

La aplicación provisional de tratados por parte del Estado peruano



The provisional application of treaties by the Peruvian State

JORGE LOAYZA JUAREZ

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
Estudios en la Maestría en Derecho Civil y Comercial por la
Universidad Mayor de San Marcos.
Profesor en la carrera de Ingeniería de Sistemas de la
Universidad de Lima.

Recibido con fecha 28 de septiembre de 2021 y aceptado por el Comité Arbitral con fecha 9 de octubre de 2021.



SUMARIO:

- I. Los tratados y su regulación jurídica.
- II. La reserva a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.
- III. La aplicación provisional de los tratados.
- IV. Tratados aplicados provisionalmente en el Perú.
 1. Análisis del Acuerdo comercial entre el Perú y Colombia por una parte, y la Unión Europea y sus estados miembros, por otra.
 2. Análisis del Acuerdo entre la República del Perú y la Unión Europea sobre exención de visados para estancias de corta duración.
- V. Conclusiones y propuesta de modificación normativa.

RESUMEN:

Actualmente, solo los tratados celebrados cumpliendo una determinada formalidad y en vigor forman parte del ordenamiento jurídico nacional. Las normas internas existentes no prevén la posibilidad de la aplicación provisional de un tratado; y menos regulan la forma por la cual el Estado presta su consentimiento para aplicar provisionalmente uno. Sin embargo, en la práctica, el Estado peruano ha aplicado, de forma indebida, provisionalmente dos tratados. Por ello, mediante este artículo, se propone realizar una modificación normativa que permita utilizar la aplicación provisional.

Palabras clave: tratados, aplicación provisional, celebración de tratados, reservas a los tratados, publicidad de los tratados.

ABSTRACT:

Currently, only treaties concluded in compliance with a certain formality and in force are part of the national legal system. The existing domestic rules do not provide for the possibility of provisional application of a treaty, and even less regulate the manner in which the State gives its consent to provisionally apply a treaty. However, in practice, the Peruvian State has improperly provisionally applied two treaties. Therefore, by means of this article, we propose to make a normative modification that allows the use of provisional application.

Keywords: treaties, provisional application, conclusion of treaties, reservations to treaties, publicity of treaties.

I. LOS TRATADOS Y SU REGULACIÓN JURÍDICA *vigor forman parte del derecho nacional”.*

El Estado peruano manifiesta su voluntad para obligarse por tratados de la forma prevista en: (i) los artículos 55, 56 y 57 de la Constitución; (ii) la Ley 26647¹ por la cual se establecen las normas que regulan los actos relativos al perfeccionamiento nacional de los tratados celebrados por el Estado peruano; (iii) el Decreto Supremo N° 031-2007-RE por el que se adecúan las normas nacionales sobre el otorgamiento de plenos poderes al Derecho internacional contemporáneo; y, (iv) en la Directiva N° 002-DGT/RE-2013, aprobada por Resolución Ministerial N° 0231/RE-2013, que establece los lineamientos generales sobre la suscripción, perfeccionamiento y registro de tratados.

El artículo 55 de nuestra Constitución dispone que: *“Los tratados celebrados por el Estado y en*

El artículo es bastante claro en el sentido que reconoce como fuente del Derecho nacional a los tratados que celebra el Estado y que se encuentren en vigor.² *A contrario sensu*, no forman parte del ordenamiento doméstico los tratados que no ha celebrado el Estado y los que, habiendo sido celebrados, aún no se encuentran en vigor.

La Constitución Política de 1993 ha regulado que el Estado manifestará su voluntad para obligarse por un tratado de dos formas básicas: (i) a través de la única intervención del Poder Ejecutivo, mediante Decreto Supremo —tratados simplificados—; y, (ii) a través de la intervención conjunta del Poder Legislativo, mediante Resolución Legislativa, y del Poder Ejecutivo, mediante Decreto Supremo —tratados solemnes—. ³

1. Promulgada el 28 de junio de 1996.

2. Marcial Rubio y Elmer Arce, *Teoría esencial del ordenamiento jurídico peruano* (Lima: Fondo Editorial PUCP, 2017), 86. Los autores coinciden en señalar que estos son los dos requisitos que se requiere para que el tratado forme parte del Derecho interno. Véase también el fundamento jurídico 50 de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0008-2005-PI/TC.

3. *Ibid.* En ese mismo sentido, los autores sostienen que un tratado se celebra por el órgano legitimado, conforme los artículos 56 y 57 de la Constitución Política del Perú de 1993.

Figura 1: Tratados que forman parte del Derecho interno.



Fuente: elaboración propia.

Siempre que el tratado verse sobre ciertas materias consideradas relevantes para el Estado, éste manifestará su voluntad para obligarse por el mismo de una forma agravada, requiriendo de la intervención del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo. En este sentido, la Constitución Política expresa:

Artículo 56

Se requiere de la aprobación legislativa en los tratados que versen sobre las siguientes materias:

1. Derecho Humanos,
2. Soberanía, dominio o integridad del Estado,
3. Defensa Nacional,
4. Obligaciones financieras del Estado,
5. Crean, modifican o suprimen tributos,
6. Que necesiten de la modificación o derogación de alguna ley,
7. Los que requieran de medidas legislativas para su ejecución.

