres articulados diferentes tal como se redactaron en la Constitución de 1979.

Para un ahondamiento sobre el tema, es pertinente que en las siguientes líneas se desarrolle un análisis detallado de los tres artículos que contempla la Constitución Política del Perú de 1993 en contraposición de los artículos consagrados en la Constitución derogada de 1979.

3.3. Análisis de la normativa constitucional referente a tratados internacionales en la Constitución peruana de 1993

Como primer artículo a analizar se tiene al precitado artículo 55 de la Constitución Política del Perú de 1993 aprobado por la Asamblea Constituyente Democrática (1993), el cual establece en los siguientes términos que: “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”.

Según el abogado especialista en la materia Novak (1998), un aspecto positivo de este artículo es que enmendó un error que contenía el artículo 101 de la Constitución de 1979, pues restringía la acepción “tratado” a exclusivamente

aquellos acuerdos celebrados con otros Estados y que ingresan a formar parte del Derecho interno, dejando de lado a los demás acuerdos que el Estado peruano podía celebrar con otros sujetos del Derecho Internacional Público, como era el caso de las Organizaciones Internacionales y movimientos de liberación nacional.

Por su parte, el abogado Abugattas (2006) precisa un enfoque muy importante, pues se suele malinterpretar el artículo 51 de la Constitución vigente en el extremo que contempla a la publicidad de una norma como requisito fundamental para su entrada en vigor; no obstante, debe entenderse que un tratado internacional siempre poseerá vigencia independientemente si fue publicado o no; ello a razón de que el artículo 55 en concordancia con el artículo 3 de la Ley N° 26647, refieren a la eficacia o exigibilidad del tratado, mas no a su vigencia ya que esta depende de lo que se haya establecido en el propio texto del mismo.

Por otro lado, este artículo también contiene una grave inobservancia, toda vez que no regula una directriz de solución para aquellos supuestos de conflictos normativos entre los tratados internacionales y normas legales, pues como se mencionó en anteriores líneas, ambos ostentan la misma jerarquía de rango de ley. (Ortiz, 2018)

Contrario a ello, el artículo 101 de la Constitución derogada sí estipulaba una postura de prevalencia incondicional del tratado internacional sobre cualquier ley, siendo que, de advertirse colisión entre las disposiciones dimanantes de ambos cuerpos normativos, se frustraba la aplicación de las leyes beneficiando la eficacia del tratado.

Por otro lado, y siguiendo con el análisis normativo respecto de los tratados internacionales, el artículo 56 de la Constitución vigente, aprobada por la Asamblea Constituyente (1993, párr. 1 y 2) señala lo siguiente:

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.

En palabras de Novak y García-Corrochano (2016), el precitado artículo regula el procedimiento interno de la celebración de los tratados internacionales, en este apartado y en el primer párrafo del artículo 57 de la misma norma constitucional, surge la clasificación de los tratados en relación con su fuente de aprobación:

- a) Tratados solemnes o complejos, los cuales dada la importancia de las materias que contienen, deben ser sometidos a un previo procedimiento de aprobación del Congreso de la República mediante la expedición de resoluciones legislativas; asimismo, se encuentran establecidos de manera taxativa en el artículo 56, estos son, Derechos Humanos, soberanía nacional, defensa nacional; obligaciones financieras, creación, modificación o supresión de tributos; modificación o derogación de leyes internas; creación de medidas legislativas para la ejecución del tratado – tal es el caso de los Convenios de la OIT;
- b) Tratados ejecutivos o simplificados – como se mencionó anteriormente – estos se encuentran contemplados en el primer párrafo del artículo 57, son exclusivos de ser aprobados, ratificados o adheridos por la sola firma del Poder Ejecutivo que perfecciona la voluntad del Estado, sin requerimiento de la intervención del control del Legislativo, pues sólo se requiere que se curse comunicación de la materialización de los actos previamente descritos, se caracterizan por ser ratificados mediante Decretos Supremos y por gozar de un procedimiento menos formal y más célere.

Un aspecto positivo a resaltar del artículo 56 es que aportó mayor precisión y claridad en la enumeración de materias que deben contar con la intervención previa del Legislativo a diferencia de la descripción ambigua, poco ordenada e imprecisa del artículo 102 y 104 de la Constitución del 1979, cuando estableció en el primer artículo – artículo 102 – que los tratados poseen aprobación previa del Congreso antes de ser ratificados; contradictoriamente,

en el segundo artículo – artículo 104 – se dispuso que, tratándose de asuntos exclusivos de competencia, el Jefe de Estado podía celebrar y ratificar tratados, sin contar con la previa aprobación del Poder Legislativo (Novak, 1998). En adición a ello, tal falta de inteligibilidad originó una serie de problemáticas procedimentales, como fue el caso donde el Presidente de la República celebró a su sola firma sin contar con aprobación previa del Congreso el Convenio Antidrogas en el año 1991; sin embargo, con el artículo 56 de la Constitución vigente se pudo superar dicho problema de redacción.

Ahora bien, el último artículo 57 referido al tratamiento de los acuerdos internacionales contemplado en el Capítulo II del Título II de la Constitución Política del Perú aprobada por la Asamblea Constituyente Democrática (1993), establece lo siguiente:

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 (Párr. 1).

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 (Párr. 2).

La denuncia de los tratados es potestad del Presidente de la República, con cargo de dar cuenta al Congreso. En el caso de los tratados sujetos a aprobación del Congreso, la denuncia requiere aprobación previa de éste (Párr. 3).

Del análisis de este articulado de la Constitución vigente, puede advertirse su composición por tres párrafos que contemplan temas diferentes, es decir, el primer párrafo establece que el tratamiento de los tratados ejecutivos o simplificados, aquellos que el mismo Jefe de Estado puede celebrar, ratificar o incluso adherirse sin requerir aprobación previa del Legislativo, bastando solo la comunicación de haberse efectuado los precitados actos.

De hecho, este primer párrafo se articula con el artículo 56, en la medida que ingresa a esta clasificación, aquellos tratados que versan sobre temas que no están descritas en el artículo 56; asimismo, si bien el artículo 57 no las

describe en lista positiva, se entienden por logicidad que son aquellos acuerdos que versen sobre temas administrativos, comerciales, consulares, aduaneros, fomento del turismo, de donación, cooperación, etc. (Novak, 1998)

Ahora bien, el segundo párrafo contempla el supuesto de los tratados que deben ser aprobados mediante reforma constitucional, dicho contenido normativo se estableció igualmente en el artículo 103 de la Constitución derogada de 1979, a efectos de evitar incompatibilidades entre las disposiciones dimanantes de un tratado y la Constitución peruana. (Ortiz, 2018)

Teniendo en cuenta la previsión del legislador, se ha adoptado el criterio en posibles supuestos donde se produzca una colisión normativa de este tipo, creándose una suerte de sustitución de la norma constitucional por el tratado, sin que el primero pierda su vigencia, pues continuará surtiendo efectos fuera del ámbito de aplicación del tratado, y podrá recuperar su plena vigencia cuando se denuncie o termine el mismo. (Novak, 2005)

Finalmente, en el último párrafo se hace mención al proceso de denuncia de los tratados, previendo dos tipos de denuncia en relación a si el tratado fue o no aprobado por el Congreso de la República, de esta forma la Constitución de 1993 pretende facilitar la denuncia de los tratados ejecutivos y garantizar la seguridad jurídica de los tratados solemnes; adicionalmente a ello, se establece el deber del Ejecutivo de dar cuenta al Legislativo en los tratados que fueron objeto de aprobación previa por el Congreso y que posteriormente se pretenda su denuncia. (Novak, 1998)

3.4. Aciertos y desaciertos del cambio de Constitución relativos a los tratados y las tres clases de tratados reconocidos en la Constitución Política del Perú de 1993

Este subtema surge a modo de conclusiones que surgen a partir del análisis de los artículos contemplados en las Constituciones peruanas de 1979 y 1993 respecto al tratamiento constitucional que se le instituye a los tratados internacionales. En ese sentido, es pertinente colegir en palabras de Ortiz (2018) que la vetusta Constitución de 1979 contempló expresamente el

criterio de solución para aquellas controversias derivadas de los conflictos normativos entre las disposiciones continentales de los tratados internacionales y de las leyes nacionales, consagrando la primacía de la primera sobre la segunda.

Asimismo, como se advierte de los tres artículos de la Constitución vigente de 1993, estos poseen aspectos positivos y negativos, los últimos manifestados en algunas omisiones normativas, exclusión de ciertos artículos contemplados en la Constitución vetusta en sus articulados 105 y 106, así como la fusión de varios articulados de la Constitución de 1979; ello, con el fin de lograr aparente brevedad y precisión en la norma constitucional, pero que sin embargo, no fue del todo idóneo, pues se incluyen en un solo artículo temas diferentes que no guardan relación entre ellas, por lo que debió mantenerse en artículos separados como originalmente se contemplaron.

Ahora bien, la forma de inserción de los tratados al ordenamiento interno juega un papel fundamental para dilucidar cuáles normas nacionales las pueden modificar y cuáles no. Estando a lo anterior, el maestro Rubio Correa (2015) señala que la Constitución actual proporciona cuatro reglas para los tratados internacionales, estas son:

- 1) La aprobación del tratado mediante reforma constitucional previa a su ratificación cuando se acredite que vulnere norma constitucional, de esta forma aquellos tratados ostentarán rango constitucional;
- 2) El Legislativo únicamente aprobará tratados que versen sobre Derechos Humanos; soberanía; dominio; defensa nacional del Estado; obligaciones financieras y aquellos que versen sobre tributos; que modifiquen leyes internas o propongan medidas legislativas para la ejecución de los tratados;
- 3) Los tratados no contemplados en dicha lista números clausus, se entienden que su aprobación será autoría exclusiva del Presidente informando posteriormente al Congreso;
- 4) Generalmente todos los tratados celebrados por el Perú y en vigencia, ingresan a formar parte del Derecho interno.

A modo de sintetizar el análisis de las cuatro reglas, se puede deducir que tales directrices, dieron lugar a la creación de tres subcategorías de tratados

en atención al órgano competente y el procedimiento destinado para su aprobación, estos son, los tratados constitucionales aprobados mediante reforma constitucional; los tratados leyes aprobados mediante resoluciones legislativas del Congreso; y los tratados aprobados por el Presidente de la República mediante decretos supremos respectivamente.

3.5. Algunas alternativas sobre el rango jerárquico para los tratados

Como se ha precisado en los temas y subtemas precedentes, el Derecho Internacional prevalece sobre el Derecho interno en tanto se ubique en el marco internacional; no sucediendo lo mismo con este último ya que son los mismos Estados quienes regulan el ingreso del Derecho Internacional a su territorio nacional, además de la designación jerárquica en relación con las demás normas del ordenamiento jurídico peruano. (Salmón, 2017)

En concordancia con lo anterior, Gamero (2008) indica que los Estados poseen soberanía al momento de establecer el rango jerárquico de los preceptos normativos internacionales que llegan a formar parte del Derecho interno para su aplicación dentro de la jurisdicción nacional.

