

ACADEMIA DIPLOMÁTICA DEL PERÚ “JAVIER PÉREZ DE CUÉLLAR”



**PROGRAMA DE MAestrÍA EN DIPLOMACIA Y
RELACIONES INTERNACIONALES**

**TESIS PARA OBTENER EL GRADO ACADÉMICO DE MAGÍSTER EN
DIPLOMACIA Y RELACIONES INTERNACIONALES**

TEMA DE INVESTIGACIÓN:

**LAS CLÁUSULAS HABILITANTES SOBRE ENMIENDAS Y SU
APLICACIÓN EN LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO DEL PERÚ
DESDE EL AÑO 2009**

PRESENTADO POR:

DENNY ERYCK NILSON PIÑA GARCÍA

Asesor Temático: Ministro SDR Pedro Bravo Carranza

Asesor Metodológico: PhD. Milagros Revilla Izquierdo

Lima, 02 de noviembre de 2017

*A mis padres, Nilson y Aylí, por enseñarme con el ejemplo;
A mi gran amor, Anabella, por su apoyo incondicional y;
A mis hermanas por su valioso aliento.*

AGRADECIMIENTOS

Deseo expresar mi agradecimiento a las siguientes personas:

A mi familia, especialmente a mis padres Nilson y Ayli, por su invaluable respaldo en mi desarrollo académico y profesional.

De manera especial, agradezco a mi gran amor Anabella por siempre creer en mí y, en la preparación de esta tesis, inclusive más de lo que yo lo hacía.

A mis amigos por su apoyo, en algunos casos a pesar de la distancia.

A mi asesor, Ministro SDR Pedro Bravo Carranza, por su guía en la presente investigación.

A mi asesora metodológica, PhD Milagros Revilla Izquierdo, por su consejo en el desarrollo de la investigación.

A la Academia Diplomática del Perú; en especial a sus autoridades, cuerpo docente y al personal, por el aprendizaje y la experiencia brindada para poder servir al país en las mejores condiciones posibles.

A los funcionarios del Ministerio de Relaciones Exteriores que me proveyeron su valiosa experiencia y colaboración para el desarrollo de la presente investigación, en especial a los de la Dirección General para Asuntos Económicos (DAE) y de la Dirección General de Tratados (DGT).

RESUMEN

En los últimos años la suscripción por parte del Perú de diversos Tratados de Libre Comercio (TLC) con sus principales socios ha motivado, por la naturaleza técnica y amplia de estos, que se considere necesaria la introducción de mecanismos que prevean la actualización con cierta regularidad de algunos aspectos específicos contenidos en dichos acuerdos como son las *cláusulas habilitantes* que permiten efectuar modificaciones por parte de las Comisiones Administradoras Conjuntas de dichos acuerdos.

La presente tesis aborda la problemática de la aplicación de estas *cláusulas habilitantes* teniendo en cuenta la redacción de los distintos TLC vigentes para el Perú y la necesidad de coordinación entre el Sector Relaciones Exteriores y el Sector Comercio Exterior. En ese sentido, en el primer capítulo se ha abordado desde una perspectiva de Diplomacia Económica y de Regímenes Internacionales los aspectos relevantes necesarios para poder establecer los parámetros cualitativos de la aplicación de estas *cláusulas habilitantes*.

El análisis del segundo capítulo se circunscribe a establecer las líneas de razonamiento necesarias para entender las figuras de la interpretación y enmienda de tratados, para luego abordar la temática específica de las *cláusulas habilitantes* y su aplicación en el tercer capítulo teniendo como referentes los temas desarrollados en los primeros dos capítulos. Esta problemática es de particular importancia para la Política Exterior peruana si se tiene en cuenta que, en el contexto actual, los TLC constituyen el marco jurídico principal aplicable que regula las operaciones comerciales con los principales socios del Perú.

Palabras Clave: *Diplomacia económica, regímenes internacionales, tratados, Tratados de Libre Comercio, cláusulas habilitantes, enmienda.*

ABSTRACT

In recent years, Peru has signed several Free Trade Agreements (FTAs) with its main partners. It has motivated, due to the technical and wider nature of these agreements, the necessity to introduce mechanisms which provide for regular updating of certain specific aspects contained in such agreements, *enabling clauses* are one of those mechanisms which allow modifications to be made by the Joint Administrative Commissions of said agreements.

This thesis deals with the application of these *enabling clauses*, taking into consideration the drafting of these in the FTAs in force for Peru and a requirement of coordination between the Foreign Relations and the Foreign Trade Sectors. In that sense, the first chapter addresses from the perspective of Economic Diplomacy and International Regimes necessary relevant aspects to establish qualitative parameters for the application of these *enabling clauses*.

The second chapter is dedicated to establish the lines of reasoning necessary to understand the figures of the interpretation and amendment of treaties in order to address the specific theme of *enabling clauses* and their application in the third chapter. This issue is of particular importance for Peruvian Foreign Policy if it is taken into account in the current context, FTAs constitute the main applicable legal framework regulating the commercial operations with Peruvian main partners.

Key Words: *Economic Diplomacy, International Regimes, Treaties, Free Trade Agreements, Enabling Clauses, amendment.*

INDICE GENERAL

AGRADECIMIENTOS	III
RESUMEN	IV
ABSTRACT	V
INDICE GENERAL	VI
INDICE DE GRÁFICOS, MAPAS Y CUADROS	X
TABLA DE ABREVIATURAS Y SIGLAS	XI
INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO I	
LA DIPLOMACIA ECONÓMICA Y LOS REGIMENES INTERNACIONALES DE LOS TRATADOS Y DE LOS ACUERDOS DE LIBRE COMERCIO	5
1.1. DIPLOMACIA ECONÓMICA.....	5
1.1.1. Concepto de Diplomacia	5
1.1.2. Concepto de Diplomacia Económica	6
1.1.3. Negociación Internacional Económica	7
1.1.4. Nuevas Estrategias	8
1.2. REGIMENES INTERNACIONALES.....	9
1.2.1. Concepto	9
1.2.1.1. <i>Perspectiva del Realismo</i>	11
1.2.1.2. <i>Perspectiva del Neoliberalismo</i>	12
1.2.2. Vinculación entre el Derecho Internacional Público y los Regímenes Internacionales.....	13
1.3. RÉGIMEN INTERNACIONAL DE LOS TRATADOS	17
1.3.1. Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados	19
1.3.2. Aplicación de los Tratados.....	21
1.3.3. Aplicación por el Perú	23
1.3.3.1. <i>La Reserva de la República del Perú a la Convención de Viena de 1969</i>	23
1.3.3.2. <i>Rol del Ministerio de Relaciones Exteriores</i>	24