“Artículo 56.- Aprobación de tratados

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”.

Por otro lado, el primer párrafo del artículo 57 de la Constitución regula la forma por la que el Estado manifiesta su voluntad de obligarse por un tratado, siempre que éste no verse sobre las materias dispuestas en el artículo 56 del mismo cuerpo normativo. En estos casos, solo se requiere de ratificación ejecutiva. En ese sentido, se dispone:

“Artículo 57.- Tratados Ejecutivos

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”.

Artículo 57

No se requiere de aprobación previa del Congreso para celebrar tratados, siempre que no versen sobre las materias señaladas en el artículo 56.

Se les denomina tratados simplificados o ejecutivos y tienen como características:

1. Procedimiento más sencillo,
2. El Presidente ratifica el tratado y basta para manifestar la voluntad del Estado,
3. El Presidente debe dar cuenta al Congreso de los tratados que celebre.



Fuente: elaboración propia.

Figura 2: Diferencias entre el artículo 56 y 57 de la Constitución.

Concordante con los artículos 55, 56 y 57 de la Constitución, la Ley 26647 señala los actos necesarios para el perfeccionamiento de los tratados, disponiendo que la celebración de un tratado por el Estado requiere de aprobación legislativa si es que el mismo versa sobre los temas establecidos en el artículo 56 de la Constitución, para posteriormente ser ratificado por el Presidente de la República mediante Decreto Supremo. Añade que no será necesaria la aprobación por el Congreso si el tratado no versa sobre los temas establecidos en el artículo 56, supuesto en el cual el Presidente puede ratificarlos directamente por Decreto Supremo.⁴ Luego de ello, corresponde al Presidente emitir el respectivo instrumento de ratificación para ser canjeado con la otra parte o depositado conforme corresponde a los tratados multilaterales.

Internacionalmente, conforme a la Convención de Viena de 1969⁵, un Estado puede manifestar su voluntad de obligarse por un tratado mediante la sola suscripción, la adhesión, el depósito, la entrega del instrumento de ratificación, entre otros; además, se regula que un tratado se podrá aplicar provisionalmente si las partes así lo desean, mediante cualquier forma por la cual manifieste su voluntad para tal efecto. Cabe resaltar que esto último no está previsto en nuestra legislación interna.

La Parte II de la Convención de Viena de 1969 dispone todo lo correspondiente a la manifestación de voluntad de un Estado para obligarse por un tratado y sobre la entrada en vigor de éste. En ese sentido, los “tratados celebrados” son todo acto necesario en las relaciones internacionales para manifestar el consentimiento en obligarse

por éste, para modificar o para poner en reserva alguna de las disposiciones, hasta la entrada en vigor del tratado.⁶ Entonces, se “celebra” un tratado cuando los Estados han expresado su voluntad definitiva de contraer obligaciones. En ese sentido, el literal b) del artículo 1 de la Convención de Viena de 1969 señala que, según sea el caso, los términos “aceptación”, “ratificación”, “aprobación” y “adhesión” hacen constar en el ámbito internacional el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado.

De forma concordante, en nuestro Derecho interno, con la ratificación, el Estado ha agotado todo su procedimiento interno necesario para manifestar su voluntad y queda expedito para emitir el instrumento de ratificación que intercambiará o entregará al depositario respectivo, con lo cual informará que ha perfeccionado su voluntad en obligarse por el tratado.

Asimismo, conforme con el artículo 3 de la Ley 26647:

“Los tratados celebrados y perfeccionados por el Estado peruano entran en vigor y se incorporan al derecho nacional, en la fecha en que se cumplan las condiciones establecidas en los instrumentos internacionales respectivos (...). La incorporación de los tratados al derecho nacional se sujeta a lo que establezcan los propios tratados sobre el particular.”

Es decir, el perfeccionamiento es absolutamente necesario para que el Estado manifieste su voluntad de obligarse por un tratado. Asimismo, para que el tratado se incorpore al Derecho peruano, debe además estar en vigor.

