

Las presunciones erróneas de la Corte Suprema del Perú: Efecto directo y supremacía de los Tratados de Derecho Interno

The incorrect presumptions of the Peruvian Supreme Court: Self-executing effects and supremacy of the treaties in the domestic law

¹Alberto Blas Rivera

¹ Universidad Católica de Trujillo “Benedicto XVI”

ORCID de Autora:

¹A. Blas (<https://orcid.org/0009-0000-8899-5142>)

Fecha de recepción: 09 04 2025

Fecha de aceptación: 12 05 2025

DOI: <https://doi.org/10.46363/derecho.v3i1.7>

RESUMEN

En Perú se ha prestado poca atención al análisis de los tratados que no se refieren a los derechos humanos. En especial, se han pasado por alto las circunstancias en las que estos tratados despliegan sus efectos dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Lamentablemente, la ausencia de reflexión a este respecto ha llevado a la Corte Suprema (y, en general, a las autoridades de los tres poderes del Estado) a concluir, instintivamente, que en aplicación del artículo 55 de la Constitución de 1993, estos tratados pueden ser invocados por las personas ante la administración pública y los

jueces nacionales; y, además, tendrían supremacía sobre nuestras normas internas. Este artículo, sirviéndose de la metodología de análisis de Sentencias, busca determinar desde la perspectiva del derecho internacional si, contrariamente a la creencia de nuestras autoridades, eventualmente las normas nacionales podrían primar sobre los tratados; y si acaso es posible que algunos de los tratados vigentes, por su naturaleza, carezcan de aplicabilidad directa en el derecho interno peruano, a pesar de que, a primera impresión, nuestra Constitución pareciera sugerir algo distinto.

Palabras clave: Efecto directo – tratados – pacta sun servanda – primacía, responsabilidad internacional - artículo 55 – normas internas

¹ Magister en Derecho Internacional y Derecho Europeo por la Universidad de Aix- Marsella – Francia. Master 1 en Derecho Internacional por la Universidad de burdeos – Francia. Bachiller en Derecho y Titulado como Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogado y Docente Universitario del Curso de Derecho Internacional Público y Derecho Administrativo en la Universidad Católica de Trujillo Benedicto XVI.

ABSTRACT

In Peru, insufficient attention has been given to the analysis of treaties that do not pertain to human rights. Specifically, the circumstances under which these treaties take effect within our legal system have been largely overlooked. This lack of scrutiny has led the Supreme Court (and also the other authorities across the three branches of government) to instinctively conclude that, in accordance with Article 55 of the 1993 Constitution, these treaties can be invoked by individuals before public administration and national judges, and

that they would take precedence over our internal laws. This article employs the methodology of Judgment Analysis to explore, from the perspective of international law, whether national norms could, contrary to the belief of our authorities, ultimately take precedence over treaties. Additionally, it examines whether certain current treaties, by their nature, lack direct applicability in Peruvian domestic law, despite the initial impression that our Constitution suggests otherwise.

Keywords: Self- executing, treaties, pacta sunt servanda, supremacy, international responsibility – article 55 – municipal law



Este artículo está publicado bajo la licencia [CC BY 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/)

INTRODUCCIÓN

Cuenta una improbable anécdota procesal que «un juez medieval interrumpió el discurso desmedido de un abogado con la recriminación Venite ad factum, iura novit curia ('vaya al hecho, el tribunal conoce el derecho')» (RAE, 2017). En Perú, si bien el principio de iura novit curia está reconocido dentro del ordenamiento jurídico, su noble finalidad no tiene correlato con la realidad. Para quienes litigamos es frustrante comprobar que con frecuencia es errado asumir que nuestros jueces conocen el derecho. Este desconocimiento es más notorio cuando se enfrentan a normas nacidas en el derecho internacional que tienen incidencia en el ordenamiento jurídico interno. Un ejemplo claro de esto es la sentencia de Casación n.º 3219-2010 LIMA del 17 de mayo de 2012, publicada el 1 de julio de 2013 en el Diario Oficial «El Peruano» (en adelante, sentencia de casación) emitida por la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú (en adelante, Sala de Casación).

En el caso en mención se constató que en 1982 entró en vigor entre Perú y Colombia el «Protocolo modificatorio del Convenio de Cooperación Aduanera peruano – colombiano de 1938» (en adelante, Protocolo de 1981¹). Mediante este

protocolo ambos Estados se obligaron mutuamente a exonerar de tributos a las importaciones de ciertos bienes que se hicieran hacia la amazonia peruano - colombiana. Entre los bienes exonerados de tributos se encuentra el «arroz pilado». Posteriormente, estando vigente este tratado, en el 2004 el Estado peruano creó por ley un impuesto aplicable a la venta de «arroz pilado» en el territorio peruano. Un año después, en el 2005, cuando este marco normativo ya se encontraba vigente, un administrado peruano importó «arroz pilado» desde la amazonia colombiana hacia la peruana. Ante este hecho, la administración pública peruana aplicó a la referida importación el impuesto a la venta creado por la ley de 2004. Sin embargo, para el administrado peruano la actuación la administración pública peruana era errónea, ya que, según él, su importación se regía por lo regulado en el Protocolo de 1981 y, en consecuencia, estaba exonerada de tributos. Por esta razón, el administrado peruano demandó a la administración pública peruana ante el poder judicial, invocando el Protocolo de 1981.

Mediante sentencia del 19 de marzo de 2008, la demanda fue declarada fundada en primera instancia. La administración pública apeló esta sentencia, y en segunda instancia la

¹ El Protocolo de 1981 es un acuerdo internacional; por lo que, pertenece a la categoría genérica de tratado, según la definición establecida en el literal a) del numeral 1 del artículo 2 de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados. Al respecto, la Corte Internacional de Justicia ha señalado en el caso de Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Catar y Baréin que «(...) un *accord international* peut prendre des formes variées et se

présenter sous des dénominations diverses» (1994, p. 112, §23.) En el presente comentario emplearemos indistintamente el término «tratado» o «Protocolo de 1981» para referirnos a la norma aplicada por la Sala de Casación.

Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú la confirmó mediante su sentencia del 10 de marzo de 2010, interpretando que el impuesto creado por la ley de 2004 tiene naturaleza jurídica de derecho arancelario y, por lo tanto, entraba en conflicto con lo dispuesto en el Protocolo de 1981. La administración pública recurrió en casación esta última sentencia, argumentando que la Ley de 2004 no entra en conflicto con el Protocolo de 1981, ya que este último permite a cada Estado parte —en este caso al Estado peruano— crear tributos que no tengan naturaleza jurídica arancelaria, y la Ley de 2004, en su opinión, no crea derechos arancelarios; por lo que, resultaba aplicable a la importación del demandante. A pesar de lo argumentado, la Sala de Casación declaró infundado el referido recurso. La Sala, asumiendo que existía conflicto normativo, se planteó como problema jurídico a resolver el determinar si en nuestro

1. UN ANÁLISIS NACIONAL INEXISTENTE RESPECTO DE LA APLICABILIDAD DIRECTA DE TRATADOS EN EL DERECHO INTERNO

En esta sentencia, la Sala de Casación concluye que «la Ley N.º 28211 contraviene el texto y el espíritu del convenio» (Casación 3219-2010 LIMA del 17 de mayo de 2012. FJ. 6), es decir, afirma que existe un conflicto normativo entre el Protocolo de 1981 y la Ley de 2004. Este tipo de conflicto, de existir, solo puede ser apreciado desde la

ordenamiento jurídico es posible que una ley modifique o deje sin efecto la vigencia de un tratado, respondiéndose rápidamente de forma negativa al afirmar que en nuestro derecho interno «la Ley no puede modificar ni dejar sin efecto la vigencia (...) [del tratado], a no ser que se haga mediante el procedimiento establecido en el artículo 57 de la Constitución Política del Estado [denuncia de tratados]» (Casación 3219-2010 LIMA del 17 de mayo de 2012, FJ. 6). La Sala llega a esta conclusión equivocada luego movilizar conceptos del derecho internacional, que supuestamente sustentarían una primacía inherente de los tratados sobre nuestras normas internas (Título 2). Al enfocarse en ello, pasó por alto analizar, previamente, si el Protocolo de 1981 podía entrar en conflicto con la Ley de 2004, es decir, si tenía efecto directo (o aplicabilidad directa) en nuestro ordenamiento jurídico (Título 1).

perspectiva de nuestro derecho interno, pues desde el derecho internacional, como afirma Hélène Raspail, todo conflicto entre tratados y leyes es calificado como un «hecho internacionalmente ilícito del Estado» y no propiamente como un «conflicto normativo» (2013, p. 3). Esto obedece a que, en el derecho internacional la ley de un Estado es calificada como un simple «hecho» y no como una norma jurídica². En

² Tribunal Permanente de Justicia Internacional en el Caso relativo a ciertos intereses alemanes en la Alta Silesia polaca:

cambio, en el derecho interno peruano es posible que un tratado entre en conflicto normativo con alguna ley, toda vez que ambos son calificados como normas jurídicas. En efecto, el artículo 55³ de la Constitución de 1993 dispone que los tratados que celebra el Estado peruano, y que se encuentran en vigor, se insertan como fuentes normativas en el ordenamiento jurídico nacional.