1.3.2.3. <i>Perfeccionamiento Interno</i>	26
1.3.2.3.1. <i>Normas sobre perfeccionamiento interno</i>	27
1.3.2.3.2. <i>Práctica peruana en el perfeccionamiento interno de tratados</i>	28
1.3.4. Experiencias de Práctica Comparada	31
1.3.4.1. <i>Práctica de la República de Chile</i>	32
1.3.4.2. <i>Práctica de los Estados Unidos de América</i>	35
1.4. RÉGIMEN INTERNACIONAL DE LOS ACUERDOS DE LIBRE COMERCIO	37
1.4.1. Acuerdos Comerciales	39
1.4.1.1. <i>Tratados de Libre Comercio</i>	41
1.4.1.2. <i>Diferencia entre los Acuerdos Comerciales de nueva generación con los que se desprenden del Tratado de Montevideo: Acuerdos de Complementación Económica</i>	41
1.4.2. Comisiones Administradoras Conjuntas de los Tratados de Libre Comercio	43
1.4.2.1. <i>Rol del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo</i>	44
1.4.2.2. <i>Rol del Ministerio de Relaciones Exteriores</i>	46
1.5. PUNTOS DE ENCUENTRO Y DIVERGENCIA ENTRE LOS RÉGIMENES INTERNACIONALES DE LOS TRATADOS Y DE LOS ACUERDOS DE LIBRE COMERCIO	48
CAPÍTULO II	
LAS CATEGORIAS DE INTERPRETACIÓN Y ENMIENDA DE TRATADOS Y SU APLICACIÓN POR EL ESTADO PERUANO	50
2.1. LA INTERPRETACIÓN DE LOS TRATADOS	51
2.1.1. Sujetos de la interpretación de los Tratados	53
2.1.2. Reglas de Interpretación de los Tratados	54
2.1.2.1. <i>La regla general de interpretación</i>	55
2.1.2.1.1. <i>Interpretación conforme al sentido corriente</i> ..	57
2.1.2.1.2. <i>Interpretación de acuerdo al contexto</i>	60

2.1.2.1.3. <i>Interpretación teniendo en cuenta el objeto y fin del tratado</i>	62
2.1.2.2. <i>Métodos complementarios de interpretación</i>	65
a. <i>Los trabajos preparatorios</i>	65
b. <i>Las circunstancias de la celebración del tratado</i>	66
2.2. LA ENMIENDA DE TRATADOS EN LA CONVENCIÓN DE VIENA DE 1969 SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS	68
2.2.1. Enmienda por consentimiento expreso de las partes	72
2.2.1.1. <i>Enmienda de conformidad con las disposiciones del tratado</i>	74
2.2.1.2. <i>Enmienda cuando el tratado no establece regla especial para esta</i>	75
2.2.1.3. <i>Enmienda de los instrumentos suplementarios al tratado (protocolos)</i>	75
2.2.1.4. <i>Enmienda a los anexos del tratado</i>	76
2.2.2. Enmienda tácita	77
2.2.3. Interpretación de la regulación sobre enmiendas de Tratados en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969	78
2.2.4. La aplicación por el Perú de la enmienda de Tratados	80
2.2.4.1. <i>Perfeccionamiento Interno en caso de enmienda de Tratados</i>	81
2.2.4.1.1. <i>Rol del Ministerio de Relaciones Exteriores en la enmienda de Tratados</i>	84
2.2.4.2. <i>Experiencias comparadas en el caso de enmienda de Tratados</i>	85
2.2.4.2.1. <i>Práctica de la República de Chile en el caso de la enmienda de Tratados</i>	86
2.2.4.2.2. <i>Práctica de los Estados Unidos de América en el caso de la enmienda de Tratados</i>	87

CAPÍTULO III

LAS CLÁUSULAS HABILITANTES SOBRE ENMIENDAS EN LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO	88
---	-----------

3.1. REGULACIÓN EN LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE LAS CLÁUSULAS HABILITANTES	91
3.2. CLÁUSULAS HABILITANTES SOBRE ENMIENDAS EN LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO DEL PERÚ	94
3.2.1. Ámbito de aplicación de las Cláusulas Habilitantes sobre enmiendas	107
3.2.2. Interpretación de las Cláusulas Habilitantes	111
3.3. LA COMPETENCIA DEL MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES EN LA APLICACIÓN DE LAS CLÁUSULAS HABILITANTES SOBRE ENMIENDAS	120
CONCLUSIONES	127
RECOMENDACIONES	130
BIBLIOGRAFIA	131
ANEXO	138

INDICE DE GRÁFICOS, MAPAS Y CUADROS

I. Gráfico sobre las perspectivas de la Teoría de los Regímenes Internacionales	13
II. Gráfico sobre vinculación del Derecho Internacional Público con los regímenes internacionales	17
III. Mapa sobre la ratificación de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados	20
IV. Mapa sobre la intensidad de suscripción de Acuerdos Bilaterales	40
V. Cuadro sobre las Reglas de Interpretación de la Convención de Viena de 1969.....	67-68
VI. Cuadro sobre las formas de la Enmienda de Tratados.....	78
VII. Mapa sobre los acuerdos comerciales suscritos por el Perú.....	89
VIII. Cuadro sobre los Tratados de Libre Comercio suscritos por el Perú.....	94
IX. Mapa sobre los Tratados de Libre Comercio suscritos por el Perú	95
X. Cuadro sobre las <i>cláusulas habilitantes</i> en los Tratados de Libre Comercio suscritos por el Perú	116-119

TABLA DE ABREVIATURAS Y SIGLAS

ABREVIATURA Y/O SIGLA	SIGNIFICADO
ACE	Acuerdo de Complementación Económica
ACP	Acuerdo Comercial Preferencial
ALADI	Asociación Latinoamericana de Integración
CAC	Comisión Administradora Conjunta
CDI	Comisión de Derecho Internacional
CIJ	Corte Internacional de Justicia
COEEUU	Congreso de los Estados Unidos de América
CRCH	Congreso de la República de Chile
CRP	Congreso de la República del Perú
CSEEUU	Constitución de los Estados Unidos de América
CPP1993	Constitución Política del Perú
CCH1980	Constitución de la República de Chile
CGRCH	Contraloría General de la República de Chile
CV1961	Convención de Viena de 1961 sobre relaciones diplomáticas
CV1969	Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados
DAE	Dirección General para Asuntos Económicos del Ministerio de Relaciones Exteriores

DNE	Dirección de Negociaciones Económicas del Ministerio de Relaciones Exteriores
DNC	Dirección General de Negociaciones Comerciales Internacionales del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo
DGT	Dirección General de Tratados del Ministerio de Relaciones Exteriores
EFTA	Siglas en Inglés de Asociación de Libre Comercio Europeo
GATT	Siglas en Inglés de Acuerdo General sobre aranceles aduaneros y comercio
LEG	Oficina General de Asuntos Legales
LOF MINCETUR	Ley N° 27790 – Ley de Organización y Funciones del MINCETUR
LOF MRE	Ley N° 29357 – Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Relaciones Exteriores
MINCETUR	Ministerio de Comercio Exterior y Turismo
MRE	Ministerio de Relaciones Exteriores
MRECH	Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile
OMC	Organización Mundial de Comercio
ONG	Organismo No Gubernamental
ONU	Organización de Naciones Unidas
PREEUU	Presidente de los Estados Unidos de América
PRCH	Presidente de la República de Chile
PRP	Presidente de la República del Perú

ROF MINCETUR	Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo
ROF MRE	Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Relaciones Exteriores
SECEEUU	Secretaria de Estado de los Estados Unidos de América
SEGPRES	Ministerio Secretaria General de la Presidencia de Chile
TLC	Tratado de Libre Comercio

INTRODUCCIÓN

Después de la Segunda Guerra Mundial el orden internacional se modificó con la creación de los pilares que establecerían un conjunto de regímenes para manejar adecuadamente la paz y seguridad de la postguerra. Dentro de estos regímenes es importante resaltar el pilar económico-comercial que se concretizó en el Acuerdo General sobre aranceles aduaneros y comercio (GATT, siglas en inglés) y que desencadenó a finales del Siglo XX la constitución de la Organización Mundial del Comercio (OMC). Sin embargo, ha existido una “proliferación de acuerdos comerciales regionales” (Tello: 2016, p. 3) que es autorizado por las normas de este régimen internacional económico.