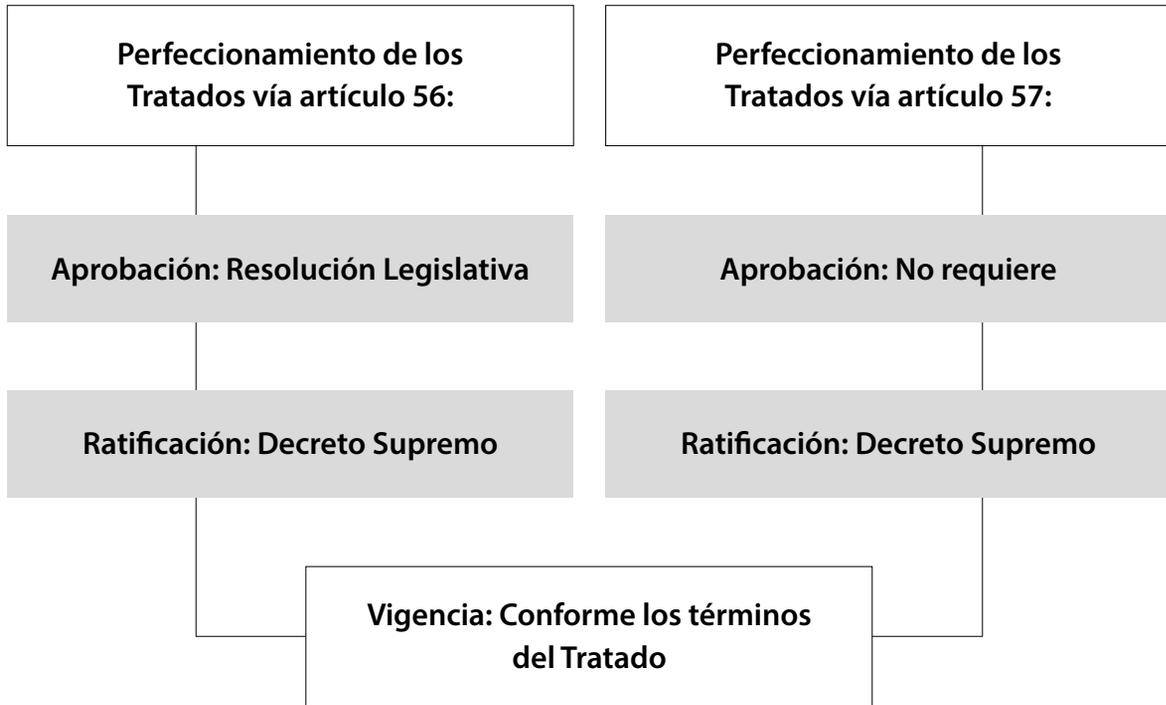
4. “Artículo 118.- Atribuciones del Presidente de la República
Corresponde al Presidente de la República: (...)

8. Ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas; y, dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones”.

5. El Estado peruano es parte de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 desde el 14 de septiembre de 2000, fecha en la que depositó el instrumento de ratificación en la División de Tratados de las Naciones Unidas, tratado que entró en vigor el 14 de octubre de 2000, en conformidad con el artículo 84 de la citada Convención.

6. Guillermo Moncayo, Raúl Vinuesa y Hortensia Gutiérrez, *Derecho Internacional Público*, Tomo I (Buenos Aires: Víctor P. de Zavalia, 1985), 106.

Figura 3: Perfeccionamiento de un tratado.



Fuente: elaboración propia.

Respecto a la publicidad del tratado, cabe señalar que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 51 y 109 de la Constitución, ésta es esencial para la vigencia de toda norma del Estado —por ejemplo, la ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación⁷—; en ese sentido, el artículo 4 de la Ley 26647 dispone que *“el texto íntegro de los tratados celebrados y aprobados por el Estado deberá ser publicado en el Diario Oficial”*.⁸

Las normas dispuestas principalmente en los artículos 55, 56 y 57 de la Constitución, en concordancia con las contenidas en la Ley 26647, regulan la forma por la cual el Estado peruano manifiesta su voluntad de obligarse por un tratado y son relevantes en el Derecho Internacional pues, conforme con el artículo 46 de la Convención de Viena de 1969, su inobservancia puede servir para invocar la nulidad del tratado.

7. Marcial Rubio y Elmer Arce, *Teoría esencial del ordenamiento jurídico peruano*, 86. Los autores sostienen que la publicidad del tratado no es necesaria para que se encuentre vigente para los ciudadanos peruanos.
8. La Constitución española prevé en su artículo 96 una fórmula clara respecto a la necesaria publicidad de los tratados como requisito para que formen parte del ordenamiento jurídico. Así, dispone que: *“los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno”*. Norma que es ratificada por el artículo 1.5 del Código Civil español, que dispone: *“las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el ‘Boletín Oficial del Estado’”*. En ese sentido, la doctrina señala que el tratado celebrado obliga a España, pero no será fuente de Derecho interno hasta su publicación en el Boletín Oficial del Estado — BOE; se afirma que: *“El tratado hasta que no es publicado se encuentra en una situación similar a la de la ley sancionada y promulgada y no publicada, es decir, que no obliga y no debe aplicarse por los operadores de justicia”*. Federico Arnau Moya, *Lecciones de Derecho Civil I* (Castelló de la Plana: Publicacions de la Universitat Jaume I, 2008), 47.

Entonces, el Estado peruano ha previsto, mediante su Constitución y otras normas internas, la forma por la que desea manifestar su consentimiento para obligarse por un tratado. No ha previsto, por ejemplo, que un representante del Estado pueda manifestar esta voluntad a sola firma o verbalmente; sino que, buscando seguridad jurídica y ponderando la importancia de la manifestación de voluntad del Estado peruano, dependiendo de la materia que verse el tratado, ha previsto que ésta se realice mediante normas que provengan de uno o de dos poderes del Estado.

Tampoco en el Derecho interno se ha previsto la posibilidad de que el Estado manifieste su consentimiento para aplicar un tratado provisionalmente; esto es, antes de su entrada en vigor. Por lo tanto, tampoco se ha regulado si, para dicho fin, se debería seguir la misma regla de formalidad en la manifestación del consentimiento dispuesta en los artículos 56 y 57 de la Constitución.