Ahora bien, según nuestro Tribunal Constitucional, en nuestro ordenamiento jurídico existe conflicto normativo cuando dos o más normas jurídicas prescriben soluciones incompatibles entre sí, y, en consecuencia, el cumplimiento o aplicación de una de ellas implica necesariamente la violación de la otra (Expediente N.º 047-2004-AI/TC del 24 de abril de 2006, FJ. 51). Es por ello que cuando la Sala de Casación concluye que existe antinomia o conflicto normativo entre el Protocolo de 1981 y la Ley de 2004, necesariamente está asumiendo que ambas normas jurídicas son aplicables en el ordenamiento jurídico peruano (o al menos para el caso en concreto) e igualmente invocables por el administrado ante nuestros tribunales.

Sin embargo, asumir, como lo hace la Sala de Casación, que el Protocolo de 1981 (y en general todo tratado) es invocable y aplicable en nuestro

sistema jurídico, por la sola existencia del antes mencionado artículo 55 de nuestra Constitución de 1993, sin analizar otros aspectos, es un error. Esta presunción errónea explica por qué a la Sala le bastó constatar que el Protocolo de 1981 fue celebrado por el Estado peruano y que actualmente se encuentra vigente para pasar directamente a analizar si entraba en conflicto normativo con la ley de 2004. Este razonamiento olvida que ni siquiera todas las normas de origen interno pueden ser invocables por los administrados y aplicables por los juzgados, por el solo hecho de formar parte de nuestro ordenamiento jurídico nacional o estar vigentes. Por ejemplo, esto ocurre, según nuestro Tribunal Constitucional, con las normas heteroaplicativas y aquellas que están en situación de *vacatio legis*, respecto de las cuales él se ha pronunciado, respectivamente, en sus sentencias recaídas en los expedientes N.º 04613-2022-PA/TC Lima (Caso: Cía. Industrial Nuevo Mundo S.A. y Otros, fundamentos 2 y siguientes) y N.º 03389-2021-PA/TC Huaura (Caso: Augusto Alfredo Flores Marín, fundamentos 46 y siguientes). Adicionalmente a los casos señalados por el Tribunal Constitucional, no debemos perder de vista que también existen normas jurídicas que por su naturaleza tampoco pueden ser invocables por los administrados. Dentro de este grupo se encuentra, v. gr., la Ley de la Cuenta General de la República, la Ley de Presupuesto de la República o una ley autoritativa del Congreso de la República.

« Au regard du droit international et de la Cour qui en est l'organe, les lois nationales sont de simples faits, manifestations de la volonté et de l'activité des États, au même titre que les décisions judiciaires ou les mesures administratives ».

³ Constitución Política del Perú de 1993
Artículo 55.- Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.

Al igual que ocurre con las normas de origen interno, los tratados (en estricto sus disposiciones) que forman parte de nuestro derecho interno tampoco son necesariamente aplicables de manera inmediata, por el solo hecho de formar parte de nuestro ordenamiento jurídico. Tanto las normas internas como los tratados pueden resultar siendo no aplicables, ya que como acertadamente afirma Pascale Deumier: « Le fait d'être une norme

1.1. LA VALIDEZ DE TRATADOS EN EL DERECHO INTERNO COMO CONDICIÓN NECESARIA INSUFICIENTE

Los tratados son normas jurídicas que nacen en el seno del derecho internacional, tal como consta reconocido por la sociedad internacional en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia⁴. Debido a su origen, estas normas internacionales requieren pasar a formar parte del derecho interno de un Estado, vía incorporación o recepción, para que puedan adquirir fuerza normativa (generen efectos jurídicos) en su interior. La correcta incorporación o recepción del tratado, cumpliendo las condiciones que establezcan las normas internas del Estado, determina su validez en ordenamiento jurídico interno (su validez en el derecho internacional se

de droit positif mais de ne pas être applicable n'est pas une tare congénitale de la norme internationale » (2012, p.488). Para que un tratado sea aplicable en nuestro ordenamiento jurídico, previamente se debe verificar su validez (Subtítulo 1.1) y el cumplimiento de los criterios necesarios que se exigen para que sea invocado y aplicado tanto por la administración pública como por el juez nacional (Subtítulo 1.2)

rige por las normas internacionales aplicables: costumbre internacional y la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados de 1969).

Cada Estado tiene pues la competencia exclusiva para establecer la forma en la que la incorporación o recepción del tratado en su ordenamiento jurídico interno se ha de llevar a cabo. Como consecuencia de esto, también tiene la competencia exclusiva para determinar la validez del tratado en dicho ordenamiento jurídico nacional. Esto es así, ya que en el derecho internacional —que es un sistema jurídico estatocentrista, donde el dogma de base es la soberanía del Estado— no existe (y tampoco podría existir) algún principio que disponga la validez automática de los tratados en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados parte. Por lo tanto, dicho análisis de validez escapa al derecho internacional.

Se podría argumentar en contra de esto último que, a nivel jurisprudencial, en los casos La Grand y Avena, la Corte Internacional de Justicia reconoció que un tratado

⁴ Statut de la Cour Internationale de Justice Article 38

1. La Cour, dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis, applique :

a. Les conventions internationales, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les Etats en litige ;

(...).

(el párrafo 1 del artículo 36 de la convención de Viena de 1963 sobre las relaciones consulares) puede crear directamente derechos a favor de los individuos, los cuales debían ser respetados por las autoridades de los Estados parte (2001, §77; y 2004, §40 y §63). Es decir, se podría pensar que la Corte reconoció tácitamente la validez automática de este tratado (o parte de él) en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados parte. Empero, consideramos que tal afirmación sería incorrecta, pues, dado que para el derecho internacional las normas jurídicas internas de los Estados no son más que puros hechos, la Corte no necesitaba llegar tan lejos (y por eso no lo hizo) para determinar la responsabilidad internacional de los Estados Unidos de América por la violación cometida por sus autoridades a la convención de Viena de 1963, al no respetar el derecho que este tratado establecía en el plano internacional, a favor de los hermanos LaGrand, del señor Avena, entre otros.

En síntesis, la manera en la que un tratado es recibido o se incorpora en el derecho interno de un Estado, y, por ende, su validez, lo define el propio Estado (Combacau y Sur, 2019, p. 216), a partir de la postura que éste haya asumido respecto del derecho internacional. A este respecto resulta ilustrativo lo informado en el 2010 por el Consejo federal suizo a su Asamblea Federal:

Il relève du choix politique de chaque Etat de décider si le droit international a force de loi immédiate à l'intérieur de ses

frontières ou s'il doit être repris dans un acte normatif du droit interne. La théorie juridique oppose deux grands systèmes, le monisme et le dualisme. (2010, p. 2088)

Como bien señala el Consejo Federal suizo, existen dos teorías bastante conocidas que intentan explicar la postura que podría asumir el Estado para recibir o incorporar en su ordenamiento jurídico interno al derecho internacional, a decir, las teorías dualista y monista:

Le monisme repose sur l'idée, relevant de la philosophie du droit naturel, d'un ordre juridique unique et cohérent. Selon cette conception d'un droit uniforme, les règles du droit international deviennent automatiquement partie intégrante du droit national (« adoption ») (Conseil fédéral suisse, 2010, p. 2088).