Siendo que, en relación con el rango jerárquico de los tratados internacionales establecidos a manera deductiva en la Constitución Política de 1993, el abogado constitucionalista y catedrático Landa (2007) postula distintos criterios sobre la posición jerárquica de los tratados internacionales dentro del ordenamiento interno, siendo los siguientes:

a) Supraconstitucional

Esta tesis sienta base a partir del segundo párrafo del artículo 57 de la Constitución vigente, que refiere el supuesto de aprobación a través del procedimiento de reforma constitucional para aquellos tratados que vulneren o transgredan disposiciones constitucionales, toda vez que para su correcta aprobación necesitan indubitablemente la alteración de determinadas disposiciones constitucionales. (Ortiz, 2018)

Claramente, con esta postura uniformiza tanto la jurisprudencia nacional e internacional y el Derecho en base al principio de primacía de la norma internacional, sosteniendo que la última posee rango superior a la norma

constitucional puesto que esta última es la misma que cede ante la incorporación del tratado, pero no al revés. (Landa, 2007)

b) Constitucional

Esta tesis se funda en la Cuarta Disposición Final Transitoria de la Constitución Política del Perú de 1993, la cual expresa:

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. (Asamblea Constituyente Democrática, 1993)

Al respecto, el doctor Rubio (2015) señala que este rango constitucional de los tratados internacionales que versan sobre Derechos Humanos surge a partir de la premisa de que la Carta Magna no puede ser interpretada por normas que ostentan menor jerarquía normativa, siendo que los adeptos de esta tesis consideran innegablemente que los tratados de este tipo ostentan rango constitucional por regular aspectos de corte constitucional.

Por su parte, Landa (2007) considera que, en base al mencionado criterio, los tratados sobre Derechos Humanos deben dotar de fuerza activa por su carácter innovador en el ordenamiento jurídico; y con fuerza pasiva dada su oposición frente a cualquier modificación realizada por normas infra constitucionales – tal es el caso de las leyes –, de esta forma se garantiza el principio de primacía constitucional.

Finalmente, y en complemento a los autores previamente citados, Mogrovejo (2014) indica que el compromiso internacional reconocido por el Estado para adecuar su normativa interna mediante la creación o derogación de una ley interna debe de realizarse de acuerdo con el principio del Pacta Sunt Servanda y buena fe, tanto más si los tratados internacionales que contienen temas de Derechos Humanos ostentan jerarquía constitucional.

c) Supralegal

En palabras de Novak (1998) la norma internacional ostenta preeminencia ante un conflicto con la normativa interna, sin importar la voluntad del Estado o de lo que se estipule en una disposición constitucional, pues no es lógico ni mucho menos justo – especialmente en los tratados multilaterales –, pretender un condicionamiento de las conductas de varios Estados a la voluntad de uno solo.

Al respecto, se puede colegir que los tratados gozan de rango inferior a la Constitución, y superior a las leyes, es decir, se afirma una suerte de subordinación de las leyes internas a los tratados y consecuentemente, la prohibición de modificaciones a los tratados por leyes internas, ello, con el objeto de compatibilizar el Derecho Internacional y el Derecho interno.

Por su parte, el especialista Mogrovejo (2014) expresa que la obligación del Estado de adecuar su norma interna debe estar precedida por el principio del *pacta sunt servanda* y buena fe en la medida que los tratados que versan sobre materias distintas a Derechos Humanos poseen rango supralegal. Finalmente, se debe precisar que, al sostener la superioridad de los instrumentos internacionales sobre cualquier norma con rango de ley, se engloba además en esta premisa, a todas aquellas normas de rango inferior (Hakansson, 2012).

d) Legal

Según esta clasificación de jerarquía, que en la actualidad nuestro sistema jurídico adopta, los acuerdos internacionales incorporados al Derecho nacional poseen el mismo rango jerárquico que una ley natural de Derecho interno, en ese sentido, es posible que cualquier fuente normativa que comparta ese mismo rango posea la aptitud de modificar un tratado que regule la misma materia; ello en base al principio *leges posteriores priores contrarias abrogant*.

Como ya se mencionó en anteriores líneas, la Cuarta Disposición Final Transitoria de la Constitución Política del Perú de 1993 otorga jerarquía constitucional a los tratados que versan sobre Derechos Humanos; mientras que, por otro lado, no se ha regulado expresamente la jerarquía

que ocupan los tratados internacionales referentes a otras materias diferentes a las primeras, en consecuencia, se deduce su rango de normas legales en virtud de los siguientes artículos:

- a) Respecto a las facultades del Presidente de la República, el inciso 1) del artículo 118 de la Constitución Política del Perú de 1993 aprobada por la Asamblea Constituyente Democrática (1993) que establece: “1. Cumplir y hacer cumplir la Constitución y los tratados, leyes y demás disposiciones legales.”; y
- b) El inciso 4) del artículo 200 de la Constitución Política del Perú de 1993 que señala:
 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. (Asamblea Constituyente Democrática, 1993)

Cabe precisar que los artículos en comento no pertenecen al Capítulo y Título destinados al tratamiento de los tratados, sin embargo, catalogan a este tipo de tratados en la categoría de normas legales sujetas a control de inconstitucionalidad si lo requieren.

Ahora bien, Virally (1983) señala que, al posicionar a una ley y un tratado en la misma categoría jerárquica, se estaría ante la posibilidad de que un tratado nuevo posea preeminencia sobre una ley anterior y viceversa; aunado a ello, el artículo 55 de la Constitución vigente no establece criterio de jerarquía, o en su defecto de primacía – entre mismo rango normativo –; ergo, se produce un conflicto normativo. Ante dicho problema, el abogado Landa (2007) propone la elección entre dos posibilidades:

- 1) Optar por una posición nacionalista, que sostiene la aplicación de los principios generales ante conflicto de normas de igual jerarquía, esto es, la prevalencia de la norma legal especial sobre la general y la posterior sobre las anteriores; u
- 2) Optar por una posición internacional, que sostiene la primacía del tratado sobre cualquier ley de orden interno en observancia del

principio de Pacta Sunt Servanda y en virtud del artículo 27 de la precitada Convención, que establece la no justificación de la norma interna para el incumplimiento de un tratado.

En definitiva, los especialistas en el Derecho Internacional Público tales como el doctor Novak, García-Corrochano, Gamero Urmeneta, entre otros, han reconocido y sugerido que se cambie el criterio que se fijó en el sistema jurídico peruano a efectos de optar por dar preeminencia al Derecho Internacional, en ese sentido, debe de primar la jerarquía de superioridad de los tratados que sin lugar a dudas rige en el Derecho Internacional por sobre cualquier ley interna posterior, en el supuesto de que las disposiciones contenidas en ambos instrumentos entren en colisión.

e) Infralegal

Si bien esta postura cayó en desuso, es pertinente mencionarla a modo de conocerla en términos generales. Esta tesis indica que los tratados son de exclusividad del Ejecutivo, el cual los aprueba mediante Decretos Supremos, y es por este motivo que alegan que los tratados ostentan inferior jerarquía a la ley interna; asimismo, a efectos de poseer sustento legal, recurre al inciso 8) del artículo 118 de la Constitución peruana vigente que reconoce como una de las varias atribuciones del Presidente, el reglamentar las leyes sin llegar a desnaturalizarla, ello mediante la expedición de decretos y resoluciones. (Ortiz, 2018)

En definitiva, la regulación en la vigente Constitución peruana en lo que respecta a los tratados internacionales ha tenido ciertos avances como retrocesos debido a la falta de claridad de las disposiciones constitucionales, con especial hincapié, en lo que respecta a la expresa determinación del rango jerárquico que ostentan los tratados internacionales en general, han surgido diversas posturas como se han podido contemplar en párrafos anteriores, todas con sus puntos positivos y negativos.

Asimismo, gran parte de la doctrina y jurisprudencia del Derecho, deducen en términos generales que los acuerdos internacionales poseen rango legal en virtud del inciso 4) del artículo 200 y del artículo 118 de la Carta Magna de 1993 (Novak, 2005). No obstante, al ostentar mismo rango legal los tratados

y las leyes propiamente dichas sin distinguir unas de otros, puede ocasionar que, en supuestos de conflicto entre ambos, y, por falta de normativa expresa que establezca la jerarquía y/o primacía de los primeros sobre los segundos; la seguridad jurídica internacional y nacional corren el riesgo de ser transgredidas.

Por lo tanto, es necesario el atribuir a los tratados una jerarquía supralegal, ello a efectos de evitar incurrir en responsabilidad internacional por incumplimiento de los instrumentos internacionales en agravio de los principios del *pacta sunt servanda*, primacía del derecho internacional, seguridad jurídica, buena fe, entre otros.

3.6. Los criterios de orden interno *lex superior derogat legi inferior* y *lex posterior derogat priori*

El primer precepto hace referencia a que la normativa superior posee preeminencia sobre la normativa inferior, en tal sentido las normas de inferior jerarquía no surten efectos si es que entran en colisión con las normas de rango superior; del mismo modo, si una normativa de orden superior se modifica, este cambio repercutirá sobre norma inferior; mientras que los preceptos normativos internacionales estipulan que el proceso de denuncia, suspensión, modificación o terminación de un tratado, exclusivamente se rigen por las disposiciones dimanantes del tratado. (Abugattas, 2006)

Por otro lado, el segundo precepto hace referencia que ante normas de igual rango jerárquico, aquellas que denotan preexistencia son modificadas, derogadas o inaplicadas por otras normas posteriores; no obstante, para la normativa internacional que regula los procesos de denuncia, terminación, suspensión o modificación de los acuerdos internacionales, no es posible que una norma de Derecho interno que posee plena validez, igual o superior rango y posterior a un tratado surta efectos frente a este último que contiene obligaciones internacionales que el propio Estado reconoció. (Abugattas, 2006)

3.7. Propuesta sobre la primacía y posterior jerarquía supralegal de los tratados internacionales sobre normas legales en el ordenamiento jurídico peruano

A modo de concluir este tema, y siguiendo la tesitura del internacionalista Mogrovejo (2014) quien resalta la conexión esencial entre el Derecho constitucional que se encarga de estructurar y limitar el poder de los Estados, y el Derecho internacional encargado de la regulación de las relaciones interestatales. Frente a ello cabe señalar la pertinencia de idear un sistema sin ambigüedades y libre de cualquier presión por poderes políticos que pueda garantizar la convivencia de ambos ordenamientos en respeto de los principios internacionales y sobre todo a la seguridad jurídica nacional e internacional. (Abugattas, 2006)

Indubitablemente, este tipo de controversias entre normas del mismo rango jerárquico que regulan mismos temas e individuos, generan inseguridad jurídica tanto a nivel nacional como internacional que termina por resquebrajar las relaciones internacionales del Estado peruano con los demás países del tráfico internacional. A raíz de ello, Gamero (2008) afirma que una manera de solucionar estas problemáticas presentadas es mediante la aplicación de los principios que solucionan antinomias tales como: los principios de plazo de validez, posteridad, especificidad, favorabilidad, envío, subsidiariedad, complementariedad, suplementariedad, ultractividad expresa y competencia excluyente. Sin embargo, los principios anteriormente mencionados no siempre garantizan la primacía de los tratados internacionales sobre las leyes internas por lo que no resultaría del todo efectivo para salvaguardar las disposiciones continentales en normativa internacional; ello en concordancia con Novak (1998) que sostenía la primacía perenne de la norma convencional ante circunstancias de conflicto con las leyes de orden interno, independientemente de la voluntad del Estado y lo que establezca un precepto constitucional.