II. LA RESERVA A LA CONVENCION DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS DE 1969

El 14 de septiembre del 2000, el Perú hizo reserva a la Convención de Viena de 1969 en los siguientes términos: “[p]ara el Gobierno de Perú, la aplicación de los artículos 11, 12 y 25 de la presente Convención debe entenderse en concordancia, y con sujeción, al proceso de suscripción, aprobación, ratificación, adhesión y entrada en vigor de tratados que dispone su ordenamiento constitucional.”⁹

La reserva es una

“declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado o por una organización internacional al firmar, ratificar, confirmar formalmente, aceptar o aprobar un tratado o adherirse a él, con el objeto de excluir o modificar los efectos

*jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado o a esa organización.”*¹⁰

Como notamos, el sentido de la reserva es que los mencionados artículos de la Convención de Viena de 1969 deben sujetarse a lo dispuesto en el ordenamiento constitucional.

La reserva que se interpuso al artículo 11 relativo a la forma por la cual se manifiesta el consentimiento en obligarse por un tratado tiene por efecto que se considere como única manera para manifestar su voluntad lo dispuesto en la Constitución respecto al perfeccionamiento interno; donde, como ya hemos entendido, se requiere, según sea la materia del tratado, de Resolución Legislativa emitida por el Poder Legislativo y/o Decreto Supremo emitido por el Poder Ejecutivo. Además, para que el tratado forme parte del ordenamiento jurídico interno, es necesario que se encuentre en vigor.

De igual forma, la reserva planteada al artículo 12 sobre el consentimiento en obligarse por un tratado manifestado mediante la firma tiene como objetivo que el Estado peruano no manifieste su voluntad para obligarse por un tratado a través de una firma o rúbrica; sino a través del mecanismo consagrado en la Constitución y en las normas internas pertinentes; donde, como ya hemos visto, es necesaria la participación de uno o dos poderes del Estado materializadas en normas jurídicas.

Con la reserva planteada al artículo 25 que versa sobre la aplicación provisional de los tratados, se busca que solo los tratados celebrados y en vigor formen parte del Derecho interno. Un tratado que se aplica provisionalmente no se encuentra en vigor; por ende, no forma parte del Derecho interno.

Cabe señalar que, como en el Perú, algunos

-
9. Esta reserva fue formalizada mediante Nota RE (TRA) 7-9-C/03 de fecha 23 de octubre del 2000 dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas Kofi Annan y firmada por el Ministro de Relaciones Exteriores Fernando de Trazegnies Granda.
 10. Paul Reuter, *Introducción al Derecho de los Tratados* (México: FCE, 1999), 98. Asimismo, esta institución jurídica está regulada en los artículos 19 al 23 de la Convención de Viena de 1969.

Estados como Costa Rica y Guatemala han formulado reserva al artículo 25 de la Convención de Viena que versa sobre la aplicación provisional a fin de no contravenir lo dispuesto por sus normas internas, especialmente sus constituciones. Veamos las reservas que se han interpuesto:

En Costa Rica, las reservas y declaraciones hechas al momento de la firma fueron confirmadas al momento de la ratificación; en ese sentido, dispuso: “[e]n cuanto al artículo 25, desea hacer una reserva en el sentido de que la Constitución Política de Costa Rica tampoco permite la aplicación provisional de los tratados”.¹¹

Guatemala presentó reserva al momento de la ratificación, confirmando la que realizó al momento de la firma, en los siguientes términos: “[q]ue confirma la reserva respecto de la inaplicación de los artículos 25 y 66 de la Convención, en cuanto ambos son incompatibles con disposiciones de la Constitución Política vigente.”¹²

Otros Estados como Colombia¹³ y España¹⁴, tienen ordenamientos jurídicos que sí prevén y desarrollan la forma por la que se aplica provisionalmente un tratado.

III. LA APLICACIÓN PROVISIONAL DE LOS TRATADOS

Revisemos cómo está regulada la aplicación

provisional de los tratados en el Derecho Internacional.

Por la aplicación provisional, las partes observan algunas o todas las cláusulas del tratado antes de su entrada en vigor. Salvo pacto en contrario, cada parte podrá poner fin a la aplicación provisional mediante notificación en la que informe que no será parte del tratado.

Se utiliza esta figura para superar la lentitud del proceso interno de manifestación del consentimiento por parte de los Estados, frente a la conveniencia por aplicar prontamente todo o parte de un tratado. Esto permite superar los largos procesos de aprobación legislativa y ratificación ejecutiva en un caso que demanda celeridad por las ventajas que ofrece aplicar cuanto antes el tratado.

Es una institución tan flexible que permite la aplicación provisional parcial o total del tratado y entre algunos o todos los Estados negociadores que conforman el tratado multilateral.