En esa misma línea, Hans Kelsen explica que la postura monista admite una cierta unidad entre el derecho interno y el derecho internacional, comprendiéndolos en un sistema universal (1926, p. 275). Jean Combacau y Serge Sur agregan que, bajo esta concepción, el derecho interno e internacional forman un solo cuerpo de normas en el que el tratado es, a la vez, parte del derecho interno, es decir, es válido en el ordenamiento jurídico estatal y es aplicado conjuntamente con las normas internas, por los mismos órganos estatales a los mismos sujetos (2019, p. 217). Robert Kolb, sigue la misma idea general, señalando que:

For the monist system,

international law and municipal law are separate legal orders (as are also federal law and state law); however, both pertain to a common overarching legal system. (...). The consequence of monism is that the treaty will be automatically applicable on the territory of the State at the very moment it internationally enters into force. No municipal organ is required to do something particular to this effect. (...). In short, the treaty is considered to be automatically 'part of the law of the land'. In technical terms, there is a general norm of the municipal system which automatically makes applicable any treaty in force within internal law. There is no dualistic transformation but only monistic 'reception'. (...). (2016, pp. 168-169)

Como es de ver, adoptar una postura monista equivale a admitir únicamente que el derecho internacional forma parte del derecho interno. Sin embargo, en cuanto a su contenido, las normas internacionales podrían tener como destinatario directo de su regulación o bien a los propios Estados parte o, eventualmente, a los sujetos de derecho interno del Estado (particulares), estableciendo directamente derechos y obligaciones para ellos.

Contrariamente a la postura monista, en la visión dualista, explica Hans Kelsen, el derecho interno y el internacional se consideran como dos sistemas de normas independientes, diferentes el uno del otro (1926, p.

275). Sobre este punto, el Consejo Federal suizo explica que:

Le dualisme trouve ses racines dans les nationalismes du 19e s. : à cette époque où plusieurs pays réalisèrent leur unification, l'Etat national semblait la puissance suprême qui n'avait aucun compte à rendre à l'extérieur. Dans la théorie dualiste, le droit international et le droit interne naissent de sources différentes, le premier d'un processus international, le second de l'action du pouvoir législatif de chaque Etat. Il s'agit de deux ordres juridiques distincts qui peuvent se toucher mais ne se recoupent pas. (2010, p. 2088)

Por su parte, Jean Combacau y Serge Sur precisan que, bajo la teoría dualista, el derecho interno y el internacional se aplican a sujetos y situaciones jurídicas diferentes. Los tratados no establecen directamente ni derechos ni obligaciones para los particulares porque estos no son sus destinatarios, sino los Estados (en específico, a sus órganos a cargo de las relaciones internacionales). Para que los tratados produzcan efectos jurídicos en el derecho interno se requiere que sean recibidos por este último, es decir, introducidos en el derecho interno mediante un acto interno especial, como la promulgación, o, en general, mediante toda disposición interna que prevea sus condiciones de aplicación. Adicionalmente, las disposiciones del tratado deben ser transpuestas o trasladadas a instrumentos internos que las vuelvan

eficaces respecto de los particulares (sujetos de derecho interno), por ejemplo, a través de una ley o un reglamento (2019, p. 217).

Robert Kolb resume la visión dualista de la siguiente manera:

For dualism, international law and municipal law are neatly separated legal orders. The one is for inter-State relations (external relations), the other for intra-State dealings (internal regulation). Introducing the former into the latter supposes therefore a specific legal act within municipal law whereby the treaty norms are 'transformed' into municipal law. The necessary legal act is typically an Act of Parliament. The Act will reproduce the content of the treaty and make it applicable on the territory of the State under the ordinary sources of municipal law. (2016, p. 168)

En nuestro sistema jurídico, a nivel doctrinario existe discrepancia sobre la posición que ha adoptado el Estado peruano frente al derecho internacional, en específico respecto de los tratados. Marcial Rubio Correa, por ejemplo, es de la opinión que el artículo 55 de nuestra Constitución interpretado en concordancia con la Ley 26647 es dualista (1999, p. 161); mientras que, Susana Mosquera Monelos, a partir de la misma disposición, afirma que el Estado peruano es formalmente monista (2015, p 66).

A pesar de la discrepancia de nuestra doctrina, la jurisprudencia ha defendido de manera uniforme una

posición monista⁵. Quizás, debido a esto, en el presente caso la Sala de Casación omitió voluntariamente pronunciarse al respecto y asumió la validez automática del Protocolo de 1981 en nuestro ordenamiento jurídico. De ser así, y sin considerar que la postura monista admite dos vertientes con resultados diferentes (monismo con primacía del derecho interno o del derecho internacional), la Sala ha pasado por alto que la validez del tratado en nuestro derecho interno es una condición necesaria, pero insuficiente para concluir su aplicabilidad. Como bien apunta Christian Behrendt, incluso en un sistema monista la validez inmediata del tratado no es suficiente para que los particulares puedan exigir su aplicación (invocabilidad) en el derecho interno, se necesita además que el tratado este dotado de efecto directo⁶ (Behrendt, Christian, 2010, p. 873).

Es decir, aun en la hipótesis que, efectivamente, nuestro ordenamiento jurídico haya adoptado una aproximación monista frente al derecho internacional (lo cual no es unánime a nivel doctrinario), la validez automática de los tratados no es suficiente para concluir su

⁵ Tribunal Constitucional. Sentencia del pleno jurisdiccional del 24 de abril de 2006, expediente 047-2004-AI/TC, FJ. 21; Poder Judicial. Casación N.º 634-2015 LIMA. Sentencia: 28 de junio de 2016, considerando sexto; Poder Judicial. Casación Laboral N.º 04265-2020 ICA. Sentencia: 1 de diciembre de 2021, considerandos quinto, sexto y séptimo.

⁶ « Il convient cependant de signaler, pour éviter toute confusion, que même dans un système moniste, les particuliers ne peuvent pas exiger l'application de toute norme internationale. En effet, pour qu'un particulier puisse exiger l'application d'une règle internationale donnée, il faut non seulement qu'il se trouve dans un Etat moniste, mais il faut en outre que la norme invoquée revête une qualité particulière, à savoir soit dotée de l'effet direct. »

invocabilidad ante las autoridades de los tres poderes del Estado ni aplicabilidad directa en nuestro ordenamiento jurídico interno, pues

1.2. EL EFECTO DIRECTO DE TRATADOS EN EL DERECHO INTERNO COMO CONDICIÓN NECESARIA ADICIONAL

Siguiendo la definición de Joe Verhoeven, entendemos por «aplicabilidad directa» o «efecto directo» la aptitud que tiene una norma jurídica internacional para conferir, por sí misma y sin requerir alguna medida interna de ejecución, derechos a los particulares, que ellos mismos puedan reclamar ante las autoridades administrativas y judiciales del Estado donde la norma internacional está en vigor⁷ (1980-2, p. 243). Tal como afirma Bérangère Taxil, en esta definición se mezclan dos elementos. De un lado, se establece un criterio objetivo relacionado con el grado de normatividad que debe tener el tratado: para que la norma jurídica internacional sea de aplicabilidad inmediata no debe necesitar de alguna medida interna para su ejecución (self-executing). De otro lado, también se establece un criterio subjetivo relacionado con el destinatario directo de la norma jurídica internacional: para que el tratado tenga efecto directo debe crear por sí mismo un derecho

para que ello ocurra debe verificarse si, además, cuentan con «efecto directo».

subjetivo a favor de los individuos, el cual puede ser invocable por ellos mismos⁸ (2007, p. 159).

Respecto del criterio subjetivo que identifica Bérangère Taxil, debemos recordar que, tal como lo manifestó en su momento la Corte Permanente de Justicia Internacional, en el derecho internacional hay un principio bien establecido según el cual un tratado no puede, como tal, crear directamente derechos y obligaciones para los particulares. Sin embargo, agregó la Corte, no podríamos contestar que la intención de las partes contratantes sea justamente que el objeto mismo del tratado sea la creación de derechos y obligaciones para los individuos, los cuales puedan ser aplicables por los tribunales nacionales⁹ (1928, pp. 17-

⁷ « Traditionnellement, l'applicabilité directe peut être entendue de l'aptitude d'une règle de droit international à conférer par elle-même aux particuliers, sans requérir aucune mesure interne d'exécution, des droits dont ils puissent se prévaloir devant les autorités (juridictionnelles) de l'État où cette règle est en vigueur. »

⁸ « Deux éléments se mêlent dans cette définition : d'une part, la règle internationale ne nécessite pas de mesure interne d'exécution, elle est alors d'applicabilité immédiate ; d'autre part, elle crée d'elle-même un droit subjectif invocable pour et par le particulier : elle est aussi d'effet direct. Les deux critères sont ainsi posés, qui sont analysés par les juges.

Le premier est le critère objectif du degré de « normativité » du traité : c'est celui du caractère self-executing aux États-Unis, que l'on peut rapprocher de l'exigence française d'une norme précise et complète. (...).