Esta proliferación ha sido de tal forma que desde el año 2006, con la suscripción del Acuerdo Comercial Preferencial (ACP) entre Mongolia y Japón, actualmente todos los miembros de la OMC cuentan con “uno o más marcos jurídicos bilaterales de relaciones económicas” (Tello: 2016, p. 3). Esta tendencia corroboraría en cierta forma lo que se ha llegado a denominar como el efecto *spaghetti bowl* (Bhagwati: 1995, p. 4), que no es otra cosa que la complejización de las relaciones económicas entre los miembros de la comunidad internacional.

El Estado peruano, miembro también de la OMC, no ha sido ajeno a esta tendencia, pues en los últimos ocho años ha suscrito y ratificado múltiples acuerdos comerciales con sus principales socios comerciales, en busca de diversificar mercados. Tales acuerdos comerciales tienen la forma jurídica de tratados pues cumplen los requisitos que definen a este tipo de instrumento internacional. Por lo tanto, la fórmula tradicional para realizar enmiendas a estos acuerdos es la prevista en la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados (CV1969), ratificado por el Perú el 14 de septiembre de 2000, que se traduce en la modificación

o enmienda de un tratado por el mismo procedimiento utilizado para la entrada en vigor del acuerdo original.

Sin embargo, los Tratados de Libre Comercio (TLC) son altamente técnicos y de naturaleza amplia, por lo que requieren de una actualización con cierta regularidad en ciertos aspectos, como por ejemplo la nomenclatura arancelaria o las reglas de origen. A fin de evitar los procedimientos de perfeccionamiento interno de las enmiendas de los acuerdos comerciales de conformidad a la CV1969, en los últimos años el Perú ha incluido *cláusulas habilitantes* que permitirían la enmienda de ciertos aspectos de estos acuerdos por parte de las Comisiones Administradoras Conjuntas (CAC), es este tema en el que se centra el análisis de la presente tesis.

La enmienda como figura jurídica conforme al régimen internacional de los tratados es “la modificación formal del contenido del instrumento internacional, sea cual sea su número y calidad, extensible a todos los sujetos que participan en él” (Remiro: 2010, p. 338). El régimen internacional de los tratados de la CV1969 establece la facultad de los sujetos de pactar reglas especiales para la modificación de los tratados, siempre y cuando no contravenga las reglas, principios y procedimientos establecidos para la suscripción y ratificación de tratados.

Teniendo en cuenta que la actualización de los acuerdos comerciales en ciertos aspectos concretos facilita la viabilidad del régimen internacional de comercio, porque los acuerdos comerciales bilaterales constituyen el marco jurídico principal dentro del que operan las relaciones comerciales del Perú con sus principales socios.

Siendo esto así, el problema fundamental es la aplicación que estas *cláusulas habilitantes* tienen en el Perú. El órgano rector en materia de tratados es el Ministerio de Relaciones Exteriores (MRE), tal y como lo establece la Ley N° 29537, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Relaciones Exteriores (LOF MRE), empero se han ido suscitando diferencias en opinión con relación a la

aplicación de estas *cláusulas habilitantes*, desde la creación del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (MINCETUR), con atribuciones en el ámbito de comercio exterior del Perú, por ende, en la negociación, suscripción y aplicación de los acuerdos comerciales suscritos.

Por ello, la presente tesis ahondará en su primer capítulo en los aspectos teóricos relevantes, partiendo del concepto diplomacia hacia la teoría de los regímenes internacionales para concluir, luego de haber analizado los regímenes internacionales de los tratados y de los acuerdos de libre comercio, con la vinculación que existe entre ambos regímenes internacionales.

En ese orden de ideas, el segundo capítulo de la presente tesis tiene dos aspectos relevantes, el de la interpretación de tratados y el de la enmienda de los mismos. La interpretación de los tratados, en los que están incluidos los TLC suscritos por el Perú, se basan en un sistema de reglas establecido por el régimen internacional de los tratados, del cual la CV1969 es su pieza fundamental.

No obstante, la redacción de las *cláusulas habilitantes* obliga a hacer un análisis de su ámbito de aplicación a la luz de la teoría de los regímenes internacionales, del Derecho Internacional Público, de la normatividad nacional y la práctica seguida por el Perú, con la finalidad de poder encontrar lineamientos de acción que garanticen que los operadores económicos sigan haciendo uso de los acuerdos comerciales sin temor a que la estabilidad jurídica de los mismos se vea afectada y poder profundizar las relaciones bilaterales económicas, este será el centro del tercer capítulo de la presente tesis.

En ese contexto, se analizará la interpretación del MINCETUR de que, al conformar por el lado peruano las CAC, están facultadas a hacer uso de las *cláusulas habilitantes* sin restricción alguna, esto no solo ha motivado el análisis correspondiente del MRE, sino también el reparo de la contraparte, como sucedió

en el caso del TLC entre el Perú y Corea, donde un miembro de la misión diplomática coreana acreditada en el Perú consultó sobre cuál sería el procedimiento de formalización para que lo resuelto por la CAC de ese TLC, en cuanto a la actualización de reglas de origen y otros aspectos procedimentales, sea vinculante para ambos Estados partes.

Lo precedente permite afirmar que el problema que existe es determinar adecuadamente la aplicación de las *cláusulas habilitantes* sobre enmiendas por parte de las CAC en los TLC suscritos por el Perú a partir del año 2009, sin entrar en contradicción con todo el esquema jurídico internacional y a la vez cumplir su función de flexibilizar las relaciones económicas bilaterales con los países con los cuales tenemos este tipo de instrumento internacional, el aporte de la presente tesis es intentar abordar la temática desde una visión sistemática y holística que incluye criterios no solamente jurídicos, sino también de las relaciones internacionales –en los específico de la teoría de los regímenes internacionales– y de la diplomacia.

CAPITULO I

LA DIPLOMACIA ECONÓMICA Y LOS REGIMENES INTERNACIONALES DE LOS TRATADOS Y DE LOS ACUERDOS DE LIBRE COMERCIO

1.1. DIPLOMACIA ECONÓMICA

1.1.1. Concepto de Diplomacia

La Diplomacia es el “manejo de las relaciones internacionales por negociación, el método por el cual estas relaciones son ajustadas y administradas por Embajadores y enviados, el negocio y el arte del Diplomático” (Nicolson: 1988, pp. 4-5).

Es también posición del gran diplomático peruano Javier Pérez de Cuéllar que la diplomacia es el “arte de poner apropiadamente en práctica la política exterior” (2013, p. 13), por lo cual la diferencia del concepto política exterior, que la entiende como el “conjunto de posiciones y acciones que adopta un Estado en su relación con otros Estados o en el seno de organismos internacionales con la finalidad de preservar su seguridad, sus intereses e influencia” (Pérez de Cuéllar: 2013, p. 13).

En ese sentido, el concepto clásico de Diplomacia la definiría como “la conducta en las relaciones entre Estados y otras entidades que tienen relevancia para la política internacional por agentes oficiales y mediante medios pacíficos” (Bayne & Woolcock: 2011, p. 2).