La Comisión de Derecho Internacional ha sostenido que las cláusulas aplicadas provisionalmente tienen efectos jurídicos y obliga a los Estados a ejecutarlo.¹⁵ De acuerdo con el principio conforme al cual todo hecho internacionalmente ilícito da lugar a su responsabilidad internacional, el incumplimiento del tratado por parte del Estado configura un hecho ilícito

11. Traducción libre del autor del original: “With regard to article 25, it wishes to make a reservation to the effect that the Political Constitution of Costa Rica does not permit the provisional application of treaties, either. (...)”

12. Traducción libre del autor del original: “That it confirms the reservation with respect to the non-application of articles 25 and 66 of the Convention, insofar as both are incompatible with provisions of the Political Constitution currently in force (...)”

13. En el caso de Colombia, el artículo 224 de la Constitución de 1991 dispone: “Los tratados, para su validez, deberán ser aprobados por el Congreso. Sin embargo, el presidente de la República podrá dar aplicación provisional a los tratados de naturaleza económica y comercial acordados en el ámbito de organismos internacionales, que así lo dispongan. En este caso, tan pronto como un tratado entre en vigor provisionalmente, deberá enviarse al Congreso para su aprobación. Si el Congreso no lo aprueba, se suspenderá la aplicación del tratado”.

14. Ley 50/97 publicada el 28 de noviembre de 1997 en el BOE.

15. Documento A/CN.4/658, párrafo 66.

luego de haberse obligado internacionalmente mediante la aplicación provisional.

Existe libertad para que los Estados manifiesten su consentimiento de aplicar provisionalmente un tratado, pudiendo hacerlo en el instrumento donde consta tal cláusula o en otro posterior, e incluso una declaración unilateral.¹⁶

Los actos ejecutados durante la aplicación provisional se regulan por los principios del Derecho Internacional general, aplicando las normas del mismo tratado y las normas contenidas en la Convención de Viena de 1969.¹⁷

La Comisión de Derecho Internacional en su Informe del 73° periodo de sesiones —correspondiente al año 2018—¹⁸ desarrolló doce directrices que recogen la práctica internacional sobre aplicación provisional, el artículo 25 de la Convención de Viena de 1969 y las normas de Derecho Internacional general.

La Directriz 6 refiere que los efectos jurídicos obligatorios que surgen al aplicar provisionalmente un tratado son los mismos que surgen si el tratado estuviera en vigor, salvo que se acuerde lo contrario o el tratado disponga algo distinto.

La Directriz 7 refiere que la Convención de Viena de 1969 se aplica *mutatis mutandis* respecto a lo regulado sobre reservas; en ese sentido, al momento de acordar la aplicación provisional

del tratado es posible interponer reservas a fin de modificar o excluir ciertas disposiciones de la aplicación provisional del tratado.

La Directriz 8 trata sobre la responsabilidad internacional del Estado en caso no se cumpla con las obligaciones que emanan del tratado aplicado provisionalmente.

Procede la terminación y la suspensión de la aplicación provisional, conforme lo dispone la Directriz 9, las cuales deben entenderse sin perjuicio de la aplicación *mutatis mutandis* de las normas pertinentes enunciadas en la parte correspondiente de la Convención de Viena de 1969.

En los casos donde la aplicación provisional es resultado de un acuerdo entre dos o más Estados, la violación al tratado aplicado provisionalmente tendrá como consecuencia la aplicación del principio *inadimplenti non est adimplendum*¹⁹, conforme el cual procede la terminación o suspensión de la aplicación provisional por parte de los Estados que estén afectados por la violación.

De igual forma, de acuerdo con la Directriz 10, se aplica el principio por el cual las obligaciones producidas de la aplicación provisional de un tratado no pueden incumplirse invocando normas de Derecho interno. Esta directriz sigue el principio consagrado en el artículo 27 de la Convención de Viena de 1969, conforme al cual no es posible invocar disposiciones del Dere-

16. En este último caso, estaríamos frente a un acto unilateral autónomo que genera una situación jurídica nueva, distinta de los derechos y obligaciones generados de manera convencional hacia las partes una vez que el tratado entre en vigor. Juan Gomez-Robledo, *La aplicación provisional de los tratados, Centenario de la Constitución de 1917. Reflexiones de Derecho Internacional Público* (México: UNAM, 2017), 116.

17. Ernesto De la Guardia, *Derecho de los Tratados Internacionales* (Buenos Aires: Abaco, 1997), 169.

18. Informe de la Comisión de Derecho Internacional que aprobó los proyectos de directriz titulado “Guía para la Aplicación Provisional de los Tratados. Asamblea General. Documentos Oficiales. Septuagésimo tercer período de sesiones. Suplemento núm. 10 (A/73/10)”. Asimismo, se señala: “*aunque el proyecto de directrices no es jurídicamente vinculante como tal, desarrolla las normas existentes de derecho internacional teniendo en cuenta la práctica contemporánea*” —página 224—.

19. “Cuando se incumple no se ha de cumplir.”

cho interno como justificación para incumplir un tratado.²⁰

Además, concordante con los artículos 27 y 46 de la Convención de Viena de 1969, la Directriz 11 dispone que:

“El hecho de que el consentimiento de un Estado en aplicar provisionalmente un tratado o una parte de un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para convenir en la aplicación provisional de los 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”.