Le second critère est celui de l'objet de la norme : crée-t-elle des droits subjectifs pour des individus, qu'elle prendrait donc pour destinataires directs ? Ce critère subjectif du destinataire est également utilisé de chaque côté de l'atlantique. »

⁹ « Selon un principe de droit international bien établi, (...), [un] accord international, ne peut, comme tel, créer directement des droits et des obligations pour des particuliers. Mais on ne saurait contester que l'objet même d'un accord international, dans l'intention des Parties contractantes, puisse être l'adoption, par les Parties, de règles déterminées, créant des droits et obligations pour des individus, et susceptibles d'être appliquées par les tribunaux nationaux. »

18). Es decir, la Corte reconocería que un tratado puede establecer que los sujetos de derecho interno sean los destinatarios finales de su regulación¹⁰.

En la práctica se constata que ciertos tratados niegan expresamente cualquier posibilidad de efecto directo, al establecer directamente que el destinatario final de su regulación no son los sujetos de derecho interno sino los propios Estados parte, ya que regulan situaciones que incumben, exclusivamente, a estos últimos, a través de su organización estatal. Esto ocurre, v. gr., en el Acuerdo Comercial Perú – Unión Europea, en cuyo Anexo VIII (Listas de Compromisos sobre Suministro Transfronterizo de Servicios), Sección C, punto 6, los propios Estados parte han dejado constancia de que «Los derechos y obligaciones que emanan de la (...) lista de compromisos [entre el Perú y la Unión Europea] no tendrán eficacia directa y, por consiguiente, no conferirán derechos directamente a las personas físicas ni jurídicas.»

También existen tratados que no mencionan expresamente los destinatarios directos de sus disposiciones. Aquí, cabe recordar que al ser los Estados parte los únicos que se encuentran a cargo de la interpretación y cumplimiento de las obligaciones internacionales que ellos mismos han asumido (Combacau, Jean y Sur, Serge, 2019, p. 216), entonces, son los propios

Estados parte, a través de su administración pública o de sus juzgados, quienes deberán determinar si dichas obligaciones les incumben exclusivamente a ellos, o si, por el contrario, conciernen directamente a sus sujetos internos y, eventualmente, pueden ser aplicadas e invocadas en el seno de su ordenamiento jurídico interno. Para ello, los Estados deberán interpretar el texto del tratado siguiendo las reglas establecidas en el artículo 31 de la Convención de Viena de 1969, la cual forma parte de la costumbre internacional, según lo señalado por la Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva sobre las Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado (2004, p. 136 § 94).

A título de ejemplo de este tipo de tratados, constatamos que la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados de 1969 no menciona expresamente que excluye como destinatarios de su reglamentación a los sujetos de derecho interno de los Estados parte, pero esto se deduce del hecho que dicho tratado regula situaciones que incumben exclusivamente a los Estados parte. Al respecto, Robert Kolb acertadamente expone lo siguiente:

There are some treaties which apply exclusively, or to a very large extent, at inter-State level. For example, this is the case of the VCLT of 1969 [Vienna Convention on the Law of Treaties]. It regulates the conclusion, managing,

¹⁰ Para una postura en contrario: Les grandes décisions de la jurisprudence internationale. Deuxième édition. Paris : Dalloz, 2021, pp. 147-166.

functioning and termination of treaties on the international plane, that is, in relations among States. As a consequence, an individual cannot invoke the VCLT to his benefit in an internal forum. (2016, p. 166.)

Por el contrario, existen otros tratados, como los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI), los Tratados sobre derecho humanos, entre otros, que constituyen un ejemplo de tratados que, si bien no mencionan expresamente los destinatarios directos de sus disposiciones, a partir de la interpretación de sus disposiciones se puede concluir que crean derechos y obligaciones cuyos destinatarios son sus propios sujetos de derecho interno.

En la sentencia bajo comentario, se constata que la Sala de Casación ni siquiera evaluó si el Protocolo de 1981, en su conjunto o parte de sus artículos, perseguía o no implementar derechos a favor de los sujetos de derecho interno de Perú y Colombia, que puedan ser invocables en nuestro ordenamiento jurídico. De haberlo hecho, la Sala hubiera caído en cuenta que, a partir de lo constatado en el Considerando Cuarto de su sentencia, el Protocolo de 1981 establecía obligaciones a cargo exclusivamente de los propios Estados parte (Perú y Colombia), careciendo del mencionado criterio subjetivo; por lo que, se podía concluir que no gozaba de aplicabilidad directa:

Cuarto: Que, (...) el artículo sexto del Protocolo en mención prescribe: Los dos países

convienen en exonerar totalmente de gravámenes a las importaciones de productos originados y provenientes de los territorios en que tiene aplicación el presente protocolo. Asimismo, el artículo sétimo establece que se adoptará [los Estados] un régimen de libre importación para las mercaderías que se importen para la zona de aplicación del presente protocolo. El artículo octavo, apartado noveno, estipula que los gravámenes que fija el arancel común son únicos y podrán establecerse otra clase de gravámenes aplicables a la importación, excepto los pagos correspondientes a las tasas por servicios prestados y los impuestos internos establecidos por la legislación de cada país».

Otro punto que no fue abordado en esta sentencia, y hubiera sido interesante que la Corte Suprema lo estudie y se pronuncie, es el determinar si, en el ordenamiento jurídico peruano, los conceptos de «normas heteroaplicativas y autoaplicativas», empleados por nuestro Tribunal Constitucional en los procesos de amparo contra normas¹¹, también resultan aplicables

¹¹ Expediente N.º 04613-2022-PA/TC LIMA. Compañía Industrial Nuevo Mundo S.A. y Otros. Fundamentos 2 y 3:

«2. (...) Una norma heteroaplicativa es aquella cuya aplicabilidad no es dependiente de su sola vigencia, sino de la verificación de un posterior evento, sin cuya existencia la norma carecerá, indefectiblemente, de eficacia, esto es, de capacidad de subsumir, por sí misma, algún supuesto fáctico en su supuesto normativo. Es evidente que en tales casos no podrá alegarse la existencia de una amenaza cierta e inminente de afectación a los derechos fundamentales, ni menos aún la existencia actual de un acto lesivo de tales derechos.

fuera de dichos procesos constitucionales, específicamente para identificar si los tratados cumplen con el llamado criterio objetivo que señala Bérangère Taxil. Cabe recordar que, según el Tribunal Constitucional, se entiende por normas heteroaplicativas aquellas que «carecen de eficacia directa frente a las personas o las entidades que se encuentran sometidas a su regulación, pues requieren necesariamente contar con reglamentación y/o actos de implementación o aplicación» (Expediente N.º 01547-2014-PA/TC del 22 de marzo de 2016., FJ 26). En nuestra opinión, no hay impedimento conceptual para no utilizar estas categorías jurídicas al analizar si un tratado cumple con el mencionado criterio objetivo.

En resumen, como consecuencia de la falta de efecto directo del Protocolo de 1981 en nuestro ordenamiento jurídico, por carecer del criterio subjetivo, la Sala debió concluir que esta norma internacional, aun siendo válida en el derecho interno (bajo una visión monista), en estricto, no podía entrar en conflicto con la Ley de 2004, siendo esta última norma, la única aplicable para resolver el litigio sometido a su jurisdicción y; por tanto, era innecesario abocarse a crear una regla de solución de conflictos entre tratados y leyes. Ahora bien, incluso en el supuesto negado que, efectivamente, hubiera existido un conflicto normativo entre

el tratado en mención y la Ley de 2004, constatamos que las razones y el análisis que expone la Sala de Casación en su sentencia para concluir que todos los tratados priman sobre nuestras leyes resultan equivocadas.

3. Distinto es el caso de las denominadas normas autoaplicativas, es decir, aquellas cuya aplicabilidad, una vez que han entrado en vigencia, resulta inmediata e incondicionada. (...)).».