Asimismo, se tiende a definir como “la ciencia de las relaciones exteriores, el arte de negociar, el manejo de las relaciones internacionales, la ciencia de las relaciones que existen entre los diversos Estados, la forma de concretar una política internacional determinada” (Jara: 1989, p. 15).

Por lo tanto, la diplomacia es la “negociación desarrollada por representantes del Estado específicamente designados por los órganos soberanos del mismo, pero que en sí mismos carecen de poder políticos, y son estrictamente agentes diplomáticos” (De Magalhaes; 1988, p. 11).

En conclusión, se puede verificar que la diplomacia se vincula a las relaciones oficiales que se dan entre Estados proyectando determinados intereses y que busca a través de la acción de sus agentes el cumplimiento de los mismos; es decir, la ejecución de la política exterior por agentes oficiales –los diplomáticos– que buscan mediante su accionar el cumplimiento de los objetivos de los Estados, que han sido determinados mediante sus posiciones y acciones.

1.1.2. Concepto de Diplomacia Económica

Como hemos desarrollado precedentemente la diplomacia es la acción de un Estado a través de sus agentes oficiales por medios pacíficos para el cumplimiento de sus intereses en el contexto de la sociedad internacional, entendiéndola como la comunidad de actores internacionales que comparten una vinculación más que formal y un determinado contexto temporal y espacial.

Existen posiciones entre los operadores de la diplomacia que tienden a considerar que la misma es única y no puede dividirse en conceptos como el de la *diplomacia económica*, pero a su vez existen otros como los autores Bayne y Woolcock que intentan diferenciar de acuerdo a la materia de la que se trate, una acción diplomática específica.

La acción diplomática se circunscribe –en posición de los operadores de la diplomacia que la consideran como única y totalizante– al ámbito de las relaciones diplomáticas entre Estados a través de las misiones de carácter permanente, las cuales desde la adopción y suscripción de la Convención de Viena de 1961 sobre relaciones diplomáticas (CV1961) tienen en este instrumento internacional un

conjunto de reglas generales claras que “al ratificarla, los países han conferido a sus disposiciones el carácter de ley interna obligatoria que tiene, dado el alto número de países que lo han hecho, un carácter casi universal” (Jara: 1989, p. 19).

Los anteriormente referidos Bayne y Woolcock intentan delimitar la acción diplomática de la diplomacia económica como aquella que concierne a la “problemática económica internacional” (2011, p. 3), lo que en el fondo es equipararla con una determinada materia de las relaciones exteriores, pero esto no significa que su contenido sea reducido, porque como bien definen estos autores citando a otro autor –Odell– esta abarca “las negociaciones económicas sobre las políticas concernientes a la producción, movimiento o intercambio de bienes, servicios, inversión, dinero, información y su regulación” (Bayne & Woolcock: 2011, p. 4), con lo que el conjunto de temas que abarcarían esta rama de la diplomacia son de amplio espectro y que ha ido desarrollando características que la diferencian de la diplomacia tradicional en los aspectos de la política internacional.

Es completamente cierto que la relación económica en la sociedad internacional actualmente ha generado una situación de “*interdependencia acelerada*” (Rana: 2011, p. 2) donde las relaciones entre los actores internacionales – fundamentalmente Estados, pero no los únicos– se dan en un enfoque sistémico.

1.1.3. Negociación Internacional Económica

La acción diplomática económica tiene entre sus principales acciones la de la negociación internacional –no es exclusiva de esta rama–, la cual puede en si misma ser analizada en “*cinco etapas específicas*”, siendo estas etapas las siguientes: (Bayne & Woolcock: 2011, p. 51)

- “*Establecimiento de agendas*”: Esta etapa se caracteriza por constituir la de identificación de las materias que deberán ser reguladas por las partes, muchas veces este procedimiento puede tomar muchos años, como por

ejemplo Bayne & Woolcock refieren sobre los “4 años previos al lanzamiento de la Ronda Doha en 2001” (2001, p. 51).

- “*Mandato*”: El inicio de las negociaciones en el plano internacional determina esta etapa, en el sentido que las partes involucradas deberán establecer –de acuerdo sus procedimientos políticos y jurídicos internos– los representantes, sus facultades y los alcances de las mismas, en la medida de que eso garantizara no solo la legitimidad interna sino también hacia las partes involucradas en la negociación.
- “*Negociación del acuerdo*”: Es la etapa de negociación en sí misma, la que de acuerdo a la teoría de la negociación internacional permitirá a las partes el desarrollo de distintas “estrategias, a través del proceso los negociadores y sus equipos, verificarán la aceptabilidad de sus resultados en el plano interno” (Bayne & Woolcock: 2011, p. 51).
- “*Adopción del acuerdo*”: Una vez culminado el proceso de negociación y de acuerdo a los resultados obtenidos como consecuencia de la etapa anterior se inicia esta etapa, que constituye el umbral por el cual los actores realizan los procedimientos internos como en el plano internacional necesarios para que el acuerdo pueda entrar a regir entre las partes.
- “*Implementación*”: El acuerdo una vez adoptado de conformidad con los procedimientos necesarios para ello se encuentra expedido para su aplicación; es decir, el proceso de ejecución del mismo por las partes a través de los mecanismos necesarios estipulados y en pleno ejercicio de los intereses concertados.

1.1.4. Nuevas Estrategias

La dinámica de interdependencia y la complejidad de los temas que aborda hacen que la diplomacia económica se manifieste en aspectos bien definidos que constituyen “*nuevas estrategias*” de acción, las cuales son las siguientes: (Bayne & Woolcock: 2011, p. 13)

- *“Hacer participar Ministerios”*: Lo que significa que la acción diplomática económica requiere de la participación de entidades oficiales que tradicionalmente no participaban en la acción externa, como en la actualidad los Ministerios de Comercio Exterior de muchos países, o la colaboración de otros sectores que por su temática tengan injerencia en la elaboración de las posiciones de los Estados.
- *“Incluir a actores no gubernamentales”*: Esta estrategia lo que determina es que la acción diplomática deja de ser establecida exclusivamente por los agentes estatales y se permean en los intereses de los Estados ciertos aspectos de intereses particulares y la perspectiva de grupos al interior del Estado o que son transnacionales como empresas y organismos no gubernamentales (ONG), con lo cual se obtiene una visión mucho más sistemática de los intereses estatales.
- *“Mayor transparencia”*: La necesidad de que la información de esta acción diplomática sea manejada de forma más directa por todos los actores conformantes de una sociedad, para que así exista un mayor grado de legitimidad en las decisiones tomadas.
- *“Uso de instituciones internacionales”*: La diplomacia económica requeriría la utilización de instituciones internacionales para que su accionar sea mucho más efectivo en una sociedad internacional de interdependencia alta.

1.2. REGIMENES INTERNACIONALES

1.2.1. Concepto

El proceso de creación de normas a nivel internacional parte de distintas herramientas o fuentes, mientras tanto, los regímenes internacionales son el “conjunto explícito e implícito de principios, normas, reglas o procedimientos de decisión en el que convergen las expectativas de los actores en una determinada área de las relaciones internacionales” (Krasner: 1983, p. 2), y tienen como fuente creadora el accionar de los Estados como principal actor –otros actores pueden

participar de su concepción—; sin embargo, esto no significa que se pueda equiparar plenamente el derecho internacional público con los regímenes internacionales de la teoría de las relaciones internacionales.