Otra propuesta a dicho problema, la cual se comparte parcialmente, es la mencionada en términos generales por el maestro Landa Arroyo quien refiere que los tratados internacionales deben mantener definitivamente su superioridad jerárquica de cara a cualquier ley interna que pretenda restarle

de eficacia normativa, esto es, que los tratados posean un rango en paralelo equiparable a la Constitución, de tal forma se garantizaría el respeto del principio de la primacía del Derecho Internacional. Sin embargo, la tesis dualista que adopta el doctor Landa ocasionaría una suerte de separación de dos tipos normativa, contraviniéndose por defecto el artículo 57, que establece la adopción de la tesis monista al establecer que todos los tratados entran a formar parte del ordenamiento jurídico independientemente de la naturaleza internacional del tratado. Asimismo, cabe precisar que la Constitución no puede ser relegada a un segundo nivel; en ese sentido, se propone la adopción de la supralegalidad de la norma internacional siguiendo la tesis monista moderada, es decir, que los tratados posean igual o inferior rango que la Constitución, pero una jerarquía superior frente a cualquier norma legal del ordenamiento jurídico.

Mas aún, teniendo en cuenta que el Estado peruano es miembro de una comunidad internacional donde los distintos sujetos internacionales son activos partícipes en la conformación de un gran número de organizaciones internacionales, así como en de la celebración y ratificación de diversos instrumentos internacionales como son la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, aprobada por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, y los diferentes acuerdos internacionales que versan sobre distintas materias; están obligados a dar fiel cumplimiento a tal orden internacional, ello en concordancia con lo establecido en su artículo 27. Por consiguiente, al otorgar tal reconocimiento a la esfera internacional y por ende a sus principios pilares, el Estado peruano se está ratificando en su libre acogimiento a las obligaciones pactadas internacionalmente, por lo que sería ilógico que el marco constitucional peruano regule en contrariedad a los preceptos internacionales; ergo, cualquier norma con rango de ley no prima sobre los tratados internacionales que previa y libremente reconoce.

Otro notorio y válido fundamento es el contemplado en el artículo 7 de la Ley N° 26647 misma que fue desarrollada en anteriores apartados, pues establece que los tratados internacionales únicamente podrán denunciarse, suspenderse o modificarse en los términos que regulen per se, y a falta de este, por las

normas generales de Derecho Internacional; siendo que, ninguna ley promulgada con posterioridad puede primar sobre el tratado. Por ende, las fuentes normativas que comparten el mismo rango que los tratados internacionales en general, no priman sobre estos últimos toda vez que no poseen la capacidad de modificarlo.

En efecto, si bien no existe taxatividad en dicho reconocimiento en la Constitución peruana vigente para dotar de claridad a los escépticos y críticos de la primacía de los tratados internacionales, no es menos cierto que los fundamentos mencionados en párrafos anteriores sean válidos y coherentes. En complemento a lo anterior, se infiere que la misma Constitución peruana de 1979 dotó de supralegalidad a los tratados sin tener esa intención, pues en realidad estaba referida más a una primacía que a una jerarquía normativa, ello se advierte en su ya mencionado artículo 101 que establecía que en caso de controversias entre una ley un tratado, primaba el tratado internacional. No obstante, debe tenerse en consideración que en aquellos años cuando la Constitución Política del Perú de 1979 se redactó, aún primaba la corriente monista del positivista Hans Kelsen.

En definitiva, para darle solución a dicha omisión lo más indicado sería realizar una modificación de la jerarquía que poseen los tratados en el actual marco normativo, a efectos de otorgarles un rango jerárquico supralegal, rango que idóneamente deben ostentar todos los tratados internacionales, salvo aquellos que versen sobre Derechos Humanos – dado que la Cuarta Disposición Final Transitoria de la Constitución de 1993, les atribuye rango constitucional –. De esta manera no existirían mayores problemas entre las antinomias que pudiesen resultar de las interpretaciones de las disposiciones de un tratado y una ley. Sin embargo, teniendo en cuenta que la reestructuración de la jerarquía normativa en el ordenamiento jurídico peruano tomaría mucho tiempo en materializarse adecuadamente, y dado el gradual y continuo incremento de los casos donde se pone en juego el cumplimiento de los tratados internacionales por antinomias existentes con la normativa interna en tanto no se modifique la estructura normativa; se advierte que la propuesta de reestructuración jerárquica de los tratados en general no sería la más efectiva – temporalmente hablando – en vista de que no

es un actuar rápido que pueda hacerle frente a la urgencia de prever el riesgo del incumplimiento de los tratados. En ese sentido, una posible solución temporal ante tal urgencia sería que los administradores y operadores de justicia del Derecho interno, reconozcan el principio de primacía de los tratados internacionales, como primigeniamente procuró garantizarse en el artículo 101 de la Constitución Política del Perú de 1979. Ello en atención a que la primacía normativa hace referencia a una prevalencia de elección entre dos normas que ostentan el mismo rango mostrando cierta preferencia por una de ellas; mientras que, por el contrario, el principio de jerarquía hace referencia a una diferenciación de rangos normativos verticales previamente establecidos, es decir, se habla ya de una suerte de prelación normativa.

Estando a lo anterior y en concordancia con lo establecido en el artículo 27 de la Convención del 69 de cuya interpretación se colige que los jueces deben aplicar en cada caso particular la primacía o preeminencia de los tratados internacionales sobre cualquier precepto normativo interno, lo cual, si bien no conlleva a una reforma general, coadyuva evitar incurrir en futura responsabilidad internacional por incumplimiento de los tratados en justificación de la normativa interna. Así, este reconocimiento expreso de la primacía evitará que se transgreda los preceptos normativos del Derecho interno, y en especial, las obligaciones contraídas por el Estado en el marco del Derecho Internacional (Loayza, 2009).

Razones por las cuales, la propuesta más viable en una proyección a corto plazo es el reconocimiento de la primacía de los tratados internacionales sobre las normas de naturaleza interna por parte de los operadores y administradores de justicia en el Derecho nacional. Ello, en tanto el Estado peruano se encamine en un proceso de reforma del marco normativo constitucional para establecer taxativamente la jerarquía supralegal que ostentarán los tratados internacionales salvo los que versan sobre Derechos Humanos. De esta manera se prevé que el Estado evite seguir incurriendo en responsabilidad internacional, además de garantizar el respeto a los principios de seguridad jurídica a nivel nacional e internacional; la primacía del Derecho Internacional sobre el Derecho interno; la buena fe entre Estados; el pacta sunt servanda en el reconocimiento de los tratados celebrados; etc.

4. Algunas consideraciones entorno a la Responsabilidad Internacional del Estado Peruano por incumplimiento de las obligaciones dimanantes de los tratados

Tal como se precisó en el primer capítulo de esta tesis, los hechos ilícitos son generadores de consecuencias jurídicas negativas para el sujeto internacional que los comete. Una de las diversas consecuencias generadas es la responsabilidad internacional en tanto los comportamientos atribuidos a los sujetos del Derecho Internacional no se encuentren en concordancia ni mucho menos en armonía con los preceptos normativos del ordenamiento jurídico internacional. Como anteriormente se mencionó, los tratados poseen dos características especiales que los distan de otras normas del Derecho interno, primero porque nacen a partir de consensos realizados por sujetos de Derecho Internacional y segundo porque su creación se encuentra normada en el marco del Derecho Internacional. Teniendo ello en conocimiento, queda recordar que las acciones unilaterales propias del ordenamiento jurídico interno que entren en contradicción con el objeto y fin del tratado, es causa probable de responsabilidad internacional en perjuicio del Estado parte.

Dicha responsabilidad internacional crea una suerte de conexión entre el Estado perjudicado y el Estado autor del comportamiento ilícito, tales como la creación de una nueva obligación de ponerle fin al hecho ilícito generado, ofrecer garantías que aseguren la no reincidencia de incumplimiento, reparar el daño materializado por dicho incumplimiento y/o la aplicación de contramedidas para garantizar el cumplimiento del cese, reparación del agravio o el ofrecimiento de las garantías de no reincidencia de tales ilícitos. (Sánchez, 2012)

En el caso peruano, se ha podido demostrar que no está ajeno a la comisión de actos ilícitos internacionales por las constantes violaciones de las obligaciones dimanantes de los tratados internacionales, pues como se ha podido advertir de los casos citados y analizados en el capítulo anterior, se acredita manifiestamente la vulneración a varios de los acuerdos internacionales suscritos y ratificados – en su mayoría – por los representantes competentes del Estado peruano.

Ello, principalmente toma sustento en las contradicciones o incompatibilidades existentes entre las normas de Derecho Internacional – que pasan a formar parte de la normativa interna peruana según lo establece el artículo 55 de la Constitución

del 1993 – con las normas propias del Derecho interno. Con mayor especificidad, estas contradicciones surgen de aquellas normas que ostentan mismo rango legal dada la jerarquía normativa establecida en la Constitución vigente, es decir, las discrepancias existentes entre las disposiciones dimanantes de una ley interna con las obligaciones contempladas en un tratado internacional en cualquiera de sus modalidades.

En efecto, se tiene que de los casos prácticos analizados en el capítulo anterior donde el Perú es catalogado como infractor responsable por el incumplimiento de acuerdos internacionales, se pueden denotar diversas razones que dieron lugar a la vulneración de los mismos, tales como la prevalencia de los intereses particulares ajenos a los intereses de la colectividad nacional; la inobservancia de los preceptos normativos contemplados en los tratados internacionales; la falta de un adecuado establecimiento de mecanismos de interacción entre el Derecho convencional y el interno; el desconocimiento de parámetros legales para la aplicación del Derecho Internacional por parte de los órganos encargados de dar cumplimiento eficaz a los tratados suscritos; la ausencia de un órgano interno que supervise la eficacia de los tratados internacionales en el tiempo – esta se desarrollará a mayor ahondamiento en el siguiente subtema –; entre otras razones análogas.

Desafortunadamente, los receptores de la normativa del Derecho Internacional en la jurisdicción nacional omiten el reconocimiento de los principios rectores del Derecho Internacional, como son el principio de primacía del Derecho Internacional Público sobre el Derecho interno; el principio del *pacta sunt servanda*; el principio de buena fe de los Estados; y demás principios internacionales complementarios a estos. Ello, en atención a que en diversas ocasiones se ha antepuesto a la eficaz aplicación del tratado y a las relaciones internacionales del Estado peruano con los demás Estados de la comunidad internacional, la descarada salvaguarda de ciertos intereses privados astutamente camuflados como excusa del principio de soberanía de los Estados, tal como sucedió en la aplicación de la Convención sobre un Código de Conducta de las Conferencias Marítimas de 1974 cuando se le pretendió reconocer una determinada inmunidad a las empresas navieras que monopolizaban comercio del transporte marítimo internacional para que queden exentas del ámbito de aplicación de las leyes de

libre competencia. Asimismo, es en este mismo tratado se advierte la falta de interés y escaso – por no decir nulo – conocimiento de las normas del Derecho Internacional para la correcta adecuación de la normativa del Derecho nacional e idónea aplicación de las disposiciones contenidas en el precitado instrumento internacional que el Estado peruano había reconocido previamente.

Como ya se mencionó en párrafos anteriores, otra de las razones que dieron lugar a la vulneración de un tratado internacional fue la inobservancia de los preceptos normativos dimanantes de los tratados, tal como sucedió en la aplicación de las exoneraciones aduaneras para los comerciantes que importaban la harina de trigo desde ciertas regiones de Colombia hacia determinados departamentos del norte del Perú, beneficio arancelario establecido en el Protocolo Modificadorio del Convenio de Cooperación Aduanera Peruano – Colombiano.