2. UN ANÁLISIS INTERNACIONAL ERRÓNEO RESPECTO DE LA PRIMACÍA DE LOS TRATADOS SOBRE LAS NORMAS INTERNAS

La Sala de Casación buscó establecer una regla de solución de conflictos entre tratados y leyes, luego de constatar que nuestra Constitución Política vigente «no establece de manera expresa la forma de solucionar los conflictos que se presentan entre un Tratado y una Ley» (Casación 3219-2010 LIMA del 17 de mayo de 2012, FJ. 9). La Constitución vigente, a diferencia de lo que estableció en su momento la Constitución Política del Perú de 1979 en su artículo 101¹², no ha recogido regla alguna que disponga, expresa o tácitamente, que los tratados prevalecen sobre nuestras leyes. Si bien es cierto, en la propuesta inicial del ahora artículo 55 de nuestra Constitución se recogía casi el mismo texto que el referido artículo 101 de la Constitución de 1979, incluyendo una regla de solución de conflictos entre tratados y leyes, en la redacción que finalmente se aprobó se eliminó esto último. El texto inicialmente propuesto y debatido en el pleno del Congreso Constituyente Democrático era el siguiente:

Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalece el primero, bajo

reserva de que el mismo principio sea aceptado por la otra u otras partes contratantes. (Congreso de la República, 1998, p. 720)

Lo que el texto citado denomina reserva, en realidad era una condición de reciprocidad que fue agregada a sugerencia de Enrique Chirinos Soto, después de que «El embajador Belaúnde [Moreyra], (...), [les] hizo ver [en la Comisión de Constitución y de Reglamento] que establecer la prevalencia del tratado sobre la ley, sin más, era un obsequio [innecesario] del derecho interno al derecho internacional» (Congreso de la República, 1998, p. 723). Al final, a pesar de los esfuerzos de Chirinos Soto, el pleno del Congreso Constituyente, guiados por un nefasto análisis del Centro Peruano de Estudios Internacionales (CEPEI), modificó la propuesta, quedando redactada tal como la conocemos en el vigente artículo 55 de la Constitución: «Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional». Desde nuestra perspectiva, en el presente caso, no era necesario buscar una regla de solución de conflictos entre tratados y leyes para resolver la antinomia que supuestamente se presentaba entre ambas normas, pues si tenemos en cuenta «[q]ue, la Constitución Política del Estado vigente otorga (...) rango de Ley a los Tratados» (Casación 3219-2010 LIMA del 17 de mayo de 2012, FJ. 9), entonces, sin necesidad de recurrir a una regla expresa, la Sala de Casación pudo aplicar directamente aquellos «criterios que

¹² Constitución Política del Perú de 1979
Artículo 101.- Los tratados internacionales celebrados por el Perú con otros Estados, forman parte del derecho nacional. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalece el primero.

realizan la coherencia [normativa] en el momento de aplicación del Derecho» (Expediente N.º 047-2004-AI/TC del 24 de abril de 2006., FJ. 47 y ss.), desarrollados por nuestro Tribunal Constitucional, y así definir si, en el caso en concreto, resultaba aplicable el Protocolo de 1981 o la Ley de 2004.

En cambio, la Sala, sin explicar las razones que tenía para inaplicar los criterios antes mencionados, prefirió valerse implícitamente del «principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley», recogido en el numeral 8¹³ del artículo 139 de nuestra Constitución de 1993, y ensayó como solución jurídica una supuesta primacía natural de los tratados sobre nuestras normas internas, al afirmar que «la Ley no puede modificar ni dejar sin efecto la vigencia del [Protocolo de 1981]» (Casación 3219-2010 LIMA del 17 de mayo de 2012, FJ. 6); sin caer en cuenta que su solución se sustentaba en una mala interpretación de los principios de «pacta sunt servanda» y de «primacía del derecho internacional» (Subtítulo 2.1), y de las normas sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (Subtítulo 2.2).

¹³ Constitución Política del Perú de 1993

Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...)

8. El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley.

En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario.

2.1. LA APLICACIÓN DE PRINCIPIOS DEL DERECHO INTERNACIONAL COMO JUSTIFICACIÓN INSUFICIENTE DE LA PRIMACÍA DE TRATADOS

La Sala de casación afirma en el considerando noveno de la sentencia bajo comentario que, en dicho caso, a falta de una regla en la Constitución que solucione los posibles conflictos entre tratados y leyes, «resulta de aplicación el aforismo “pacta sunt servanda”, esto es, que los pactos han de cumplirse» (Casación 3219-2010 LIMA del 17 de mayo de 2012, FJ. 9). Seguidamente, en el considerando décimo agrega a su razonamiento que, además:

[E]l artículo 27 de la Convención de Viena de mil novecientos sesenta y nueve (1969), suscrita por el Estado Peruano (...) y ratificada (...), prevé en lo inherente al “Derecho Interno y la observancia de los tratados” que una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado (Casación 3219-2010 LIMA del 17 de mayo de 2012, FJ. 10).

Si bien, en los considerandos citados la Sala no afirma expresamente que los principios de «pacta sunt servanda» y el recogido en el artículo 27 de la Convención de Viena de 1969, ambos principios del derecho internacional, son aplicables en nuestro ordenamiento jurídico interno, esto se desprende con claridad de su empleo para intentar justificar la supuesta primacía, en nuestro derecho interno, de los tratados sobre las leyes nacionales.

Por nuestra parte, consideramos que, contrariamente a lo que asume la Sala, los principios invocados no son de aplicación en el derecho interno, y menos aún buscan justificar la primacía de tratados sobre nuestras leyes internas.

Sobre el particular, cabe recordar que los principios generales de derecho internacional, al igual que la costumbre internacional, son fuentes del derecho internacional, tal como constan reconocidos en los literales b) y c) del numeral 1¹⁴ del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. En Perú, a diferencia de lo que sucede en otros Estados, v. gr., en Alemania, donde su Ley fundamental dispone que las normas del derecho internacional, incluido la costumbre y los principios generales del derecho internacional, forman parte de su ordenamiento jurídico¹⁵; la Constitución de 1993 solo reserva esa posibilidad a los tratados celebrados por el Estado peruano y en vigor (artículo 55). La inaplicabilidad en el ordenamiento jurídico peruano de otras fuentes de derecho internacional distintas al tratado ha sido expuesta por el ex

¹⁴ Statut de la Cour Internationale de Justice Article 38

1. La Cour, dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis, applique :
 - b. La coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit ;
 - c. Les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ;
- (...).

¹⁵ Ley Fundamental de la República Federal de Alemania del 23 de mayo de 1949 Artículo 25

[Derecho internacional y Derecho federal]
Las reglas generales del Derecho internacional público son parte integrante del Derecho federal. Tienen primacía sobre las leyes y crean directamente derechos y obligaciones para los habitantes del territorio federal.

magistrado del Tribunal Constitucional, Cesar Rodrigo Landa Arroyo, en su voto concurrente de la sentencia recaída en el expediente N.º 2689-2004-AA/TC, quien, refiriéndose a la costumbre internacional, señaló que:

[S]i bien en el ámbito del Derecho internacional público, la costumbre internacional puede generar responsabilidad internacional para aquellos Estados que no actuaron como objetores persistentes de la misma, el artículo 55 de la Constitución —que establece: "los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional"— no permite aplicar ahora, en el Derecho interno, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, mientras el Estado peruano no se haya adherido a ella. (Expediente N.º 2689-2004-AA/TC del 20 de enero de 2006, FJ. 9)

Como se puede observar en esta cita, el ex magistrado del Tribunal Constitucional concluye explícitamente que un tratado no ratificado por el Perú no es aplicable en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, implícitamente también reconoce que el artículo 55 de la Constitución de 1993 no ha regulado la posibilidad de que se aplique en nuestro derecho interno, a título de costumbre internacional, las reglas contenidas en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, es decir, la costumbre internacional no tiene vocación para formar parte de nuestro derecho interno. La afirmación del ex

magistrado Landa nos permite concluir que, en general, ninguna norma del derecho internacional distinta al tratado resulta aplicable en el ordenamiento jurídico peruano, pues el artículo 55 de la Constitución regula únicamente a este último. Por tanto, los principios generales de derecho internacional también son inaplicables en el ordenamiento jurídico peruano.

Debido a que la conclusión de la Sala de Casación contradice directamente la postura del ex magistrado del Tribunal Constitucional, era importante que la justifique, ya que, sin advertirlo, ha terminado ampliando los alcances del artículo 55 de nuestra Constitución, permitiendo, al menos teóricamente, que no solo los tratados tengan vocación a formar parte de nuestro derecho interno, sino también los principios generales del derecho y la costumbre internacional.

En cuanto a la función de fondo que cumple el principio de «pacta sunt servanda», Jean Combacau y Serge Sur señalan que, en el derecho internacional, este principio sirve para conferir autoridad jurídica a los tratados (2019, p. 149); y el «principio de primacía del derecho internacional», según el cual, el derecho interno de un Estado no le sirve para justificar su incumplimiento a alguna obligación internacional asumida, es simplemente el corolario de la aplicación del principio de «pacta sunt servanda» (Combacau, Jean y Sur, Serge, 2019, p. 112). Jean Combacau nos explica que el principio de «pacta sunt servanda» cumple este rol debido a que el

sistema internacional es anárquico, sin que por ello deje de ser un sistema legal (1991, p. 4).