La Directriz 12 regula que las directrices antes descritas deben entenderse sin perjuicio del derecho de un Estado de acordar en el propio tratado o de otra forma la aplicación provisional del tratado con las limitaciones del Derecho interno de los Estados.

En este sentido, no es extraño encontrar en tratados multilaterales disposiciones donde se regule la aplicación provisional; esto con la finalidad de que éste se aplique con prontitud y sin la necesidad de esperar su perfeccionamiento conforme a la legislación interna de cada Estado.

IV. TRATADOS APLICADOS PROVISIONALMENTE EN EL PERÚ

Pese a lo explicado anteriormente, conforme a lo cual el Estado peruano no cuenta con un marco normativo que le permita prestar su consentimiento para aplicar provisionalmente un tratado; en la práctica, éste ha manifestado su consentimiento a fin de aplicar provisionalmen-

te dos importantes tratados que pasaremos a analizar en los acápite 1 y 2.

Como cuestión previa, reiteramos que, conforme a lo dispuesto en los artículos 55, 56 y 57 de la Constitución, en la Ley 26647 y, en la reserva interpuesta sobre los artículos 11, 12 y 25 de la Convención de Viena de 1969, no deben celebrarse tratados que dispongan su aplicación provisionalmente para el Perú.

Recordemos que la reserva interpuesta por el Estado a la Convención de Viena de 1969 tiene por objeto no reconocer internacionalmente la aplicación provisional de un tratado, pues esta no se prevé en la legislación interna de ninguna forma. Para manifestar su consentimiento el Estado procede de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución y no de otra forma; además, la aplicación provisional por definición requiere que el tratado no haya entrado en vigor, y mientras esto no suceda, no formará parte del Derecho interno.

De modificarse la Constitución y las normas internas correspondientes al perfeccionamiento, no habrá impedimento para que se aplique provisionalmente un tratado; pero tal y como está redactada la norma contenida en el artículo 55 de la Constitución y la reserva efectuada al momento de celebrar la Convención de Viena de 1969, no es posible su aplicación.

Cuestión distinta sucede en España, donde su normativa interna sí contempla la aplicación provisional de los tratados; en ese sentido, se permite su aplicación provisional de acuerdo con el artículo 25 de la Convención de Viena de 1969, los que a su vez son recepcionados por el Derecho interno y pueden ser aplicados por los jueces, conforme lo dispone el artículo 5.1 d) de la Ley 50/97, de 28 de noviembre, que permite al Consejo de Ministros la decisión de acordar la aplicación provisional de los trata-

20. Tanto este principio, como el *pacta sunt servanda*, han sido recogidos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Cfr., Sentencia recaída en el Expediente N° 0004-2016-CC/TC, fundamento jurídico 29; sentencia recaída en el Expediente N° 1969-2011-PHC/TC, fundamento jurídico 13.

dos.²¹ Dicha integración se hace considerando los mismos efectos que un tratado en vigor, ya que no es admisible conforme a esta Constitución tener dos categorías de tratados en el ordenamiento interno.²²

Brotóns²³ señala que el hecho de que la Constitución española no haya dispuesto nada respecto a la aplicación provisional de tratados no quiere decir que esté prohibido. De hecho, conforme a la Ley 50/97, se ha recurrido a ella de forma continua. El autor propone que se use conforme a ciertas consideraciones, entre las cuales están: (i) usar de forma excepcional obedeciendo a circunstancias extraordinarias y urgentes; (ii) no usar en aquellos tratados que requieren de aprobación por parte del parlamento y tampoco cuando afecten derechos reconocidos por tratados anteriores; y, (iii) si se convino aplicar un tratado que requiere de aprobación legislativa, remitirlo lo más pronto posible.

A continuación, analicemos los tratados aplicados provisionalmente por el Estado peruano.

1. Análisis del Acuerdo comercial entre el Perú y Colombia por una parte, y la Unión Europea y sus estados miembros, por otra.

Las relaciones entre el Perú y la Unión Europea en materia de libre comercio se rigen por lo dis-

puesto en el Acuerdo Comercial entre el Perú y Colombia por una parte, y la Unión Europea y sus Estados Miembros, por otra, el mismo que fue firmado en Bruselas el 26 de junio de 2012. El Acuerdo fue aprobado por Resolución Legislativa 29974, del 27 de diciembre de 2012, ratificado por Decreto Supremo N° 006-2013-RE, del 16 de enero de 2013, y se aplica provisionalmente entre el Perú y la Unión Europea desde el 1 de marzo de 2013.²⁴

Conforme lo dispone el tratado, la aplicación provisional seguirá mientras se espera que la Unión Europea complete sus procedimientos internos para la entrada en vigor del Acuerdo.²⁵

Este tratado contiene una peculiaridad, pues obliga a los Estados signatarios a cumplir con sus procedimientos internos necesarios para la aplicación provisional. Así, el Estado peruano manifestó su consentimiento para aplicar provisionalmente el Acuerdo Comercial a través de Resolución Legislativa y Decreto Supremo²⁶; además, envió el instrumento de ratificación²⁷ al depositario.