Del mismo modo, se manifestó los mismos problemas de la aplicación del Derecho Internacional por parte de los órganos encargados de dar cumplimiento eficaz a los tratados suscritos por el Estado peruano, en el tratado de Libre Comercio de Perú y Canadá, caso que al igual que muchos otros llevados en arbitraje internacional ante el CIADI, denotó un costo económico extremadamente alto para los peruanos en beneficio de la empresa minera canadiense Bear Creek Mining Company, pues las autoridades judiciales del Perú no tenían en consideración las normas del Derecho Internacional Público que garantizan el objeto y fin de los tratados internacionales dada la falta de parámetros normativos claros; ello sumado a la demagogia que se suscitaba en aquellos años y que se mantiene hasta la actualidad. Lo que buscaban las autoridades que impartían justicia, así como los legisladores era enfocarse únicamente en que se respete la norma interna por encima de todo, sin importar que se incumplan las disposiciones contenidas en los tratados a los cuales el Perú quedaba obligado internacionalmente.

En síntesis, el Derecho Internacional reconoce de conformidad con el artículo 32 del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por la comisión de hechos internacionalmente ilícitos del 2001, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, y el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, aprobada por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, la responsabilidad internacional de un Estado que pretenda justificar el incumplimiento de una obligación internacional contenida en un

tratado internacional por alegar el cumplimiento de su norma interna. En ese supuesto, si el Estado peruano omite dar cumplimiento a las disposiciones dimanantes de un determinado tratado por la existencia de incompatibilidades con la normativa interna, éste sería catalogado como el autor de la comisión del ilícito internacional debido al incumplimiento de obligaciones internacionales materia de imputación de responsabilidad internacional que terminará obligando al Estado peruano a que cese con en el incumplimiento e indemnice a los otros Estados contratantes que resultaron perjudicados material y/o moralmente por el incumplimiento de las obligaciones contenidas en el acuerdo internacional.

Aunado a ello, se agrava más el presente problema debido a la falta de pronunciamiento expreso de la Constitución Política del Perú de 1993 sobre el rango jerárquico correspondiente a los tratados internacionales en general, pues como se advirtió del análisis del capítulo enfocado en la regulación constitucional de los tratados, se omite indicar expresamente el rango normativo dentro del ordenamiento jurídico, y es a raíz de las interpretaciones en conjunto de otros artículos constitucionales ubicados en otros capítulos diferentes al Capítulo II asignado a la materia de tratados internacionales, que se sostiene el rango legal que poseen los tratados en general salvo únicas excepciones. De la misma forma, no se establece precisamente una primacía de los tratados frente a normas legales con la cuales comparte igual jerarquía, dicha omisión se agrava en los supuestos de contradicción entre tales instrumentos normativos y que, por desconocimiento de la norma internacional, los órganos públicos en cargados de aplicar los tratados prevalecen la aplicación de la normativa propia del Derecho nacional relegando a un segundo plano el Derecho Internacional.

A raíz de lo anterior, los operadores del Derecho interno menos aún han mostrado interés o iniciativa de promover la modificación de la jerarquía de los tratados pese que el Estado peruano ha incurrido innumerables veces en responsabilidad internacional por incumplimiento de las disposiciones dimanantes de los tratados a los que se obliga internacionalmente, pues si no reconocen su primacía por sobre las leyes nacionales, menos aún les otorgarán una jerarquía superior a la que actualmente ostentan. Razón por la cual, se recalca la imperiosa necesidad de modificar la normativa constitucional correspondiente al artículo 55 para dotar de un rango supralegal a los tratados internacionales, que no versan sobre materia de

Derechos Humanos, superior a las normas que reputan igual jerarquía inicialmente y, por defecto, a las de menor rango jerárquico.

5. Algunos alcances del Tribunal Constitucional recaídos en el Expediente N° 00018-2009-PI-TC en torno al control de constitucionalidad de las normas que ostentan rango de ley.

Un tema que no puede dejar de hacerse mención es el referido control de constitucionalidad al que todas normas que conformen el bloque de constitucionalidad están afectas. En el año 2009, el Tribunal Constitucional se pronunció en la sentencia recaída en el Expediente N° 00018-2009-PI-TC¹ respecto a la posibilidad de advertirse contradicciones entre la normativa interna y la normativa internacional a la cual el Estado Peruano cedió consentimiento. Dicha sentencia pone en manifiesto la precaria situación que se suscita a raíz del inciso 4 del artículo 200 de la Constitución peruana vigente, la cual establece la posibilidad de efectuar un control de constitucionalidad respecto de las normas legales, siendo los tratados internacionales parte de este grupo al momento en que ingresan a formar parte del sistema jurídico nacional, ello acorde a la normativa constitucional mencionada. Acción que, en definitiva, contradice lo establecido en el artículo 27 de la Convención de los Tratados que colige el no refugio en la normativa interna del país a fin de justificar algún incumplimiento de las obligaciones que dimanen de un determinado tratado del cual el Estado es parte firmante o en su defecto contratante.

Si bien es cierto, el pronunciamiento del Tribunal Constitucional enfoca su desarrollo en torno a la contradicción normativa suscitada a partir de un tratado que versa sobre Derechos Humanos, esto es, la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad aprobada mediante Resolución Legislativa N° 27998 y publicada en el año 2003, no es menos cierto que, en los fundamentos número cinco y nueve se señala que la practicidad del control de constitucionalidad engloba a todos los tratados que hayan sido aprobados mediante resolución legislativa. Sin embargo, cabe destacar que también se advierte una indiscutible falta de pronunciamiento respecto a los tratados ejecutivos que son aprobados directamente por el Ejecutivo vía Decreto Supremo. Asimismo, obra pronunciamiento sobre el plazo

¹ <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00018-2009-AI%20Resolucion.html>

prescriptorio de seis meses para la interposición de una acción de constitucionalidad en contra de un determinado tratado, no obstante, en la práctica y teniendo como referencia a los casos analizados en el anterior capítulo, se ha perdido el derecho de accionar por dicha vía constitucional a la fecha. Ahora bien, otro punto interesante que es menester destacar toda vez que refuerza la posición adoptada en la presente tesis sobre la imposibilidad en gran medida de declarar la inconstitucionalidad de un tratado internacional una vez culminada la etapa de la manifestación del consentimiento del Estado y consecuente incorporación del mismo a la normativa interna, es el fundamento número dieciséis donde Tribunal Constitucional colige expresamente que supondría una afectación manifiesta al objeto y fin del tratado, además de la vulneración jurídica-axiológica de los principios de Derecho Internacional como el Pacta Sunt Servada, Buena fe y Seguridad Jurídica Internacional si se optara por declarar inconstitucional un tratado, ergo, el Estado peruano sería sujeto afecto a responsabilidad internacional al vulnerar los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre los Tratados.

Finalmente, al advertir esta problemática existente en la actualidad, el Tribunal Constitucional ha permitido que en el Perú se reconozca además de un control de constitucionalidad preventivo, un control posterior de constitucionalidad a pesar de que por idoneidad y en armonía con el Derecho Internacional, debió de reconocerse únicamente el control de constitucionalidad previo que opera con antelación a la materialización de la manifestación de la voluntad del Estado de quedar obligado por un determinado tratado. Ello, teniendo en consideración los diferentes matices que contemplan los tratados sobre Derechos Humanos de los tratados que poseen rango legal en general, los cuales son materia de la presente investigación y cuyo control de constitucionalidad – según la posición adoptada en esta investigación – únicamente debe de ser de carácter preventivo. En ese sentido, surge una posible solución a efectos de garantizar el debido cumplimiento de la Constitución en armonía con las normas internacionales. Siendo esencial resaltar la obligatoria participación del Ministerio de Relaciones Exteriores a través de su Dirección General de Tratados como nuevo sujeto activo legitimado o bajo la figura del *amicus curiae* que aporte con el esclarecimiento de la constitucionalidad de los tratados internacionales en los procesos de constitucionalidad previo que se interpongan, ello a razón de que el Tribunal Constitucional es el único organismo autónomo encargado de conocer las

acciones de inconstitucionalidad y que al poseer autonomía procesal puede incorporar mediante su jurisprudencia vinculante la obligatoria participación de ciertos sujetos que contribuyan con el proceso de inconstitucionalidad.

6. Propuesta entorno a la ampliación de las facultades de los órganos de la Cancillería Peruana

Como se mencionó en los párrafos que anteceden, una de las razones que acarrearán la responsabilidad internacional por incumplimiento de un acuerdo internacional es debido a que en el ordenamiento jurídico peruano posee un problema estructural en torno a la cooperación entre sus instituciones anterior o posterior a la hora de realizar la supervisión y revisión de los tratados internacionales que ingresan a formar parte del Derecho interno desde su debida suscripción en base a los requerimientos formales establecidos en la normativa interna.

Tal como se advierte del informe de la secretaria técnica del INDECOPI (2019) la Convención sobre un Código de Conducta de las Conferencias Marítimas de 1974 es un tratado internacional que se encuentra desfasado y, sin embargo, se conserva su vigencia hasta la actualidad razón por la que solicitan que el Estado peruano denuncie a dicho tratado. Ello, debido a que al mismo tiempo que sus disposiciones entran en contradicción con todas las leyes referentes a la Libre Competencia peruana, el contexto en el que surte efectos beneficiosos para los agentes receptores del tratado ha cambiado en esta última década, razón por la cual, sus disposiciones quedan totalmente en desuso.

Por otro lado, en el ordenamiento jurídico peruano tampoco existe un órgano técnico especializado facultado para la revisión de contrariedades que puedan surgir de las disposiciones obligacionales contenidos en los tratados internacionales con las contenidas en otras normas legales. Ello, a raíz de que en el mejor de los casos el Congreso de la República, en la mayoría de ocasiones – acuerdos internacionales solemnes –, se encarga de revisar de que no exista colisiones normativas entre las normas de naturaleza interna y el tratado materia de aprobación para su posterior suscripción por parte del Poder Ejecutivo; sin embargo, como se ha podido analizar de los casos tres casos planteados en el capítulo anterior, su función revisora poco especializada e insuficiente para prever la vulneración de los tratados suscritos.

Como se explicó en la propuesta previamente planteada, los tratados internacionales, salvo aquellos que versan sobre Derechos Humanos, deben ostentar un rango supralegal, pues de no ser así, es muy probable – tal como sucedió en el caso de la Secretaría Técnica de Indecopi respecto a la Convención sobre un Código de Conducta de las Conferencias Marítimas de 1974 – que surjan a la vista nuevos casos similares o incluso casos que denoten mayor complejidad en donde se adviertan incoherencia, anacronismo y/o desfases de tales tratados aplicándolos en la presente realidad del Derecho nacional. Siendo que, los conflictos normativos internos que se creen en virtud a tales tratados serán muy difícilmente resueltos si es que previa a la revisión de fondo y forma de los mismos, no se le reconocen el rango supralegal.

Estando a lo anterior, es preciso señalar que previamente a la implementación de la propuesta jerárquica de supralegalidad de los tratados, justamente lo que se desea garantizar es la salvaguarda de la seguridad jurídica internacional y nacional mediante el fomento de cooperación interinstitucional entre la cancillería peruana y demás órganos tales como el Tribunal Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y/o simultáneamente con el Poder Legislativo encabezado por el Congreso de la República en los casos de revisión de los tratados internacionales vigentes y de esta forma dilucidar si es pertinente la interposición de la denuncia para el posterior retiro de aquellos tratados.