Es anárquico dado que no existe, ni puede existir, un «super-Estado» que emita «leyes internacionales generales» aplicables a todos los Estados, y menos aún, que éstas tengan la función, como «derecho objetivo», de conceder efectos jurídicos a los actos convencionales de los Estados soberanos (Combacau, Jean, 1991, p. 4). Pero, esta anarquía no impide que el sistema internacional sea al mismo tiempo «legal», gracias a la aplicación del principio de «pacta sunt servanda», que impone a los Estados que tengan por derecho lo que ellos mismos han dicho que lo sea (Combacau, Jean, 1991, p. 5), otorgando a los tratados su sentido legal, al permitirles desplegar sus efectos jurídicos en el ámbito internacional (Combacau, Jean, 1991, p. 68).

En el mismo sentido, Dionisio Anzilotti afirma que la fuerza obligatoria de los tratados deriva del principio de pacta sunt servanda: los Estados deben respetar los acuerdos que concluyen entre ellos. Este principio se encuentra a la base de los tratados como normas jurídicas y, precisamente por ello, no es susceptible de demostración ulterior, desde el punto de vista de las normas mismas. Él debe ser tomado como un valor objetivo absoluto o, en otros términos, como la hipótesis primera e indemostrable a la cual se relaciona necesariamente este orden de conocimiento

humano¹⁶ (1929, pp. 43-44, §42).

Como es de ver, sin dejar de lado el hecho de que los principios invocados por la Sala de Casación no son aplicables en nuestro ordenamiento jurídico, desde el plano teórico, aquellos no permiten justificar una supremacía intrínseca de los tratados sobre nuestras normas internas, por el solo hecho de su origen internacional. Esto es tan cierto que, en nuestro ordenamiento jurídico, incluso un tratado puede ser declarado no conforme a la constitución, tal como lo señaló el Tribunal Constitucional en el fundamento 25 de su sentencia recaída en el expediente N.º 00002-2009-PI/TC¹⁷.

Asimismo, en el plano factico, tampoco existe sustento para afirmar que los principios invocados por la Sala de Casación justifican la

¹⁶ « La force obligatoire de ces normes [traités] dérive du principe que les Etats doivent respecter les accords conclus entre eux : pacta sunt servanda. Ce principe, précisément parce qu'il est à la base des normes dont nous parlons, n'est pas susceptible d'une démonstration ultérieure du point de vue de ces normes elles-mêmes : il doit être pris comme une valeur objective absolue ou, en d'autres termes, comme l'hypothèse première et indémontrable à laquelle se rattache d'une façon nécessaire cet ordre, comme tout autre ordre, de connaissances humaines. »

¹⁷ Expediente N.º 00002-2009-PI/TC. Fundamento 25: «25. No obstante, la declaración de incompatibilidad del literal a) del punto 11.1 O del ALC PERÚ-CHILE con el artículo 70º de la Constitución, requiere de una previa precisión, en la medida que el mencionado literal a), tiene una llamada número once a pie de página que dice: "Para los efectos de este artículo el término propósito público se refiere, en el caso de la Parte peruana a un concepto de derecho internacional consuetudinario. La legislación interna puede expresar este concepto o uno similar usando diferentes términos, tales como utilidad pública, necesidad pública o interés público". Si bien se incorpora a la necesidad pública en dicha nota, en cambio se deja de mencionar a la seguridad nacional en dicha relación. Lo cual hace que el literal a) del dicho artículo no sea plenamente conforme con el artículo 70º de la Constitución.»

primacía de tratados sobre normas internas, ya que, si ellos cumplieren la función que la Sala les atribuye, entonces, en mérito a su aplicación, todos los Estados que forman parte de la comunidad internacional deberían tener la misma regla interna de prevalencia de tratados sobre sus normas nacionales, pero la práctica internacional nos demuestra que ello no ocurre. Así queda demostrado, v. gr., en el estudio de 1993 de la Comisión de Venecia del Consejo de Europa¹⁸, donde informó que los Estados que analizó le otorgan a los tratados valor jurídico diverso, que va desde considerarlos inferiores a sus leyes hasta incluso verlos como superiores a su propia Constitución. La constatación de la Comisión fue resumida de la siguiente manera:

La valeur juridique des traités internationaux à l'intérieur des Etats varie sensiblement. Ainsi, leur position hiérarchique par rapport aux normes de droit interne est loin d'être la même. Les solutions nationales résultent tantôt de la Constitution elle-même (par exemple, France, Pays-Bas, Espagne, Grèce, Portugal), tantôt elles se sont dégagées de la pratique et notamment de la jurisprudence des Hautes Cours (Belgique, Italie, Suisse, Luxembourg, etc....). (1993, pp. 11-13)

Creemos que la argumentación y conclusión de la Sala de Casación en esta sentencia es un esfuerzo intelectual apresurado que busca

justificar una idea errónea que vive en el pensamiento de las autoridades de los tres poderes del Estado peruano y que, lamentablemente, se repite, casi como un mantra, en nuestra sociedad jurídica, según la cual, por exigencia del derecho internacional, todos los tratados necesariamente priman sobre nuestras leyes. Esta idea es incorrecta. Como ya hemos señalado, el derecho internacional no exige ni establece una supremacía natural de las normas internacionales sobre las normas de origen interno. Sin embargo, ello no excluye la posibilidad de que el propio Estado peruano decida, motu proprio, que los tratados tengan supremacía sobre nuestras leyes, tal como ya ocurrió con la regulación de la Constitución de 1979. Pero, no se puede justificar esta decisión en una supuesta exigencia del derecho internacional. Creer equivocadamente que el derecho internacional prima naturalmente sobre nuestro ordenamiento jurídico interno ha conllevado a que la Sala establezca una regla que termina sometiendo automáticamente nuestras leyes a los tratados. Continuar con esta creencia impedirá que toda regla en contrario que eventualmente se pueda incorporar en nuestra Constitución sea finalmente aplicable, contradiciendo de esta forma la jurisprudencia reiterada de nuestro Tribunal Constitucional, que indica que la Constitución es la norma jurídica suprema del Estado peruano ((Expediente N.º 047-2004-AI/TC del 24 de abril de 2006, FJ. 9).

Creemos que toda justificación sobre

¹⁸ El nombre formal es «Comisión europea para la democracia por el derecho», creada por el Consejo de Europa.

la primacía de los tratados en nuestro ordenamiento jurídico pasa por reconocer que es el propio Estado peruano, y no por exigencia del derecho internacional, quien históricamente ha decidido que los tratados primen sobre las leyes. Junto con este reconocimiento, consideramos que una solución más prudente de la Sala hubiera sido tomar en consideración el espíritu del texto del artículo 55 de nuestra Constitución, plasmada en el diario de debates del pleno del Congreso Constituyente Democrático, en la voz de Enrique Chirinos Soto:

Señor [p]residente, había dos escuelas: aquella según la cual el tratado prevalece sobre la ley; y la que yo me permití propugnar en la Comisión de Constitución y ahora en el Pleno del Congreso, con cargo a que la otra u otras partes contratantes acepten el mismo principio.

Me parece, sin embargo, que la solución que ha adoptado en mayoría la Comisión ahora es sabia, señor [p]residente. "Los tratados forman parte del derecho nacional". Punto. Será la construcción jurisprudencial la que establezca, en cada caso, si el tratado es bilateral o no. Si la otra parte contratante observa su principio o no, será ella la que establezca la prevalencia.

Y, por lo demás, hemos llegado a la misma fórmula de la Constitución española, que dice simplemente: "Los tratados forman parte del derecho interno". Punto. Este conflicto, esta discrepancia, esta

controversia será resuelta, en cada caso, si hiciera falta, por los jueces del Perú.

Lo que quiero es explicar que [,] en esta controversia, que creo ha dividido al Congreso, se ha buscado una solución razonable, equitativa y prudente; una solución que no sacrifica [,] ése era mi temor [,] el derecho interno al derecho internacional. (Congreso de la República, 1998, p. 738.)

Siguiendo esta postura, la Sala pudo matizar la regla creada señalando que en nuestro ordenamiento las leyes no pueden modificar ni dejar sin efecto la vigencia de un tratado; sin embargo, en atención al principio de «reciprocidad», todos los órganos que conforman el Estado peruano deberán inaplicar aquellos tratados que sean incumplidos por el otro Estado parte.