En ese orden de ideas, debemos recordar que el concepto regímenes internacionales para Keohane & Nye se identifica con los “acuerdos gubernamentales” (1988, p. 18), por tanto, la vinculación entre este concepto y el derecho internacional público se determina por la existencia de la interdependencia en la sociedad internacional, cuyo uso puede resultar extenso y hasta algo diluido, pero puede delimitarse como “situaciones caracterizadas por efectos recíprocos entre países y entre actores en diferentes países” (Keohane & Nye: 1988, p. 22).

El objetivo de la existencia de los regímenes internacionales es “sustraer ciertas áreas de la política internacional del ámbito de las prácticas unilaterales” (Hasenclever et. al.: 1999, pp. 499-500); es decir, al establecerse un conjunto de acuerdos sobre una determinada materia por los actores internacionales la cooperación “con el fin de obtener ganancias comunes, expresadas, por ejemplo, en un mayor bienestar social o en mayor seguridad” (Hasenclever et. al.: 1999, p. 500) se multiplica.

Los regímenes internacionales han proliferado en la sociedad internacional de nuestros días, de tal forma que se puede determinar que existen en “todos los ámbitos de la política internacional contemporánea: existen regímenes de seguridad, como el régimen de no proliferación nuclear; regímenes económicos, como el de comercio internacional; regímenes ambientales, como el régimen de protección de la capa de ozono; y por último, regímenes de derechos humanos, como el que se basa en la Convención Europea de Derechos Humanos” (Hasenclever et. al.: 1999, p. 500).

El estudio de los regímenes internacionales puede atribuirse a una de las siguientes escuelas: “el neoliberalismo, que privilegia el análisis de las distintas configuraciones de intereses; el realismo, para el cual las relaciones de poder entre los Estados representan la variable clave” (Hasenclever et. al.: 1999, p. 502).

1.2.1.1. Perspectiva del Realismo

La existencia de regímenes internacionales como lo establece el *realismo postclásico* parte de las “expectativas de los actores internacionales sobre una determinada área problemática” (Krasner: 1983, p. 1), y entienden que es “una realidad que debe ser explicada” (Hasenclever et. al.: 1999, p. 506).

En ese sentido, “el poder es igualmente decisivo tanto para la cooperación como para la discordia entre las naciones” (Hasenclever et. al.: 1999, p. 506), por lo que “la distribución de capacidades entre los actores influye de manera crucial sobre las posibilidades de que surja y se mantenga un régimen efectivo en un área determinada” (Hasenclever et. al.: 1999, pp. 506-507), lo que determina que la existencia de un régimen internacional para esta perspectiva se supedita a que sea promovido por determinado tipo de actor internacional con capacidad para ello.

El poder como sustento de los regímenes internacionales ha llevado a sustentar lo que se denomina “*estabilidad hegemónica*” (Hasenclever et. al.: 1999, p. 507), en el sentido que solo los regímenes internacionales que son promovidos por un *hegemon* pueden ser viables en la sociedad internacional, porque proveen “bienes públicos internacionales” (Hasenclever et. al.: 1999, p. 507), los cuales cumplen el objetivo de disminuir la incertidumbre en las relaciones internacionales.

En conclusión, para esta perspectiva los regímenes internacionales son tratados como “variables intervinientes, y los intereses y poder de los Estados como las variables causales básicas” (Krasner: 1983, p. 21), este entendimiento lo que hace es otorgar la categoría de marco referencial para el resultado a los regímenes

internacionales, pero supeditados a las causas primigenias que son los intereses y el poder de los Estados, los cuales no hacen otra cosa que ser adaptados en el contexto de régimen internacional.

1.2.1.2. Perspectiva del Neoliberalismo

La perspectiva neoliberal recalca “la forma en que los regímenes internacionales contribuyen a que los Estados logren ciertos intereses comunes” (Hasenclever et. al.: 1999, p. 504), en el sentido que reducen la incertidumbre sobre los resultados de su accionar y refuerzan la cooperación porque establecen parámetros de expectativas.

Keohane & Victor postulan que “los regímenes son construidos por las élites de los Estados” (2011, p. 8), quienes vienen a influenciar el accionar de los Estados al conformar la forma en que planteara su accionar en el contexto de la sociedad internacional.

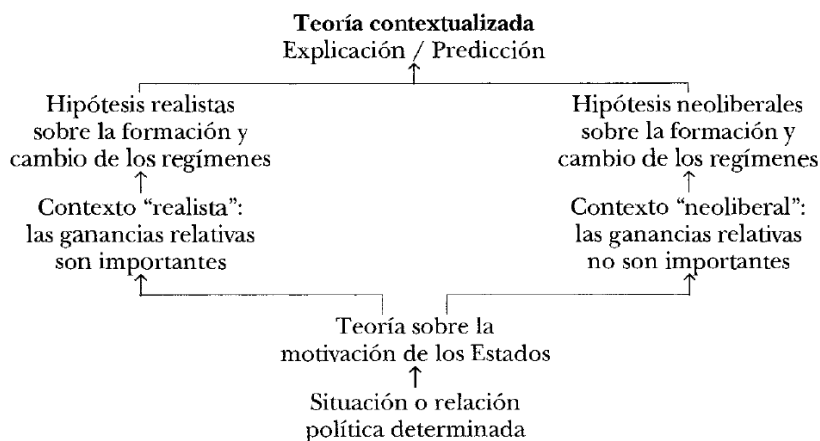
La teoría económica influye en la forma en cómo se conceptualizan los regímenes internacionales para esta perspectiva, porque se “destaca el papel de la información y los costos de transacción” (Hasenclever et. al.: 1999, p. 505) en la conformación de estos.

Los regímenes internacionales “contribuyen a que los Estados, centrados en sus propios intereses, coordinen sus acciones de tal suerte que puedan evitar colectivamente la obtención de resultados subóptimos, es posible mostrar que los Estados se interesan por preservar los regímenes existentes aun cuando los factores que les dieron origen hayan desaparecido” (Hasenclever et. al.: 1999, p. 505), en tanto, buscan cumplir con lo establecido por los regímenes internacionales para garantizar la predictibilidad en los resultados de su accionar, disminuyendo con ello la incertidumbre.

A esta conceptualización se debe agregar el “impacto en el comportamiento de los Estados del conflicto o compatibilidad de la colectividad de valores o identidades relacionado con el ámbito y la naturaleza de la provisión de bienes públicos” (Moravcsik: 1997, p. 515).

Por lo tanto, ambas perspectivas pueden analizarse como complementarias, porque sus análisis nos permiten entender de mejor manera la creación y existencia de los regímenes internacionales como mecanismos de regulación de áreas de las relaciones internacionales, al dilucidar el comportamiento de los Estados y entender la razón de su accionar.

Para un resumen de la conceptualización teórica existente con relación a los regímenes internacionales a continuación el siguiente gráfico explicativo.



Fuente: *Hasenclever et. al. (1999) p. 518*

1.2.2. Vinculación entre el Derecho Internacional Público y los Regímenes Internacionales

De acuerdo a lo verificado anteriormente sobre regímenes internacionales, se debe ahora delimitar lo que se entiende por *Derecho Internacional Público*, siendo posible definirlo como el “conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones

entre los diferentes sujetos de derecho que integran la comunidad internacional” (Novak & García-Corrochano: 2000, p. 31), o en palabras del célebre jurista internacionalista Pastor Ridruejo “el conjunto de normas positivadas por los poderes normativos peculiares de la Comunidad Internacional” (2016, p. 34).