De esta forma, el Estado peruano celebró el Acuerdo Comercial y se obligó a aplicarlo provisionalmente, aun cuando éste no se encuentra vigente. La plena entrada en vigor aún está pendiente debido a la necesaria ratificación por parte de los 28 países de la Unión Europea.²⁸

21. Ley 50/97 publicada el 28 de noviembre de 1997 en el BOE.

Artículo 5. Del Consejo de Ministros.

1. *Al Consejo de Ministros, como órgano colegiado del Gobierno, le corresponde:*
(...)

d) *Acordar la negociación y firma de Tratados internacionales, así como su aplicación provisional*".

Desde 1972 gozan de los artículos 20.2 y 30 del Decreto 801/72, por el cual, el texto del tratado que se haya convenido aplicar provisionalmente debe ser publicado en el Boletín Oficial del Estado.

22. Pastor Ridruejo, *Curso de Derecho Internacional Público y Organismos Internacionales* (Madrid: Tecnos, 2003), 111-179. En el mismo sentido, Antonio Remiro Brotóns et. al., *Derecho Internacional Público, Curso General* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2010), 273. Agrega el primer autor que el incumplimiento a la aplicación provisional conllevaría para España responsabilidad internacional.

23. Antonio Remiro Brotóns et al., *Derecho Internacional Público, Curso General*, 273-274.

24. Con excepción de los artículos 2 —"Desarme y no proliferación de armas de destrucción masiva"—, 202 (1) —"Acuerdos internacionales"—, 291 —"Procedimientos administrativos"— y 292 —"Revisión y apelación"—.

25. Este comenzaría el primer día del mes siguiente a la fecha en que el depositario reciba: (i) la notificación de la

(Continúa en siguiente página)

La aplicación provisional del Acuerdo Comercial contraviene lo dispuesto en el artículo 55 de la Constitución del Perú de 1993 y las normas contenidas en la Ley 26647; además, es contradictorio con la reserva que interpuso el Estado peruano al celebrar la Convención de Viena de 1969; donde, como hemos revisado, el Estado manifestó que no reconoce la aplicación provisional de un tratado por ser incompatible con lo establecido en la Constitución.

2. Análisis del Acuerdo entre la República del Perú y la Unión Europea sobre exención de visados para estancias de corta duración.

Este tratado fue suscrito el 14 de marzo de 2016 en la ciudad de Bruselas y tiene como objeto fomentar el desarrollo de relaciones amistosas entre las partes y facilitar los viajes de sus ciudadanos mediante la exención de visados de entrada y para estancias de corta duración. El tratado establece *“la exención de visados para los ciudadanos de la Unión y para los ciudadanos de Perú que viajen al territorio de la otra Parte Contratante por un periodo máximo de 90 días cada 180 días”*.

Por parte del Perú, el Acuerdo fue firmado por la entonces Ministra de Relaciones Exteriores²⁹;

y, por el lado de la Unión Europea lo suscribió el Presidente del Consejo de la Unión Europea y el Comisario de Migración, Asuntos de Interior y Ciudadanía de la Unión Europea.

El tratado se celebró por plazo indefinido, salvo que se denuncie mediante notificación escrita a la otra parte, dejando de estar vigente 90 días después de dicha notificación. Perú solo podrá suspender o denunciar el tratado respecto a todos los Estados miembros; la Unión solo podrá suspender o denunciar el tratado respecto a todos sus Estados miembros.

Conforme con el numeral 1 del artículo 8 del Acuerdo, éste se aplicará provisionalmente desde el día siguiente de su firma; es decir, desde el 15 de marzo de 2016.³⁰

Las disposiciones finales refieren que el Acuerdo será ratificado o aprobado de acuerdo con sus respectivos procedimientos internos y entrará en vigor el primer día del segundo mes siguiente a la fecha de la última de las dos notificaciones por las que las Partes comuniquen mutuamente la conclusión de dichos procedimientos.

En el Perú, el Acuerdo fue perfeccionado a través de la vía simplificada, siendo ratificado mediante Decreto Supremo N° 022-2016-RE, publicado el 25 de marzo de 2016. El 4 de noviembre

Unión Europea sobre la finalización de los procedimientos internos a tal efecto; y, (ii) el instrumento de ratificación de cada país andino signatario individual de conformidad con sus procedimientos y su legislación aplicable.

26. Resulta interesante que en este caso el texto íntegro del tratado fue publicado el 28 de febrero de 2013 mediante Decreto Supremo N° 002-2013-MINCETUR, por el cual se dio cuenta de su aplicación provisional.
27. El instrumento de ratificación es un documento formal suscrito por el Presidente de la República y refrendado por el Ministro de Relaciones Exteriores, con el que se expresa la decisión política. Este documento tiene efectos internacionales y para su emisión no requiere de norma interna de aprobación.
28. Cabe señalar que el Acuerdo Comercial de la Unión Europea con Ecuador se aplica provisionalmente desde el 1 de enero de 2017.
29. El Ministro/a de Relaciones Exteriores puede comprometer a nivel internacional al Estado peruano sin la necesidad de contar con Plenos Poderes, atribución que es reconocida en el Derecho Internacional y a nivel interno a través del Decreto Supremo N° 031-2007-RE.
30. Cabe señalar que, durante su aplicación provisional, el tratado no fue publicado íntegramente en el Diario Oficial El Peruano; como sí sucedió en el Acuerdo Comercial antes analizado.

de 2016 se publicó en el Diario Oficial El Peruano el texto íntegro del Acuerdo y se informó que entró en vigor el 1 de noviembre de 2016. Conforme a esto, el Acuerdo estuvo aplicándose provisionalmente desde el 15 de marzo hasta el 31 de octubre de 2016.