Nuestra propuesta, que recoge la preocupación que se tuvo en el seno del Congreso Constituyente, podría llevar a la doctrina nacional, toda o en parte, a pensar que el inaplicar un tratado generaría necesariamente la responsabilidad internacional del Estado peruano, tal como parece sugerir la Sala de Casación en el considerando noveno de la sentencia bajo comentario, al afirmar que:

[U]n Tratado debidamente perfeccionado entra en vigor, se convierte en una norma obligatoria para los Estados; ya no hay la menor posibilidad de desconocer sus efectos, porque si ello ocurriera, se pondría en peligro la estabilidad del ordenamiento internacional,

además de que el Estado [peruano] incurriría en responsabilidad internacional. (Casación 3219-2010 LIMA del 17 de mayo de 2012, FJ. 9)

Para comprender de qué manera nuestra propuesta se condice con el

2.2. LA POSIBLE RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO COMO JUSTIFICACIÓN INSUFICIENTE DE LA PRIMACÍA DE TRATADOS

En el derecho internacional, para determinar la responsabilidad internacional de un Estado y exigir el cumplimiento de la norma internacional afectada, no se sigue la misma dinámica que se sigue dentro de un Estado para determinar la responsabilidad de un individuo y exigirle el cumplimiento de la ley. Ello obedece a que, como señala Dionisio Anzilotti, la sociedad internacional y la sociedad nacional (al interior del Estado) tienen características distintas. Esta última está caracterizada por una relación de preeminencia del aparato estatal sobre los individuos y, a su vez, de subordinación de estos últimos al primero. Esto genera que los órganos estatales se encuentren por encima de los ciudadanos, algunos de ellos produciendo normas jurídicas (que parecen ser impuestas por una voluntad superior), y otros estando a cargo de la realización coercitiva de dichas normas (tribunales y organismos ejecutivos). En cambio, en la sociedad internacional, la norma jurídica internacional no es, ni puede ser, otra cosa que un acuerdo

derecho internacional, resulta necesario dedicarle algunas líneas al régimen jurídico de la responsabilidad internacional de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos.

entre iguales y, por esta razón, falta en gran parte o es rudimentario un aparato para la realización coercitiva del derecho internacional, dejando esto en manos del propio sujeto interesado (Estado), de suerte que es casi normal la autoprotección (1929, pp. 45-46, §44).

Siguiendo esta lógica, el «Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos» propone como regla general, en su artículo primero, que la responsabilidad internacional de un Estado (Estado responsable) se genera de un hecho internacionalmente ilícito cometido por este. Esta regla de base ha sido reconocida por la Corte Internacional de Justicia en el caso relativo al Proyecto Gabčíkovo – Nagymaros (1997, p. 35, § 47) y en su opinión consultiva sobre la interpretación de los tratados de paz concluidos con Bulgaria, Hungría y Rumanía (1950, p. 11). En esta regla se entiende por «hecho internacionalmente ilícito» un comportamiento, ya sea acción u omisión, que constituya una «violación» de una obligación internacional del Estado (literal b del artículo 2), sabiendo que la violación ocurre cuando el comportamiento del Estado no está en conformidad con lo que la obligación internacional le exige, sea cual fuere el origen o la

naturaleza de tal obligación (artículo 12).

Para poner en marcha la determinación de responsabilidad internacional, dado que la autoprotección es la regla en la sociedad internacional, el propio Estado lesionado tiene derecho a invocar la responsabilidad internacional del Estado responsable (artículo 42). Esto implica que los Estados contratantes son los únicos responsables de verificar si sus contrapartes están cumpliendo con sus obligaciones internacionales. En el caso del Protocolo de 1981, el Estado peruano es el único que puede y debe verificar si su contraparte viene cumpliendo las obligaciones internacionales asumidas. Si detectara que los está incumpliendo, puede invocar su responsabilidad, a fin de que ejecute la obligación violada (artículo 29). Incluso está habilitado a exigir su cumplimiento inaplicando el Protocolo de 1981, a título de contramedida (numerales 1 y 2 del artículo 49¹⁹). Este comportamiento estaría excluido de responsabilidad internacional, debido a que lo haría para inducir a su contraparte a cumplir con sus obligaciones, tal como lo establece el

¹⁹ **Proyecto de artículos de 2001, sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos**

Artículo 49.- Objeto y límites de las contramedidas

1. El Estado lesionado solamente podrá tomar contramedidas contra el Estado responsable del hecho internacionalmente ilícito con el objeto de inducirlo a cumplir las obligaciones que le incumban en virtud de lo dispuesto en la segunda parte.
2. Las contramedidas se limitarán al incumplimiento temporario de obligaciones internacionales que el Estado que toma tales medidas tiene con el Estado responsable.

artículo 22²⁰ del «Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos de 2001».

Como se puede observar, la interpretación que proponemos, empleando el principio de «reciprocidad» en la aplicación y ejecución de tratados²¹ en los casos que corresponda, no generaría responsabilidad internacional del Estado peruano frente a otro Estado por incumplimiento al tratado, al ser ésta una «contramedida» que constituye una circunstancia excluyente de ilicitud, motivada en el incumplimiento, previo, de la contraparte, tal como lo señaló la Corte Internacional de Justicia en el caso relativo al Proyecto Gabčíkovo – Nagymaros:

82. Bien qu'elle n'ait pas fait valoir à titre principal l'argumentation tirée des contre-mesures, puisqu'elle ne considère pas la variante C comme illicite, la Slovaquie a

²⁰ **Proyecto de artículos de 2001, sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos**

Artículo 22.- Contramedidas en razón de un hecho internacionalmente ilícito

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.

²¹ Respecto de «reciprocidad», en la aplicación y ejecución de tratados ver: Whelan, Arianna, 2023, pp. 56-57:

“(…), *reciprocity in execution relates to the continued observance of rules and the consequences of a violation. This can also be explained as reciprocity applying in the third stage of the “life” of a rule; in the first stage, it applies in the rule’s creation; secondly, within the rule itself, in how the parties fulfill the obligation it lays out; and thirdly, at the point of performance, or the consequence of nonperformance or breach by one of the parties.*”

déclaré que <la variante C pourrait être considérée comme une contre-mesure justifiée en réponse aux actes illicites de la Hongrie >.

La Cour, au paragraphe 78 ci-dessus, est parvenue à la conclusion que la Tchécoslovaquie a commis un acte internationalement illicite en mettant en service la variante C. Il lui faut donc à présent rechercher si cette illicéité peut être excusée au motif que la mesure ainsi adoptée l'aurait été en réaction au défaut préalable de la Hongrie de s'acquitter de ses obligations en vertu du droit international. (1997, p. 52, §82)

Teniendo en cuenta las características de la sociedad internacional y las normas que la rigen, resulta importante que nuestros jueces, como parte del Estado peruano, apliquen el principio de «reciprocidad» a aquellos tratados que sean invocados ante sus judicaturas, a fin de garantizar su cumplimiento. Para hacer efectiva esta labor, el Poder Judicial debería exigir una actuación más activa de nuestra cancillería, verificando el cumplimiento de la contraparte de los tratados (en estricto, de las obligaciones internacionales) que han celebrado con el Estado peruano, pues sin esta verificación, dichos tratados serán llanamente letra muerta, como ocurre, v. gr., con los tratados sobre reconocimiento de grados y títulos extranjeros que ha suscrito el Perú, los cuales, en su mayoría, vienen siendo incumplidos. Cabe mencionar que el Ministerio de

Relaciones Exteriores del Perú ha informado que, hasta el 28 de junio de 2023, el Estado peruano está vinculado por 2271 tratados bilaterales y 662 tratados multilaterales²², todos los cuales requieren de seguimiento por parte de nuestra cancillería para asegurar su cumplimiento.

Ahora bien, sin perjuicio de nuestra propuesta, aun en el supuesto negado de que, por inaplicar el Protocolo de 1981 y preferir la Ley de 2004, el Estado peruano hubiera sido el primero en incumplir las obligaciones internacionales que asumió, la Sala de Casación debió considerar que la responsabilidad internacional del Estado peruano no sería automática, pues invocarla es un derecho del Estado lesionado y no una obligación, al cual, en tanto Estado soberano, puede renunciar, incluso implícitamente. Así ha sido recogido en el artículo 45 del «Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos» de 2001, y a nivel jurisprudencial, la Corte Internacional de Justicia señaló, en el caso de Ciertas tierras fosfáticas en Nauru, lo siguiente:

La Cour reconnaît que, même en l'absence de disposition conventionnelle applicable, le retard d'un État demandeur peut rendre une requête irrecevable. Elle note cependant que le droit international n'impose pas à cet égard une limite de temps déterminée. La Cour doit par

²² Datos proporcionados por el Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú, a través de la Carta (TAI) N.º 0-2-B/367 del 29 de agosto de 2023

suite demander à la lumière des circonstances de chaque espèce si l'écoulement du temps rend une requête irrecevable. (1992, p. 247, par. 13)

Por último, en el presente caso, sin tomar en consideración si el Protocolo de 1981 es o no self-executing, en tanto que el administrado que invocó la aplicación de dicho tratado es de nacionalidad peruana, la Sala de Casación debió considerar que, según las normas del derecho internacional, la responsabilidad internacional de un Estado solo puede ser invocada por el Estado cuya nacionalidad ostentaba el individuo agraviado. Así lo señaló en su momento la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso de Concesiones Mavrommatis en Palestina:

C'est un principe élémentaire du droit international que celui qui autorise l'État à Protéger ses nationaux lésés par des actes contraires au droit international commis par un autre État, dont ils

n'ont pu obtenir satisfaction par les voies ordinaires. (1924, p. 12)

Esta regla, además, ha sido incorporada por la Comisión de Derecho Internacional en el literal a) del artículo 44 del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos de 2001:

Artículo 44.- Admisibilidad de la reclamación

La responsabilidad del Estado no podrá ser invocada:

Si la reclamación no se presenta de conformidad con las normas aplicables en materia de nacionalidad de las reclamaciones;
(...).