Se reconoce que el Derecho Internacional Público “positivo resulta con frecuencia de un ajuste o acomodación de intereses estatales contrapuestos, y que el distinto nivel de poder de los Estados ha dejado huella en él” (Pastor: 2016, p. 34), pero a su vez también se “nutre de unos valores éticos –humanización, socialización, democratización–” (Pastor: 2016, p. 34) que sustentan el trasfondo de la configuración de las normas que conforman el Derecho Internacional Público.

El derecho internacional público es entendido desde una perspectiva jurídica como el gran sistema normativo del entorno internacional; no obstante, “existe una necesidad urgente de entender como diferentes ramas de normas e instituciones se sobreponen en problemas de interés global” (Young: 2012, p. 1), lo cual puede ser considerado como “repudio de la naturaleza sistémica del Derecho Internacional, y de los principios rectores comunes que son esenciales tanto a la disciplina como a la idea del Derecho Internacional” (Young: 2012, p. 1), pero no enerva la necesidad de verificar el grado de sincronía que existen entre estos dos conceptos, el de derecho internacional público y el de los regímenes internacionales.

En ese sentido, “entender la interacción de los regímenes requiere tratar con regímenes especializados y con la comúnmente no vista interacción entre ellos, tanto como con principios clave existentes como emergentes del Derecho Internacional” (Young: 2012, p. 1), lo que genera una necesidad de un enfoque holístico como flexible, porque esta interacción se circunscribe a situaciones reales de alcance global.

Por tanto, “requiere investigación en diferentes etapas de la creación y adjudicación del derecho internacional, porque la interacción de regímenes no es simplemente una actividad para tribunales internacionales que buscan interpretar normas en conflicto, pero es una característica constante en la determinación de agendas para nuevas negociaciones, la elaboración de normas dentro de un régimen e inclusive coordinación política doméstica entre Ministerios y Departamentos” (Young: 2012, p. 1); es decir, en todas las etapas y formas –tanto internas como externas– del accionar de los Estados en las distintas áreas de la política internacional.

Este reconocimiento nos permite afirmar que el derecho internacional público, aunque intenta ser sistemático en la realidad es fragmentado, el reconocimiento de esta realidad, de que “está conformado por fragmentos de actividad normativa e institucional no es nuevo” (Young: 2012, p. 2), porque no ha existido “una única legislatura global o una corte de apelaciones que pudiera moldear un cuerpo unificado del derecho internacional, o la voluntad de crear tal cuerpo por parte de los Estados soberanos” (Young: 2012, p. 2), lo que nos permite dilucidar la vinculación que existe con los regímenes internacionales.

Esta vinculación a la que se hace referencia ha sido estudiada como el conjunto de asunciones que se hacen con relación a definición de los regímenes internacionales y que se refieren al “quien, que, cuando y porque” (Young: 2012, p. 6) de estos.

El primer conjunto de asunciones se relaciona con los actores que crean regímenes internacionales, que son “principalmente propagados solo por un tipo de actores, los Estados” (Young: 2012, p. 6). Esto se traduce en que “algunos regímenes aplicarían a todos los Estados –por ejemplo, cuando los tratados disfrutaban de una membresía universal–, mientras que otros regímenes solo aplican a algunos –comúnmente, porque solo un grupo de Estados consintió obligarse por un tratado–” (Young: 2012, p. 6), esto no significa que existan regímenes que estén conformado por otros actores que no sean Estados, o que inclusive no tengan reconocimiento

como sujetos del Derecho Internacional Público, lo que permite establecer en primer orden es que no existe identidad plena entre quienes crean regímenes internacionales y los sujetos del Derecho Internacional Público.

El segundo conjunto de asunciones se relaciona con las instituciones; es decir, los regímenes internacionales “dependen del sistema institucionalizado de manejo de un particular campo del comportamiento” (Young: 2012, p. 9), que se verifica en el elemento de *procedimientos de decisión* del concepto de regímenes internacionales.

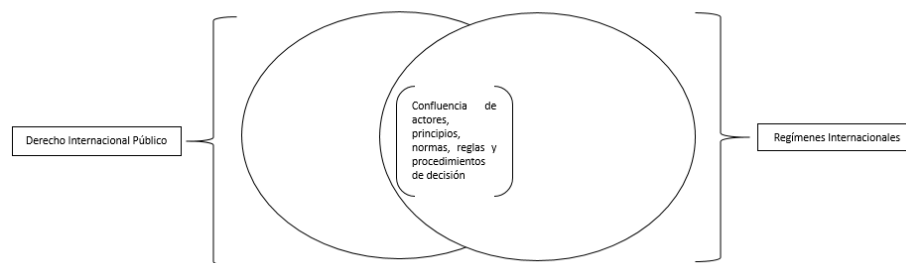
De otro lado, el tercer conjunto de asunciones está vinculado a lo que se “describe ampliamente como etapas del desarrollo legal y su aplicación” (Young: 2012, p. 9), esto significa que los regímenes internacionales tienden a evolucionar conforme la realidad que regulan lo requiere. En ese punto es pertinente recalcar, por ejemplo, como en el régimen del comercio internacional el derecho comercial internacional esta “sujeto a un desarrollo normativo continuo y cambio, especialmente con relación a las negociaciones multilaterales, pero también debido a la práctica de los Estados” (Young: 2012, p. 10).

El cuarto conjunto de asunciones se relaciona con “la posibilidad de sistemas basados o prácticas emergentes” (Young: 2012, p. 10); es decir, que los regímenes internacionales responden a un determinado contexto que está dominado por un “conjunto de comportamientos, presunciones y prejuicios” (Young: 2012, p. 11) de los actores que crean estos.

Todo lo establecido precedentemente permite afirmar que la vinculación entre ambos conceptos es una relación de conjuntos parcialmente integrados; es decir, los regímenes internacionales son formados por actores que en muchos casos son reconocidos como sujetos del Derecho Internacional Público y los regímenes mismos pueden formar parte de lo de desde una perspectiva jurídica constituyen

ramas del Derecho Internacional Público; además, tienen componentes que están fuera del anterior por responder a una lógica parcialmente distinta.

Lo anteriormente descrito sobre la vinculación del Derecho Internacional Público con los regímenes internacionales se puede verificar del gráfico que a continuación se presenta:



Fuente: *Elaboración propia (2017)*

1.3. RÉGIMEN INTERNACIONAL DE LOS TRATADOS

Teniendo en consideración lo establecido anteriormente sobre el significado del concepto de regímenes internacionales se puede afirmar que los tratados constituyen un régimen internacional en sí mismo; la razón de esta afirmación se sustenta en la “capital importancia que tienen los tratados en el Derecho Internacional como consecuencia del aumento de sus funciones” (Pastor: 2016, p. 88) y “como medio de desarrollar la cooperación pacífica entre las naciones” (Pastor: 2016, p. 88).

Es decir, constituye un régimen internacional porque regula toda la temática del relacionamiento internacional de los Estados –y de las organizaciones internacionales como otro tipo de actor– en función de obligaciones que deben ser cumplidas por estos.