Por tal motivo y en relación con la previa propuesta de incorporación del rango supralegal a los tratados internacionales en general, se considera pertinente mediante resolución ministerial se amplíen las facultades de la Dirección General de Tratados, que en la actualidad cumple la función de asesor encargado de la incorporación de los tratados internacionales al Derecho interno. En ese sentido, resultaría idóneo que se le habiliten la facultad de cooperación con otros organismos como lo es el Tribunal Constitucional a efectos de brindarle apoyo en calidad de *amicus curiae* en el proceso de revisión de los tratados antes y después de su incorporación al ordenamiento jurídico peruano a efectos de examinar si las disposiciones emanadas que obligan al Estado son armoniosamente compatibles con las disposiciones dimanantes de las normas propias de Derecho nacional y, en ese marco, evaluar que tales disposiciones no entren en contradicción o en su defecto, queden desfazadas a lo largo de su vigencia en el territorio nacional.

CONCLUSIONES

PRIMERA. –

Respecto al primer objetivo, se concluye que efectivamente no existe un parámetro expreso que coadyuve a la esclarecer conflictos de jerarquía normativa entre tratados internacionales y normas internas ya que el artículo 55 de la Constitución Política del Perú de 1993 se limita a establecer que los tratados internacionales suscritos por el Estado peruano y que posean vigencia entran a formar parte de su Derecho nacional. Ello, sumado a que los tratados al tener dos vidas distintas, una respecto de su origen y otra respecto de su incorporación al ordenamiento jurídico del Estado contratante, sufren de una ardua convivencia con el Derecho interno, la cual persistirá hasta que no se declare expresamente la posición jerárquica de los tratados, lo cual es preocupante al momento en el que normas de la misma jerarquía entran en conflicto por sus regulaciones antagónicas como se colige de los tres casos desarrollados en el capítulo dos.

SEGUNDA. –

De esta manera y en concordancia con el segundo objetivo de la tesis, se arriba a la conclusión de que sí es pertinente la promulgación de una norma, o en su defecto, la interpretación de la Corte Suprema o del Tribunal Constitucional como máximo intérprete de la Constitución que haga referencia a la solución de conflictos de jerarquía entre tratados y otras normas legales internas, estableciendo un proceso correcto de revisión que complemente el pronunciamiento parcial contemplado en el Expediente N° 00018-2009-PI/TC a efectos de que a través de parámetros normativos claros se garantice la aplicación prioritaria de los tratados que no versan sobre Derechos Humanos sobre normas legales internas sin dar cabida a incertidumbres.

En ese sentido, dicha normativa otorga taxativamente un rango supralegal a los tratados internacionales sobre otras leyes y normas de igual, y por defecto, de inferior jerarquía normativa. De esta manera, se prevé el riesgo de incumplimiento de los tratados suscritos por el Estado peruano al frustrarse las obligaciones que dimanen del mismo cuando se denotan contradicciones entre ellas y aquellas disposiciones establecidas por normas internas que regulan la misma materia, en especial, por normas legales de igual rango jerárquico que se emiten posterior a la entrada en vigor del tratado internacional.

TERCERA. –

Respecto al tercer objetivo, se concluye que al no establecerse la primacía frente a normas del mismo rango y posteriormente la referencia taxativa de jerarquía supralegal de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico interno, surgirán más casos de incompatibilidades normativas entre ambos instrumentos. Ello, trae como consecuencia que el Estado peruano sea catalogado como un constante infractor responsable por la comisión de un hecho ilícito internacional dada la inobservancia de las disposiciones dimanantes del tratado suscrito y/o ratificado, la cual se traduce en una cuantiosa indemnización en beneficio de los otros Estados parte que resultaron lesionados por el incumplimiento de las obligaciones dimanantes del tratado; y, contraproducentemente, el resquebrajamiento de las relaciones internacionales del Perú en la esfera internacional lo cual termina siendo doblemente perjudicial para todos los peruanos.

CUARTO. -

Finalmente, se puede concluir que el Estado peruano posee un serio problema de comunicación entre las instituciones que lo conforman, un problema estructural que se ha manifestado en la escasa comunicación y articulación especialmente evidenciada en temas de Derecho Internacional Público que se relaciona íntimamente con la Política Exterior del país. Razón por la cual, resulta crucial la participación del Ministerio de Relaciones Exteriores a través de su Dirección General de Tratados como apoyo interpretativo al Tribunal Constitucional en los casos que control constitucional previo de los tratados internacionales para que de esta forma se garantice el cumplimiento de la Constitución sin transgredir las normas de Derecho Internacional.

SUGERENCIAS

PRIMERA. –

A corto plazo, se propone que el Congreso peruano, Tribunal Constitucional o en su defecto al Corte Suprema con participación del Ministerio de Relaciones Exteriores establezcan parámetros normativos sobre el proceso correcto de revisión de los tratados internacionales diferentes a los tratados de Derechos Humanos que esclarezcan el criterio de los distintos administradores de justicia en las instancias judiciales, administrativas y arbitrales; ello a efectos de que resuelvan los procesos brindando primacía a los tratados internacionales en aquellos casos en donde se adviertan conflictos con las normas propias del Derecho interno de igual o inferior jerarquía. Así, se dejaría en el olvido la tradicional concepción restringida del Derecho peruano en aras de salvaguardar los principios de Derecho Internacional *pacta sunt servanda*, buena fe, seguridad jurídica internacional, primacía del Derecho Internacional sobre el Derecho nacional etc. En ese sentido, se propone un tentativo proceso de revisión:

Figura 2. Cuadro de criterios para resolver conflictos normativos entre normas del mismo rango



Fuente: creación propia

SEGUNDA. –

A mediano plazo, y siguiendo la tesitura de la primera sugerencia se propone que mediante una Resolución Ministerial expedida por el Ministerio de Relaciones Exteriores, se amplíen las facultades y competencias de la Dirección General de Tratados, ello a efectos de que sus facultades no sólo se circunscriban a

perfeccionar los tratados internacionales al incorporarlos al Derecho interno posterior a la etapa de autenticación de los tratados, sino también se le dote de facultades interinstitucionales de apoyo en el control constitucional previo antes y después del proceso incorporativo a efectos de examinar si las disposiciones internacionales que obligarán al Estado son armoniosamente compatibles con la Constitución y con constante atención de las normas internas antes de que el Estado brinde su consentimiento. Finalmente, la función de evaluar que tales disposiciones no denoten anacronismo en tanto se encuentren vigentes en el territorio nacional. De esta forma, se garantizará el contenido axiológico-jurídico de los principios de Derecho Internacional evitando futura responsabilidad internacional además de salvaguardar la seguridad jurídica nacional e internacional a través de un solo control de constitucionalidad preventivo de los tratados que permita la coherencia y armonía normativa entre las normas del ordenamiento jurídico peruano.

TERCERA. –

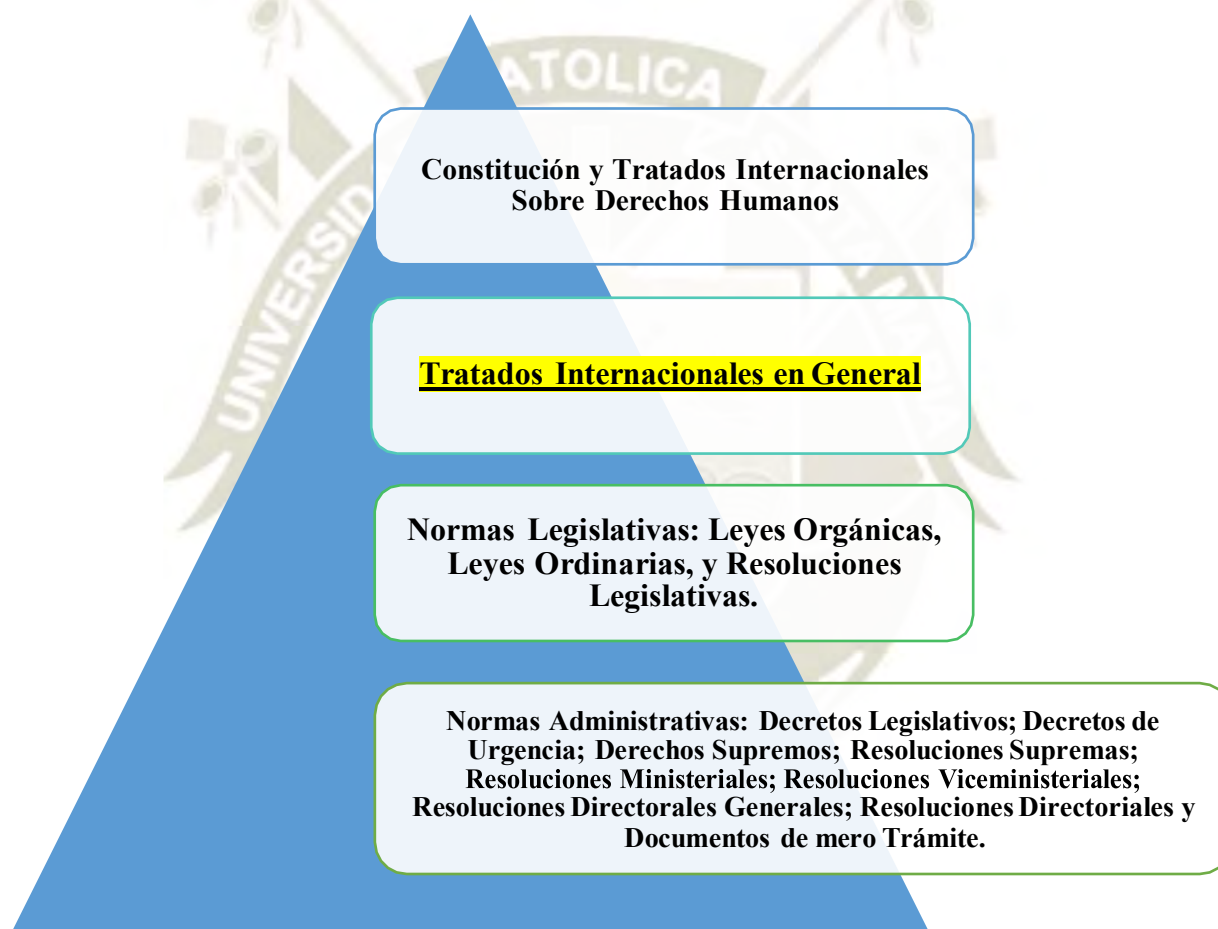
A largo plazo, una vez garantizada la primacía de los tratados internacionales en el territorio nacional, se propone la pronta concretización de una reforma constitucional a efectos de derogar y ampliar el precepto normativo establecido en el artículo 55 del Capítulo II del Título II de la Constitución Política del Perú de 1993 una disposición normativa que establezca expresamente que una jerarquía supralegal de los tratados internacionales por encima de las normas legales pero infraconstitucional en relación con la Constitución, de esta forma, se respeta la tesis monista moderada que adoptó el sistema jurídico peruano en la Carta Magna de 1993. Cabe señalar que el Tribunal Constitucional si bien instó al legislativo a realizar la reforma constitucional respecto a la incorporación de un control de constitucional posterior de tratados de Derechos Humanos, no se pronunció sobre el problema existente entre los tratados internacionales que poseen rango de ley.