En consecuencia, la eventual invocación de responsabilidad internacional que hubiera realizado la República de Colombia en contra del Estado peruano hubiera sido inadmisibile, pues el supuesto agraviado (el demandante) era de nacionalidad peruana.

CONCLUSIONES

A nivel procedimental, el principio de pacta sunt servanda y el de primacía del derecho internacional no resultan aplicables en nuestro ordenamiento jurídico interno. A nivel sustancial, dichos principios, aun si fueran aplicables, no permiten concluir que, en el derecho interno, los tratados deban necesariamente primar sobre las normas nacionales. Adicionalmente, contrariamente a la creencia popular, el texto del artículo 55 de nuestra Constitución de 1993 no otorga efecto directo a todos los

tratados celebrados por el Estado peruano; por lo que, resulta necesario identificar caso por caso, en la administración pública y en los tribunales de justicia, aquellos tratados que gozan de efecto directo o self-executing effects, a fin de que puedan ser válidamente invocados por los administrados. Para este análisis, en lo referido al criterio objetivo, proponemos que las autoridades se sirvan de los conceptos de normas hetero y autoaplicativas.

Finalmente, resulta necesario reflexionar acerca de los mecanismos jurídicos que existen en nuestro ordenamiento jurídico tanto para implementar las obligaciones

internacionales que el Estado peruano ha asumido, como para hacer seguimiento a su cumplimiento por parte de los otros Estados parte.

REFERENCIAS

LIBROS

Anzilotti, Dionisio. (1929). Cours de droit international. Introduction - Théories générales. (G. Gidel, Trad. ; 3.^a ed., Vol. 1). Librairie de Recueil Sirey.

Behrendt, Christian. (2010). Les notions de monisme et dualisme. En Martens, Paul et Bossuyt, Marc (Ed.), Liège, Strasbourg, Bruxelles : parcours des droits de l'homme Liber amicorum Michel Melchior. Limal, Belgique : Anthémis.

Combacau, Jean. (1991). Le droit des traités. Paris : PUF, collection Que sais-je ? n.º 2613.

Combacau, Jean et Sur, Serge. (2019). Droit international public. (13^e édition). Paris : LGDJ.

Kolb, Robert. (2016). The Law of Treaties: An introduction. Cheltenham: Edward Elgar Publishing.

Mosquera Monelos, Susana. (2015). El Perú y la recepción de los tratados de derechos humanos. En Autor (Coord.), La constitucionalización de los tratados de derechos humanos en el Perú. Lima: Universidad de Piura, Facultad de Derecho. Palestra.

Rubio Correa, Marcial. (1999).

SENTENCIAS

Corte Internacional de Justicia. Fallo (excepciones preliminares) del 26 de junio de 1992. Caso de ciertas tierras fosfáticas en Nauru (Nauru c. Australia). Colección de fallos,

Estudios de la Constitución Política de 1993. Tomo III. Lima: Fondo editorial de la PUCP, 1999.

Whelan, Arianna. (2023). Reciprocity in Public International Law. Cambridge: Cambridge University Press.

REVISTAS:

Deumier, Pascale. (2012) « Comment et à quelles fins reconnaître l'effet direct des traités ? ». Revue trimestrielle de droit civil. Volumen 3, pp. 487-492.

Kelsen, Hans. (1926). « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public ». Recueils des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye. Tome/volume 14, pp. 231-327.

Taxil, Bérangère. (2007). Les critères de l'applicabilité directe des traités internationaux aux États-Unis et en France. Revue internationale de droit comparé. Volumen 59 (n.º 1), pp. 157-176.

Verhoeven, Joe. (1980). La notion d'applicabilité directe du droit international. Revue Belge de Droit International, Volumen 2, pp. 243-264.

opiniones consultivas y providencias 1992.

Corte Internacional de Justicia. Fallo (competencia y admisibilidad) del 1 de julio de 1994. Delimitación

marítima y cuestiones territoriales entre Catar y Baréin. Colección de fallos, opiniones consultivas y providencias 1994.

Corte Internacional de Justicia. Fallo del 25 de septiembre de 1997. Proyecto GabCikovo-Nagymaros (Hungría / Eslovaquia). Colección de fallos, opiniones consultivas y providencias 1997.

Corte Internacional de Justicia. Fallo (fondo) del 27 de junio de 2001. Caso de LaGrand (Alemania c. Estados Unidos de América). Colección de fallos, opiniones consultivas y providencias 2001.

Corte Internacional de Justicia. Fallo (fondo) del 31 de marzo de 2004. Caso Avena y otros ciudadanos mexicanos (México c. Estados Unidos de América). Colección de fallos, opiniones consultivas y providencias 2004.

Corte Internacional de Justicia. Opinión consultiva del 18 de julio de 1950. Interpretación de los tratados de paz celebrados con Bulgaria, Hungría y Rumania (segunda fase). Colección de fallos, opiniones consultivas y providencias 1950.

Corte Internacional de Justicia. Opinión consultiva del 9 de julio de 2004. Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado. Colección de fallos, opiniones consultivas y providencias 2004.

Corte Permanente de Justicia Internacional. Fallo (Excepción de

OTROS

Congreso de la República. (1998). Debate Constitucional. Pleno – 1993 [Diario de los debates del Congreso Constituyente Democrático]. Tomo I.

incompetencia) del 30 de agosto de 1924. Caso de las concesiones Mavrommatis en Palestina. Serie A – n.º 2: Colección de Fallos (1923-1930).

Corte Permanente de Justicia Internacional. Fallo (Fondo) del 25 de mayo de 1926. Caso relativo a ciertos intereses alemanes en la Alta Silesia polaca. Serie A - n.º 7: Colección de Fallos (1923-1930).

Corte Permanente de Justicia Internacional. Opinión consultiva del 3 marzo de 1928. Competencia de los tribunales de Dantzig. Serie B - n.º 15: Colección de opiniones consultivas (1923-1930).

Corte Suprema de Justicia de la República del Perú (Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente). Casación 3219-2010 LIMA del 17 de mayo de 2012, publicado el 1 de julio de 2013 en el Diario Oficial «El Peruano».

Tribunal Constitucional del Perú. Fundamento de voto concurrente del magistrado Landa Arroyo. Sentencia recaída en el expediente N.º 2689-2004-AA/TC del 20 de enero de 2006.

Tribunal Constitucional del Perú (Pleno Jurisdiccional). Sentencia recaída en el expediente N.º 047-2004-AI/TC del 24 de abril de 2006.

Tribunal Constitucional del Perú. Auto recaído en el expediente N.º 01547-2014-PA/TC del 22 de marzo de 2016.

Commission européenne pour la démocratie par le droit du Conseil de l'Europe. (1993). Les rapports entre le droit international et le droit interne,

CDL-STD (1993)006.

Conseil fédéral suisse. (2010). La relation entre droit international et droit interne : Rapport du 5 mars 2010 en réponse au postulat 07.3764 de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats du 16 octobre 2007 et au postulat 08.3765 de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 20 novembre 2008.

Raspail, Hélène. (2013). Le conflit entre droit interne et obligations internationales de l'Etat [Thèse de doctorat en droit, Université Panthéon-Assas (Paris II)]. Nouvelle

Bibliothèque de Thèses. Vol. 129. Dalloz.

Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados.

Proyecto de Artículos de 2001 sobre la Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos

RAE. (2017). Definición de da mihi factum, dabo tibi ius - Diccionario panhispánico del español jurídico - RAE. Diccionario Panhispánico Del Español Jurídico - Real Academia Española.

<https://dpej.rae.es/lema/da-mihi-factum-dabo-tibi-ius>

Financiamiento

Autofinanciado

Conflicto de interés

El autor declara que no tiene conflicto de intereses.

Contribución de autoría

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

Correspondencia

alberto.blas.rivera@gmail.com