El centro de este régimen internacional es el concepto tratado, que es definido por Pinto-Bazurco et. al. (2006, p. 267) como el:

“Acuerdo entre sujetos del Derecho Internacional, ante todo entre estados, en cuanto al establecimiento, cambio y terminación de sus derechos y deberes recíprocos en algún terreno (de la cooperación económica, política, científica-técnica, cultural, etc.) (...).”

En ese sentido, el tratado es el acuerdo que regula las relaciones de sujetos del Derecho Internacional Público que puede concebirse para el análisis como régimen internacional cuya piedra angular es la CV1969, del 23 de mayo de 1969, la cual también define al tratado en su artículo 2(1)(a) de la siguiente manera:

“Se entiende por "tratado" un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular;(...).”

Por lo tanto, teniendo como referencia no solo la definición esbozada precedentemente sino también la norma del régimen internacional de tratados de la CV1969 es que se puede establecer una definición más completa de lo que es un tratado, con lo cual como ya estableció Aust (2011, pp. 51-53) el tratado tiene los siguientes elementos:

- a) “*Concluido entre Estados*”, que es la norma de la CV1969: Este requisito significa que los sujetos con capacidad plena para celebrar este tipo de instrumentos internacionales son los Estados, lo cual no significa que el régimen internacional no haya desarrollado a través de otras fuentes reglas que otorgan capacidad para celebrar tratados sobre ciertas materias a otros sujetos del Derecho Internacional como son las organizaciones internacionales.
- b) “*Celebrado por escrito*”: El elemento esbozado en este punto se circunscribe a determinar que todo tratado debe contenerse en forma escrita, la finalidad que cumple esto es la prueba del tratado.
- c) “*Regido por el Derecho Internacional*”: Los tratados como instrumentos internacionales se diferencian de otras figuras porque las reglas de su

existencia se fundamentan en el régimen internacional de los tratados que forma parte del Derecho Internacional.

- d) “*Consta en uno o más instrumentos*”: Este elemento significa que un tratado puede estar conformado no solo en un único instrumento, sino también puede ser celebrado por ejemplo en notas diplomáticas que conjuntamente forman el contenido del tratado o en instrumentos que contienen varios anexos y forman parte del mismo tratado.
- e) “*Cualquiera sea su denominación*”: Los tratados en el Derecho Internacional para tener la naturaleza de tales no dependen de su denominación sino de su contenido mismo; es decir, para que cualquier instrumento internacional tenga la naturaleza de tratado debe cumplir con los demás elementos, tenga la denominación de protocolo, convención, tratado u cualquier otro.

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

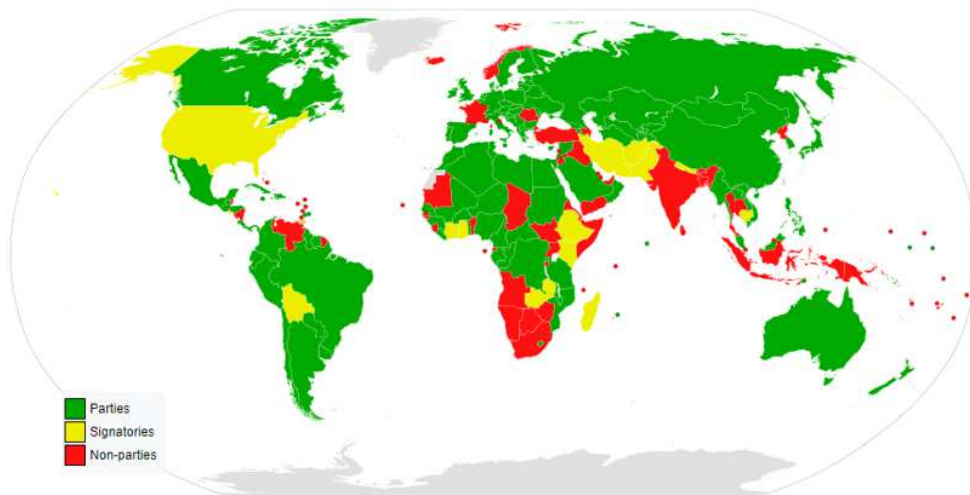
La pieza central del régimen internacional de los tratados es la CV1969 –el régimen internacional no se agota en este tratado en particular– que contiene el conjunto de reglas que permiten determinar si un instrumento internacional es un tratado, como señala Aust (2013, p. 5) es el “*tratado sobre tratados*”, la cual fue diseñada por la Comisión de Derecho Internacional (CDI), creada por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en 1947, con la finalidad de avanzar en el desarrollo del Derecho Internacional Público.

La CV1969 es tal vez uno de los mayores logros de la CDI porque con su celebración se estableció la base del régimen internacional de los tratados cuya principal característica no es la regulación en si misma sino la gran flexibilidad que permite el tener una regulación que complementa la capacidad de decisión de los Estados mismos; es decir, son los sujetos del Derecho Internacional, como actores plenos en sus relaciones, los que en última instancia preservan su autonomía para complementar sus relaciones internacionales sobre la base de los tratados.

Esta flexibilidad se patentó en la práctica de los Estados, porque las estipulaciones establecidas son lo suficientemente generales para permitir que la “práctica se modifique sin necesariamente contravenir las reglas” de la CV1969 (Aust: 2013, p. 6), esto constituye la gran virtud del régimen internacional de los tratados, porque la forma en que fue generada permite una gran capacidad de adaptación por los Estados.

Los tratados por lo tanto son no solo el instrumento internacional de compromiso más estable sino también el más adaptable lo que significa que el régimen internacional existente constituye una forma importante de relacionamiento entre Estados que permite “la cooperación y coordinación internacional” (Hollis: 2014, p. 18) en distintas materias.

La CV1969 como pieza central del régimen internacional de tratados se puede verificar por el número de Estados parte de este instrumento internacional, tal y como se puede apreciar en el gráfico que a continuación se presenta:



Fuente: *Wikipedia (2017), sobre la base de información de la ONU*

1.3.2. Aplicación de los Tratados

Los tratados bajo las normas del régimen internacional de los tratados se crean luego de determinadas fases que inician con la negociación de los mismos y que siguen un procedimiento establecido, lo que puede denominarse como “*fase inicial* cubre el proceso de negociación, que, de tener éxito, desembocará en la adopción y autenticación de un texto con el que los negociadores se muestran definitivamente de acuerdo” (Remiro: 2010, p. 245).

Luego de la culminación de esta primera etapa se pasa a una que puede denominarse como “*fase final* que abarca el proceso de estipulación o conclusión en sentido estricto y se conforma con dos actos fundamentales: la manifestación del consentimiento y su perfeccionamiento o constancia en el orden internacional, que conduce, como consecuencia, a la entrada en vigor y la obligatoriedad del tratado” (Remiro: 2010, p. 245).

Este proceso que puede denominarse también como “celebración de los tratados se halla regido por un principio de gran arraigo en el Derecho Internacional, el cual es el de la buena fe. Este principio hace que durante aquélla surjan obligaciones de comportamiento a cargo de los Estados” (Pastor: 2016, p. 95).

Por tanto, el “consentimiento a obligarse es el acto más significativo que un Estado puede tomar en relación a un tratado” (Aust: 2011, p. 59); sin embargo, este acto no significa en sí mismo que el tratado entrará en vigor, porque depende de que el tratado ya esté en vigor en el plano internacional o que actos adicionales en el plano interno se realicen para su entrada en vigor.