Estando a lo anterior, la propuesta en mención se desarrollaría de la siguiente forma, teniendo en cuenta que la actual disposición contenida en el artículo 55 de la Constitución Política del Perú de 1993 señala que: “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”. Debe derogarse y modificarse en los siguientes términos:

Artículo 55° propuesto: “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional. Los tratados solemnes y simplificados ostentan jerarquía superior a las normas legales e inferior a las disposiciones reconocidas por la Constitución”.

En este orden de ideas, la reestructuración jerárquica propuesta proyectada a un largo plazo se explica en la siguiente gráfica:

Figura 3. Pirámide monista moderada de la jerarquía de los tratados internacionales.



Fuente: creación propia

REFERENCIAS

A.A.V.V. (2001). Análisis jurisprudencial: conflicto de normas de Derecho Internacional y de Derecho Interno. A.A.V.V Revista De Derecho Themis 42, (42), [pp. 371-376]. Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/A.A.V.V/article/view/11643>

Abugattas, G. (2006). Sistemas de incorporación monista y dualista: ¿tema resuelto o asignatura pendiente? Agenda Internacional. 12(23), [pp. 439-461]. Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/agendainternacional/article/view/8321/8625>

Arellano, C. (1993). Primer Curso de Derecho Internacional Público. México: Porrúa.

Bernales, E. (1999). La Constitución de 1993: Análisis comparado. 5ª Ed. Lima: ICS editores.

Caprotti, Francesco (1971). L'extinction et la suspension des traités. Recueil des cours, 134 (1971), [pp. 417-587].

Carrillo, J. (1992). Curso de Derecho Internacional Público: Introducción a su estructura, dinámica y funciones. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=59092>

Casanovas, O. & Rodrigo, A. (2013). Compendio de Derecho Internacional Público. Madrid: Tecnos.

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. (2017). Case Bear Creek Mining Corporation c. República del Perú (Caso CIADI No. ARB/14/21). Recuperado de bear_creek_sicreci.pdf (mef.gob.pe)

Congreso del Perú. (1996). Ley N° 26647, Ley que establece normas que regulan actos relativos al perfeccionamiento nacional de los tratados celebrados por el Estado Peruano. Diario Oficial El Peruano. Lima: Congreso de la República del Perú, 28 de junio.

Congreso del Perú. (2013). Resolución Legislativa N° 23254, Protocolo Modificadorio del Convenio de Cooperación Aduanera Peruano-colombiano de 1938. Diario Oficial El Peruano. Lima: Congreso de la República del Perú, 20 de Mayo.

Constitución Política del Perú. (1993). Adoptada en el Congreso Constituyente Democrático y ratificada en el referéndum del 31 de octubre de 1993 y promulgada el 29 de diciembre de 1993.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. (1969). Suscrita en Viena, Austria y aprobada por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. Ratificada por Decreto Supremo N° 029-2000-RE. Con entrada en vigor el 27 de junio de 1980.

Comisión de Derecho Internacional. (2001). Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Adoptado en su 53° período de sesiones mediante Resolución 56/10 y anexado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 56/83, de 12 de diciembre de 2001.

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. (1974). Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre un Código de Conducta de las Conferencias Marítimas. Recuperado de: https://unctad.org/es/system/files/official-document/tdcode13add.1_es.pdf

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. (2009). Junta de Comercio y Desarrollo. Comisión de la Inversión, la Empresa y el Desarrollo. Reunión multianual de expertos sobre inversión para el desarrollo. Recuperado de: https://unctad.org/es/system/files/official-document/ciimem3d2_sp.pdf

Daillier. P., Forteau, M. & Pellet, A. (2009). Droit international public. 8a ed. París: Librairie Générale du Droit et Jurisprudence.

De La Guardia, E. (1997). Derecho de los Tratados Internacionales. Buenos Aires, Argentina: Abaco de Rodolfo de Palma.

De la Lama, M. (1987). La Constitución Política de 1979 y los Tratados. En: De la Lama, M., La Constitución peruana de 1979 y sus problemas de aplicación. (pp. 471-472). Lima: Cultural Cuzco Editores S.A.

Diez de Velasco, M. (2013). Instituciones de Derecho Internacional Público. Madrid: Tecnos.

Figura N° 1. Sistematización de las fuentes del Derecho peruano. Fuente:Elaboración Propia

Figura N° 2. Cuadro de criterios para resolver conflictos normativos entre normas del mismo rango. Fuente:Elaboración Propia

Figura N° 3. Pirámide monista moderada de la jerarquía de los tratados internacionales. Fuente: Elaboración Propia

Gamero, L. (Setiembre,2008). Los tratados en la reforma constitucional peruana. Ensayo presentado en IX Congreso Nacional de Derecho Constitucional de la Universidad Católica de Santa María, Arequipa, Perú.

García-Corrochano, L. (2013). Las normas internacionales y la Constitución. Reflexiones a 20 años de la vigencia de la Constitución Política de 1993. *Agenda Internacional*, 20(31), [pp. 99-130].

Grupo de Redacción Gestión. (18 de enero del 2016). Perú gasta más de S/ 53 millones en defensa de arbitrajes internacionales. *Gestión El diario de Economía y Negocios*. Recuperado de <https://gestion.pe/economia/peru-gasta-s-53-millones-defensa-arbitrajes-internacionales-144729-noticia/>

Hakansson, C. (2012). *Curso de Derecho Constitucional*. Lima: Palestra Editores.

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual INDECOPI (2019). Informe de abogacía sobre la conveniencia de denunciar la Convención sobre un Código de Conducta de las Conferencias Marítimas (1974). Recuperado de: <https://repositorio.indecopi.gob.pe/bitstream/handle/11724/7178/NP%20191030%20Comentarios%20sobre%20C%20c3%b3digo%20de%20Conferencias%20Mar%20c3%adtimas.pdf?sequence=2&isAllowed=y>

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual INDECOPI. (25 de mayo del 2018). El Indecopi desarticuló cártel integrado por seis empresas navieras que se repartieron, de manera concertada, el transporte marítimo de vehículos de diversas marcas entre 2001 y 2012. Nota de Prensa Comisión de Defensa de la Libre Competencia. Recuperado de:

<https://repositorio.indecopi.gob.pe/bitstream/handle/11724/6262/NP%20180525%20Desarticulan%20c%C3%A1rteles%20de%20transporte%20mar%C3%ADtimo%20de%20veh%C3%ADculos.pdf?sequence=2>

Jiménez, C. (2009). Introducción al Derecho Internacional Público. Práctica Española. Revista de derecho (Coquimbo), 17(1), [pp. 253-256]. Recuperado de <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532010000100012>

Landa, C. (2007). Tribunal Constitucional y Estado Democrático. Lima: Palestra Editores.

Loayza Juárez, J. (2009). ¿Se puede declarar inconstitucional un tratado internacional como se hace con cualquier otra norma de “Rango Legal”? (Tesis para optar el título de Abogado, Universidad Nacional Mayor de San Marcos). Recuperado de: <https://unmsm.academia.edu/JorgeEnriqueLoayzaJu%C3%A1rez>

Ministerio de Economía y Finanzas. (2017). Casos Arbitrales. Junio 2017. Recuperado de:

https://www.mef.gob.pe/index.php?option=com_content&view=article&id=379%3Asicreci-casos-de-demanda&catid=199%3Asistema-de-coordinacion-y-respuesta-del-estado-de-&Itemid=101183&lang=es

Ministerio de Relaciones Exteriores. (16 de marzo del 2013). Directiva N° 002- DGT/RE-2013. Lineamientos Generales Internos sobre la suscripción, perfeccionamiento interno y registro de Tratados. [Resolución Ministerial N° 0231/RE-2013]. Recuperado de: <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/aprueban-directiva-que-establece-los-lineamientos-generales-resolucion-ministerial-n-0231re-2013-913100-1/>

Mogrovejo, D. (2014). El compromiso de adecuar la ley a un tratado: coalición o colisión. Foro: revista de derecho. No. 22. [pp. 64-86].

Novak, F. (1994). Los Tratados y la Constitución Peruana de 1993. Agenda Internacional, 1(2), [pp. 71-94]. Recuperado de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/agendainternacional/article/view/7133>

Novak, F. (1998). La regulación de los tratados en la Constitución peruana de 1993. Ius Et Veritas, 9(17), [pp. 250-269]. Recuperado a partir de: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15810>

Novak, F. y García-Corrochano, L. (2016). Derecho Internacional Público. Lima, Perú: Thomson Reuters.

Organización de las Naciones Unidas. (2009). Tratado de Libre Comercio Perú- Canadá. Recuperado de: http://www.sice.oas.org/Trade/CAN_PER/CAN_PER_s/CAN_PER_index_s.asp

Ortiz, E. (2018). Análisis jurídico del control de constitucionalidad de los tratados internacionales en el Perú. (Repositorio de tesis de pregrado, Universidad

Nacional de San Agustín, Arequipa). Recuperado de:
<http://repositorio.unsa.edu.pe/handle/UNSA/7089>

Pasache, M. (2018). El convenio de cooperación aduanera peruano colombiano y su aplicación en el Departamento de San Martín. (Trabajo de suficiencia profesional, Universidad Nacional de Ingeniería). Recuperado de:
<http://cybertesis.uni.edu.pe/handle/uni/8425>

Pastor, J. (2014). Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales. Madrid: Tecnos.

Pérez, M. (2013). Capítulo XXXIII La Responsabilidad Internacional (I): El Hecho Internacionalmente Ilícito. En Diez de Velasco. M. (Coord.), Instituciones de Derecho Internacional Público. [p. 843]. 18a ed. Madrid: Tecnos.

Poder Ejecutivo. (1991). Decreto Legislativo N° 701.

Poder Ejecutivo. (1991). Decreto Legislativo N° 757.

Poder Ejecutivo. (1991). Decreto Ley N° 25528, Deroga los Decretos Supremos N° 005-92-AG y 062-92-EF. Diario Oficial El Peruano. Lima: Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional del Perú, 5 de Junio de 1992.

Poder Ejecutivo. (1991). Decreto Ley N° 25528, Deroga los Decretos Supremos N° 005-92-AG y 062-92-EF. Diario Oficial El Peruano. Lima: Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional del Perú, 5 de Junio de 1992.

Poder Ejecutivo. (1992). Decreto Legislativo N° 668.

Poder Ejecutivo. (2008). Decreto Legislativo N° 1034.

Poder Ejecutivo. (2011). Decreto Supremo N° 032-2011-EM. Deroga el D.S. N° 083-2007-EM y dicta disposiciones dirigidas a prohibir actividades mineras en Huacullani y Kelluyo, provincia de Chucuito, departamento de Puno. Diario Oficial El Peruano. Lima: 25 de junio del 2011.

Remiro, A. (2010). Derecho Internacional Curso General. Valencia: Tirant lo Blanch.

Reuter, P. (1999). Introducción al Derecho de los Tratados. [Traducido al español de Introduction au droit des traités]. México: Fondo de Cultura Económica.

Rico, L. & Kucharz, T. (2013). Tratados bilaterales de inversiones: Una herramienta fundamental para la globalización neoliberal. Madrid, España: El Ecologista.