Lo jurídicamente interesante en este caso es que el Estado peruano no habría observado lo dispuesto en la normativa interna sobre el perfeccionamiento de los tratados, incluida la reserva que hiciera al celebrar la Convención de Viena de 1969, conforme a las cuales el Estado peruano no otorga su consentimiento para obligarse por un tratado o para aplicarlo provisionalmente mediante la suscripción; además, no reconoce la aplicación provisional de un tratado por ser incompatible con lo dispuesto en su ordenamiento constitucional.

Nuestras normas internas sobre el consentimiento del Estado para obligarse no fueron obedecidas. Por la firma o suscripción de un tratado no se puede manifestar el consentimiento en obligarse por el mismo; y no hay sustento jurídico para aplicar provisionalmente un tratado en nuestra legislación interna.

V. CONCLUSIONES Y PROPUESTA DE MODIFICACIÓN NORMATIVA

Las normas internas sobre el perfeccionamiento de los tratados no han dispuesto que el Estado manifieste su consentimiento para celebrar un tratado mediante la sola firma o verbalmente, y tampoco para que un tratado se aplique provisionalmente. Por el contrario, se han hecho reservas a los artículos 11 —formas de manifestación del consentimiento en obligarse por un tratado—, 12 —consentimiento en obligarse por un tratado manifestado mediante la firma— y 25 —aplicación provisional— de la Convención de Viena de 1969, señalando que

estos artículos deben entenderse en concordancia y sujeción al proceso de perfeccionamiento y entrada en vigor que dispone el ordenamiento constitucional.

Por lo tanto, la forma cómo el Estado manifiesta su consentimiento en obligarse por un tratado está sujeta a lo dispuesto en los artículos 55, 56 y 57 de la Constitución; esto es, mediante Resolución Legislativa y/o Decreto Supremo. En aquellos artículos, además, se dispone que los tratados celebrados y en vigor forman parte del Derecho interno. A *contrario sensu*, si no se celebra el tratado conforme lo dispone la Constitución y éste no se encuentra vigente, entonces el tratado no forma parte del Derecho interno.

Un tratado aplicado provisionalmente es aquel que no ha entrado en vigor y por mandato constitucional no forma parte del Derecho interno. Esto debe corregirse a fin de que la aplicación provisional sea una figura jurídica aceptada en el ordenamiento jurídico y se regule además la formalidad necesaria a fin de que el Estado peruano manifieste su consentimiento en obligarse por ésta. Nótese que los tratados que hemos analizado y que han sido aplicados provisionalmente benefician al país de diversas formas.

Cabe señalar que, conforme a la teoría de los actos unilaterales, aun cuando al celebrarse un tratado un Estado haya vulnerado normas fundamentales sobre su competencia para dicho fin, no procederá alegar la nulidad de éste si el Estado se ha comportado de forma tal que dé lugar a la aplicación de la aquiescencia y del *estoppel*.³¹ De esta forma, aplicando la buena fe que rigen las relaciones internacionales, no será posible desconocer la validez de estos tratados.

Considerando que la Constitución es de 1993, que la reserva a la Convención de Viena de

31. Juste Ruiz et al, *Lecciones de Derecho Internacional Público* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011), 111. También, Moncayo et al, *Derecho Internacional Público*, 129. El *estoppel* se fundamenta en el principio de la buena fe que rigen las relaciones internacionales, donde se verificará si la conducta de un Estado ha producido en otro una determinada representación de la situación, y que éste sufriría un perjuicio si el Estado autor de la conducta quisiera volver atrás.

1969 se interpuso el 14 de septiembre del 2000, y que los Estados cada vez más se relacionan jurídicamente utilizando la figura de la aplicación provisional, es necesario hacer las modificaciones correspondientes a fin de actualizar nuestro marco normativo correspondiente. En ese sentido, proponemos:

- a) Modificar el artículo 55 de la Constitución que dispone que *“los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”*, a fin de reconocer que también forman parte del Derecho nacional los tratados aplicados provisionalmente, que son aquellos que aún no están en vigor;
- b) Regular la forma por la que el Estado brindará su consentimiento a fin de aplicar provisionalmente un tratado, restringiéndolos a tratados que versen sobre ciertas materias;
- c) Dar cuenta prontamente al Congreso cuando se ha manifestado el consentimiento para aplicar provisionalmente un tratado;
- d) Modificar la Ley 26647 a fin de reconocer la aplicación provisional de los tratados, su perfeccionamiento y su publicación y;
- e) Retirar la reserva que hizo el Estado peruano al artículo 25 de la Convención de Viena de 1969.³²

32. De conformidad con el artículo 22 de la citada Convención.