Rodríguez, M. (2019). El Perú en el sistema internacional del patrimonio cultural y natural de la humanidad. Lima, Perú: Fondo Editorial.

Rubio, M. (2015). El Sistema Jurídico, Introducción al Derecho. 10a ed. Lima: Fondo Editorial PUCP.

Saco, V. (2008). Resolución de conflictos normativos en Derecho Internacional Público. Agenda Internacional, 15(26), [pp. 231-261]. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/agendainternacional/article/view/3689>

Salmón, E. (2017). *Nociones Básicas de Derecho Internacional Público*. Lima, Perú: Editorial PUCP.

Sánchez, V. (2012). *Derecho Internacional Público*. Barcelona: Huygens.

Thierry, H., Combacau, J., Sur, S. y Vallée, Ch. (1986). *Droit International Public*. 6a ed., Paris: Editions Montchrestien.

Tribunal Constitucional del Perú (2003). Sentencia recaída en el expediente 0010- 2002-AI/TC. Marcelino Tineo Silva y más de 5,000 ciudadanos contra los Decretos Leyes N° 25475, 25659, 25708 y 25880, así como sus normas complementarias y conexas. 03 de enero. Recuperada de: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00010-2002-AI.html>

Tribunal Constitucional del Perú (2006). Sentencia recaída en el expediente 00047-2015-AI. José Claver Nina-Quispe Hernández, en representación del Gobierno Regional de San Martín contra el Congreso de la República. 24 de abril. Recuperada de 00047-2004-AI (tc.gob.pe)

Tribunal Constitucional del Perú (2009). Sentencia recaída en el expediente 00018- 2009-AI/TC. Colegio de Abogados del Callao contra la Resolución Legislativa N° 27998, que aprueba la adhesión del Perú a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad. Recuperada de: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00018-2009-AI%20Resolucion.html>

Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. Sala Especializada en Defensa de la Competencia. (2014). Sentencia recaída en la Resolución N°

0479-2014/SDC-INDECOPI. De oficio en contra el Sindicato de Estribadores del Puerto de Salaverry y otros. Recuperado de <https://vlex.com.pe/vid/resolucion-n-0479-2014-542761322>

Vargas, E. (1992). *Introducción al Derecho internacional*. San José: Juricentro.

Virally, M. (1983). *Panorama du Droit International Contemporain*. En *Cours général de droit international public* (pp. 9-382). París: ARCADI.



ANEXO 1: PLAN DE TESIS

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**“PRIMACÍA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES QUE NO VERSAN
SOBRE DERECHOS HUMANOS POR SOBRE LAS NORMAS LEGALES DE
DERECHO INTERNO PERUANO, ANTE CASOS DE INCOMPATIBILIDAD
NORMATIVA”**

Proyecto de tesis presentada por la
Bachiller:

Lee Guillén, Milagros A.

Arequipa- Perú

2021

PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

I. TÍTULO DEL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

“Primacía de los tratados internacionales que no versan sobre derechos humanos por sobre las normas legales de Derecho Interno peruano, ante casos de incompatibilidad normativa”.

II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El problema que se desarrollará en el presente proyecto de tesis recae en la falta de reconocimiento expreso en la Constitución Política del Perú de 1993 respecto de la primacía de un tratado internacional – salvo aquellos que versan sobre Derechos Humanos –, sobre una determinada Ley o norma legal en los supuestos de incompatibilidad entre las obligaciones dimanantes contenidas en ambos instrumentos normativos, toda vez que al otorgarles la misma jerarquía normativa, es decir, el “*rango de Ley*” sin reconocer expresamente la primacía de una respecto de la otra, originaría la posibilidad de una omisión general de interpretación normativa y la consecuente responsabilidad internacional al invocar disposiciones de derecho interno por sobre las obligaciones contraídas en el marco del Derecho Internacional como justificación del incumplimiento del tratado; ello estaría contraviniendo lo establecido en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre los Tratados de 1969 aprobada por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. En tal sentido, tal inobservancia conllevaría a la frustración de los efectos jurídicos de los tratados en el ordenamiento jurídico peruano; además, originaría el resquebrajamiento del objeto y fin del tratado y de las relaciones del Estado Peruano con los otros Estados parte del tratado, y por defecto, en un eventual caso, a los terceros fuera del ámbito de aplicación del tratado.

Ante tal potencial conflicto normativo que puede existir entre un tratado y una norma de naturaleza interna, se sabe que la doctrina y la jurisprudencia nacional establecen una tentativa solución que se basa en la aplicación de ciertos criterios tales como la especificidad, temporalidad, de competencia, entre otros varios, que de cierta manera ayudan a compaginar el Derecho de los tratados con el Derecho interno; sin embargo, no necesariamente aseguran la

primacía de los tratados sobre las normas legales de naturaleza interna que comparten igual rango jerárquico, ni resuelven las consecuencias negativas de tal omisión. A modo de ejemplo, si el Poder Legislativo expide una Ley posterior a la incorporación de un determinado tratado internacional al derecho interno, este último corre el riesgo de que sus efectos sean suspendidos hasta que dicha Ley sea adecuada o expulsada del ordenamiento jurídico, en atención al principio de *“la ley prior prima sobre la ley posterior”*. Razón por la cual se denota la imperiosa necesidad de incluir taxativamente el principio de primacía del Derecho Internacional sobre el derecho interno a efectos de que se reconozca la prevalencia de los tratados internacionales en general sobre cualquier norma interna de igual o inferior rango jerárquico. De esta manera, los objetadores persistentes y/o discrepantes de la preeminencia del Derecho Internacional estarán impedidos de valerse de vacíos legales para cuestionar o generar incertidumbre respecto de la primacía que poseen los tratados internacionales sobre cualquier normativa de Derecho interno.

Asimismo, este problema jurídico, además de generar inseguridad jurídica internacional y nacional, también es pasible de ocasionar responsabilidad internacional para Estado peruano, puesto que, los creadores de jurisprudencia en nuestro país tienden a dar preferencia a la norma interna por sobre la norma internacional, en la mayoría de veces sin justificación alguna dado el desconocimiento del Derecho Internacional Público, intereses particulares de por medio, etc. – razones que en la mayoría de veces son justificados erróneamente en el principio de soberanía nacional –.

En efecto, se estaría generando una serie de inconsistencias de interpretación normativa toda vez que el Estado estaría incumpliendo sus obligaciones internacionales frente a otros Estados en el marco del Derecho Internacional, ya que, si bien es cierto la vigencia del tratado se mantiene a pesar de su inaplicación temporal en determinadas circunstancias donde su aplicación quede suspendida por alguna norma del derecho interno, también es verdad que no se estaría cumpliendo a cabalidad con las disposiciones dimanantes del mismo, lo cual conllevaría a su inaplicación, el resquebrajamiento de las relaciones internacionales del Estado peruano, y de la propia economía del tratado, atentando directamente contra los principios del Derecho

Internacional Público del “*Pacta Sunt Servanda*”, de la “*Buena Fe*”, de la “*Seguridad Jurídica Nacional e Internacional*”, el de “*Primacía del Derecho Internacional sobre el Derecho Interno*”; y demás principios conexos. Razones por los cuales, se abordará el presente proyecto de investigación para demostrar la necesidad imperiosa de resolver tal problema.

III. JUSTIFICACIÓN

La justificación de la presente investigación radica en diferentes ámbitos:

- Posee relevancia jurídica, puesto que, si bien es evidente la necesidad de cubrir la omisión advertida por las razones alegadas precedentemente, no es evidente pero sí necesario desarrollar exhaustivamente el sistema argumentativo, doctrinario, jurisprudencial, histórico, etc., ante la posibilidad real de oposición doctrinaria, periodística, etc., a la posición que se pretende defender en esta investigación, que es garantizar la seguridad jurídica como pilar fundamental para llevar a la práctica una solución de manera fundamentada. En este sentido, por ejemplo, resulta pertinente analizar la posición jerárquico-normativa dentro del ordenamiento jurídico interno, en el caso se genere una incompatibilidad con una norma de igual jerarquía y con vigencia posterior, y de esta manera determinar si existe alguna posible solución a este problema jurídico sin necesidad de alterar la aplicación del tratado del ordenamiento jurídico interno.
- Asimismo, posee importancia intelectual-innovativa toda vez que, hasta la fecha, en los repositorios de tesis de las bibliotecas de Derecho de la Universidad Católica de Santa María, Universidad Nacional de San Agustín, Universidad Católica San Pablo, Universidad Católica Pontificia del Perú, Universidad Nacional Federico Villareal y del Colegio de Abogados de Arequipa no existen investigaciones a profundidad respecto a este tema propuesto. Pues, si bien es cierto se han desarrollado trabajos similares en relación al tema planteado – la relación armoniosa que debe existir entre el Derecho Internacional con el derecho interno –, es igual de cierto que estos no recogen la problemática planteada a profundidad, pues se enfocan en un estudio exclusivamente constitucional de los tratados

internacionales, o en su defecto, al estudio de los tratados internacionales que versan sobre Derechos Humanos, relegando por completo los demás tipos de tratados que no ostentan tal jerarquía constitucional. Por lo tanto, no existen a la fecha investigaciones jurídicas que estudien exhaustivamente el problema, menos aún que analicen casos en concreto y propongan soluciones respecto a los tratados internacionales con rango de ley cuando entran en contradicción con normas internas que poseen igual jerarquía.

A modo de ejemplificar, se advierte la investigación realizada por el maestro Novak (1998) quien analiza como tema central la regulación constitucional de los tratados internacionales, mostrando las ventajas, limitaciones y errores que desde su perspectiva se advierten en la Constitución Política del Perú de 1993. Siguiendo esta línea, el doctor Saco (2008) realiza un artículo de investigación referente a la resolución de conflictos normativos en Derecho Internacional Público, denunciando que la mera copia de las normas y la presencia de subsistemas en el ordenamiento jurídico actual generan problemas entre estas afectando a los Estados parte, paralelamente expone la problemática de los conflictos normativos internacionales y propone soluciones a esta. Por otro lado, el maestro García-Corrochano (2013) desarrolla la temática de las normas internacionales y su recepción o aplicación en el derecho peruano, paralelamente esclarece la situación de algunas de ellas y realiza una propuesta de solución referente a la incorporación y aplicación de estas sin que contravengan a la Constitución y a los principios por los que se rige el derecho nacional. Igualmente, se realizó una investigación con relación al control de constitucionalidad de los tratados internacionales ratificados por el Perú, proponiendo como solución al problema de inconstitucionalidad el realizar un control previo de constitucionalidad y no posterior de los tratados internacionales que entren a formar parte del ordenamiento interno. (Ortíz, 2018)

Sumado a ello, el abogado Palomino (2019) ha realizado una tesis denominada “El Sistema de Control de Constitucionalidad Peruano y los Tratados Internacionales”, enfocándose exclusivamente en la preocupante falta de idoneidad del control de constitucionalidad posterior al cual se someten los tratados internacionales celebrados por el Estado peruano. En

concreto, se han encontrado ciertos artículos jurídicos que, si bien aducen la gran importancia de un exhaustivo análisis de la problemática propuesta, no se avocan a investigarla con mayor detenimiento.

- Finalmente, se debe tener en consideración la relevancia social de esta investigación, ya que surge del interés de profundizar en el conocimiento del Derecho Constitucional e Internacional, pues el abogado del futuro tendrá que incorporar en su práctica y estudio, temas de derecho de internacional, además de ser conocedor del Derecho Internacional Público como Privado. De esta forma se podrá contribuir y cumplir con uno de los fines de la Universidad, el de realizar investigación y producción intelectual, la cual en nuestra Facultad se busca fomentar.

IV. HIPÓTESIS

Dado que no existe norma en nuestro ordenamiento jurídico que reconozca expresamente la primacía de un tratado internacional de rango legal, ante un caso de incompatibilidad con normas o leyes de vigencia posterior al tratado; **es necesario** promulgar tal norma a fin de otorgarle un rango inferior a los preceptos constitucionales contemplados en la Constitución Peruana vigente pero un rango superior a cualquier norma legal; evitando la posibilidad de dar cabida al uso abusivo de tal omisión normativa, así como también evitar que el Estado peruano siga incurriendo en responsabilidad internacional al invocar disposiciones de derecho interno como justificación del incumplimiento del tratado, lo cual conllevaría a su inaplicación en nuestro ordenamiento jurídico y al resquebrajamiento del objeto y fin del tratado y de las relaciones del Estado peruano con los otros Estados de la sociedad internacional.

V. OBJETIVOS

- Determinar si efectivamente, en nuestro ordenamiento jurídico existen un parámetro expreso que dilucide conflictos de jerarquía entre tratados internacionales y normas internas.
- Determinar si es que es necesario la expedición de una norma que haga referencia a conflictos de jerarquía entre tratados y normas legales internas.

- Demostrar la consecuencia negativa de omitir la declaración expresa de la primacía de un tratado internacional por sobre una norma de igual jerarquía ante algún caso de incompatibilidad entre sus disposiciones dimanantes.

VI. CONCEPTOS BÁSICOS

En la presente investigación resulta primordial expresar en forma clara, concreta y precisa los principales conceptos que se desarrollarán en la investigación, siendo éstos los siguientes:

- **Tratado Internacional:** El literal a) del inciso 1 del artículo 2 del Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 aprobada por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, define al tratado como aquel acuerdo internacional expreso celebrado por y entre Estados miembros de la comunidad internacional, contenidos en un solo documento o en varios conexos, sin importar su denominación específica. De la misma forma, el tratadista Novak (1998) señala que los tratados internacionales son aquellos acuerdos jurídicos entre Estados o entre un Estado y un organismo internacional que contienen compromisos u obligaciones entre ellos, que, en principio, viabilizan las relaciones bilaterales entre naciones a nivel económico, político, cultural o científico, etc. En este orden de ideas, se entiende que, al referirnos a un tratado, se engloba de igual forma otros términos tales como acuerdos, pactos, protocolos, etc, los cuales poseen ciertas distinciones de la doctrina clásica en el derecho convencional (De la Guardia, 1997). En definitiva, se puede considerar como tratados internacionales a aquellos celebrados entre Estados, entre Estados y demás sujetos de derecho internacional o entre otros sujetos respectivamente; con excepción de aquellos celebrados entre Estados y personas privadas (Diez de Velasco Vallejo, 2013).
- **Responsabilidad Internacional:** La Comisión Internacional de las Naciones Unidas, “Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos” (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2001), establece que la responsabilidad internacional es aquella

institución jurídica mediante la cual se le imputa algún acto o actos ilícitos a un determinado Estado, y que en resarcimiento de las afectaciones generadas, este debe reparación al Estado o de ser el caso, a los Estados parte contra quienes se perpetraron tales actos. Siguiendo esta línea de ideas, los Estados en la mayoría de las veces cumplen los principios del derecho internacional y casi todas sus obligaciones. Sin embargo, también es cierto que en algunas ocasiones se adviertan incumplimientos, lo que conlleva a una consecuencia generando responsabilidad internacional que en ciertas condiciones habilita el derecho a una reparación al Estado perjudicado (Aizenstatd, 2011).

- Derecho Internacional Público: En palabras del ilustre Herdegen (2005) el Derecho Internacional Público hace referencia a aquel conjunto de reglas que regulan las relaciones soberanas de los Estados, organizaciones internacionales, y otros sujetos del derecho internacional. Por otro lado, el especialista Pino (2006) define al Derecho Internacional Público como aquella rama del Derecho que engloba una serie de principios, normas e instituciones las cuales regulan las relaciones multifacéticas internacionales celebrados entre diversos sujetos de Derecho Internacional Público tales como los Estados y las organizaciones internacionales, hasta llegar a la persona como integrante de una colectividad. Asimismo, esta ramificación del Derecho Internacional, en conjunto con las normas primarias que regulan la conducta de los sujetos internacionales, contiene paralelamente normas secundarias que regulan aquellas consecuencias generadas por el incumplimiento de las primeras; no obstante, esta dista de los Derechos Internos, por las respuestas que se generan frente a un posible incumplimiento de normas internacionales. (Casanovas & Rodrigo, 2013)
- Estado como sujeto de Derecho Internacional Público: El doctrinario Virally (1983) sostiene que ostentar la calidad de Estado como sujeto del Derecho Convencional consiste en la atribución de una personalidad jurídica específica, la cual le faculta actuar en el ámbito del derecho internacional y beneficiarse de la protección que se le confiere al Estado por ser considerado como soberano. De igual

manera, el defensor de la doctrina positivista del Derecho Internacional Público Anzilotti (1963) aduce la independencia como aspecto crucial de la soberanía, que un Estado debe ostentar frente a los distintos órdenes jurídico-estatales existentes y/o de cualquier sujeto de Derecho Internacional Público, toda vez que un Estado soberano posee exclusiva dependencia del Derecho internacional.

- Normas legales: El profesor Rubio (2015) indica que se hace referencia al uso del poder cuando el gobernante ejerce la coacción como justificación de la fuerza que ostenta para hacerlo. En complemento a ello, cuando esta fuerza es respaldada por normas legales, se transforma en un poder tutelado jurídicamente y limitado por las tales normas jurídicas. En definitiva, las normas legales poseen un carácter general, abstracto y obligatorio que cuyo origen proviene de la presentación de un proyecto de ley, el cual puede ser presentado por el Presidente de la República; el Congreso; los poderes del Estado; Organismos Constitucionalmente Autónomos, Gobiernos Regionales; colegios profesionales; etc. (Novak, 1998)

VII. MARCO OPERATIVO

A fin de obtener información acerca de la doctrina, conceptos y normas legales pertinentes se recurrirá a la revisión documental y normativa en libros, revistas, páginas Web y otros. De esta forma, se recopilará posiciones y teorías respecto del problema materia de investigación, lo cual coadyuvará a enriquecer, desarrollar, aclarar y demostrar la posición que se toma en el presente proyecto de tesis a través del correspondiente sistema de argumentación. En cuanto a la investigación documental, esta se obtendrá de textos bibliográficos, artículos académicos y otros recursos electrónicos obtenidos vía virtual de las Universidades locales, Colegio de Abogados de Arequipa, Universidades a nivel nacional tales como la Pontificia Universidad Católica del Perú, la Academia Diplomática del Perú Javier Pérez de Cuéllar y de corte internacional como la Universidad Nacional Autónoma de México, entre otros. Toda la información hallada será recopilada mediante las fichas bibliográficas que se adjuntan en el anexo del presente plan de tesis.

VIII. REFERENCIAS

Abugattas, G. (2006). Sistemas de incorporación monista y dualista: ¿tema resuelto o asignatura pendiente? *Agenda Internacional*. 12(23), [pp. 439-461]. Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/agendainternacional/article/view/8321/8625>

Casanovas, O. & Rodrigo, A. (2013). *Compendio de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos.

Congreso del Perú. (1996). Ley N° 26647, Ley que establece normas que regulan actos relativos al perfeccionamiento nacional de los tratados celebrados por el Estado Peruano. *Diario Oficial El Peruano*. Lima: Congreso de la República del Perú, 28 de junio.

Constitución Política del Perú. (1993). Adoptada en el Congreso Constituyente Democrático y ratificada en el referéndum del 31 de octubre de 1993 y promulgada el 29 de diciembre de 1993.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. (1969). Suscrita en Viena, Austria y aprobada por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas.

Ratificada por Decreto Supremo N° 029-2000-RE. Con entrada en vigencia el 27 de junio de 1980.

Gamero, L. (Setiembre,2008). Los tratados en la reforma constitucional peruana. Ensayo presentado en IX Congreso Nacional de Derecho Constitucional de la Universidad Católica de Santa María, Arequipa, Perú.

García-Corrochano, L. (2013). Las normas internacionales y la Constitución. Reflexiones a 20 años de la vigencia de la Constitución Política de 1993. *Agenda Internacional*, 20(31), [pp. 99-130].

Novak, F. (1998). La regulación de los tratados en la Constitución peruana de 1993. *Ius Et Veritas*, 9(17), [pp. 250-269]. Recuperado a partir de: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15810>

Ortíz, E. (2018). Análisis jurídico del control de constitucionalidad de los tratados internacionales en el Perú. (Repositorio de tesis de pregrado, Universidad Nacional de San Agustín, Arequipa). Recuperado de <http://repositorio.unsa.edu.pe/handle/UNSA/7089>

Pastor, J. (2014). Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales. Madrid: Tecnos.

Pérez, M. (2013). Capítulo XXXIII La Responsabilidad Internacional (I): El Hecho Internacionalmente Ilícito. En Diez de Velasco. M. (Coord.), Instituciones de Derecho Internacional Público. [p. 843]. 18a ed. Madrid: Tecnos.

Rubio, M. (2015). El Sistema Jurídico, Introducción al Derecho. 10a ed. Lima: Fondo Editorial PUCP.

Saco, V. (2008). Resolución de conflictos normativos en Derecho Internacional Público. Agenda Internacional, 15(26), [pp. 231- 261]. Recuperado a partir de: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/agendainternacional/article/view/3689>

Salmón, E. (2017). Nociones Básicas de Derecho Internacional Público. Lima, Perú: Editorial PUCP.

IX. ANEXOS

FICHA BIBLIOGRÁFICA

NOMBRE DEL AUTOR:
TÍTULO DEL LIBRO:
EDITORIAL:
CIUDAD:
AÑO:
PÁGINAS:
NOMBRE DE BIBLIOTECA:

Resolución No. 7456-CU-2020

-10



Universidad Católica
de Santa María

AREQUIPA-PERÚ

(51 54) 382036

<http://www.ucsm.edu.pe>

[facebook.com/ucsm.peru](https://www.facebook.com/ucsm.peru)

ANEXO 1

DEL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN Y TRABAJO DE INVESTIGACIÓN (CONFORME PROTOCOLO APROBADO POR CONSEJO UNIVERSITARIO PARA EL ÁREA DE JURÍDICO EMPRESARIAL)

El proyecto de investigación

- 1.- Título
- 2.- Descripción del Problema
- 2.- Justificación
- 3.- Hipótesis
- 4.- Objetivos
- 5.- Conceptos básicos
- 6.- Metodología y/o Marco Operativo
- 7.- Referencias

El investigador o investigadora podrán incluir variables e indicadores, con sus respectivos cuadros de sistematización y consistencia, en su estudio.

El Esquema para el Trabajo de Investigación:

- 1.- Título
- 2.- Autor
- 3.- Resumen y traducción a otro idioma
- 4.- Palabras Claves
- 5.- Introducción
- 6.- Desarrollo
- 7.- Conclusiones
- 8.- Bibliografía