La entrada en vigor debe analizarse desde la perspectiva de la relación que tendrá este Derecho Internacional Público –en el plano específico de los tratados– con el plano interno de los Estados, que ha generado “*tres posiciones*” muy marcadas al

respecto, las cuales desarrollan lo siguiente: (Novak & García-Corrochano: 2000, pp. 540-549)

- “*Doctrina Dualista*”: Por la cual el Derecho Internacional Público y los ordenamientos jurídicos de cada uno de los Estados son dos sistemas distintos; es decir, no se intersectan, por lo que para la aplicación de un tratado se requiere de un acto de incorporación.
- “*Doctrina Monista*”: En la que se postula que tanto el Derecho Internacional Público con las normas internas de un Estado son ramas de un mismo sistema, por lo cual interactúan y pueden inclusive entrar en conflicto.
- “*Doctrina Conciliadora*”: Esta teoría reconoce la existencia de ambos sistemas jurídicos, pero los vincula con una relación de coordinación jerárquica; es decir, reconoce el hecho de la existencia de ambos ordenamientos y les da ámbito de aplicación en el que no corren paralelamente ni necesariamente entran en conflicto.

Estas posturas analizadas precedentemente no enervan el hecho fáctico de que una vez el tratado entre en vigor este será aplicable para el Estado del que se trate –de acuerdo a su concepción del Derecho Internacional Público en su plano interno– y la confirmación de ello lo constituye el principio antes referido de *buena fe*, que no significa otra cosa que “las normas y obligaciones internacionales deben ser cumplidas por los sujetos a los que son oponibles, de manera que los objetivos que persiguen puedan ser satisfechos” (Remiro: 2010, p. 345), que es enunciado en la CV1969 en su artículo 26 de la siguiente manera:

"Artículo 26.- Pacta sunt servanda.- Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe (...)."

Lo referido precedentemente determina que la aplicación de los tratados corresponde a los Estados, pero “mientras algunas normas y obligaciones exigen tan sólo la intervención de los órganos del Estado encargados de las relaciones exteriores, pues afectan exclusivamente a las relaciones interestatales, otras, en

cambio, reclaman la actuación de sus órganos internos” (Remiro: 2010, p. 345); sin embargo, sea la forma en que se determine su aplicación, “cada Estado procede como estima oportuno, condicionado sólo por la naturaleza de su norma u obligación concernida” (Remiro: 2010, p. 346); es decir, por la propia obligación de la que se trate.

1.3.3. Aplicación por el Perú

El Perú como Estado miembro de la sociedad internacional participa de los distintos regímenes internacionales existentes, en el caso del régimen internacional de los tratados el Estado peruano entró formalmente a estar obligado por la CV1969 con su entrada en vigor para el país el 14 de octubre del 2000, habiendo manifestado su consentimiento a obligarse a este tratado con el instrumento de ratificación del 14 de septiembre del mismo año.

Es importante recalcar que, aunque la ratificación de la CV1969 por parte del Perú se realiza en el año 2000, como Estado ya se encontraba en cierta forma obligado a las reglas del régimen internacional de tratados bajo la fuente normativa de la costumbre internacional, que es la “evolución de la práctica de los Estados –por un número sustancial de Estados- que tiene reconocimiento general de ser una obligación vinculante para estos bajo el Derecho Internacional” (Aust: 2011, p. 6).

1.3.3.1. La Reserva de la República del Perú a la Convención de Viena de 1969

El Perú al ratificar la CV1969 decide hacerlo ejerciendo su capacidad de formular reservas al contenido del tratado, lo cual hizo en el siguiente sentido:

“Para 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 vigencia de tratados que dispone su ordenamiento constitucional.” (Nota RE (TRA) 7-9-C/03: 2000)

Esta reserva, que constituye una institución jurídica por la cual un Estado al momento de manifestar su consentimiento a obligarse a un tratado realiza una declaración unilateral tendiente a “excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado” (artículo 2.1.d. CV1969), obliga al Gobierno de la República del Perú a hacer uso de las normas constitucionales internas al momento de aplicar las reglas sobre formas de manifestar el consentimiento a obligarse por un tratado.

Lo referido precedentemente, es de aplicación especialmente al consentimiento manifestado mediante firma y a la aplicación provisional de un tratado que son situaciones reguladas en la CV1969.

1.3.2.2. Rol del Ministerio de Relaciones Exteriores

El MRE es la entidad rectora del sector Relaciones Exteriores y conforme con el artículo 4 de la LOF MRE, del 01 de mayo de 2009, el ámbito de competencia de este Ministerio es el siguiente:

“El Ministerio de Relaciones Exteriores ejerce sus funciones dentro a los siguientes ámbitos de competencia para el logro de los objetivos y metas del Estado:

- a) Política Exterior.
- b) Relaciones Internacionales.
- c) Cooperación Internacional.” (Subrayado propio)

Su competencia en política exterior se traduce en el artículo 5 de la misma LOF MRE, sobre las funciones rectoras en el sentido siguiente:

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

(...)

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

En ese sentido, sobre la base de las normas legales que le otorga atribuciones para regular y ser órgano rector del Estado en materia de negociación y suscripción de tratados, el MRE ha aprobado mediante la Resolución Ministerial N° 0231/RE-2013 del 16 de marzo de 2013, la Directiva N° 002-DGT/RE-2013, que establece “Lineamientos Generales sobre la suscripción, perfeccionamiento interno y registro de los Tratados”, señalando en sus artículos I y II lo que a continuación se transcribe:

“I.- Ámbito de aplicación.

Todos los sectores de la Administración Pública.” (Subrayado Propio)

“II.- Objeto.

Establecer los lineamientos generales que deberán observarse para la suscripción, perfeccionamiento interno y registro de los tratados y demás instrumentos internacionales que suscriba el Perú, y para el mantenimiento del registro y archivo únicos de los tratados y demás instrumentos internacionales que se suscriban, salvo aquellos referidos a los contratos financieros internacionales a cargo del Sistema Administrativo de Endeudamiento.” (Subrayado propio)

El MRE ha normado de esta forma en el plano interno como se debe realizar a través de su conducción el perfeccionamiento interno de los tratados para finalmente realizar la manifestación del consentimiento a obligarse al instrumento internacional del que se trate.

Lo referido anteriormente tiene también sustento en el plano internacional como lo señala el célebre diplomático peruano Javier Pérez de Cuéllar cuando refiere que “El Ministerio de Relaciones Exteriores, conjuntamente con el Ministro, de quien recibe direcciones, es un órgano de las relaciones internacionales, tanto en la formulación cuanto en la ejecución de la política exterior del Estado.” (2013, p. 29), lo cual es validado por la CV1961 del 18 de abril de 1961, firmada por el Perú el 18 de diciembre de 1968, que “en su artículo 41,2, le acuerda, en los tratos internacionales, una primacía sobre los otros Ministerios al establecer que la misión

diplomática debe tratar todos los asuntos oficiales con el Ministerio de Relaciones Exteriores del país receptor o por conducto de él, o con el Ministerio que se haya convenido” (Pérez de Cuéllar: 2013, p. 29).

Esto no obstante no significa que dada la complejidad de las relaciones internacionales en la actualidad el MRE asuma además una función de coordinación con los sectores internos –tanto gubernamentales como de la sociedad civil– para elaborar un único planteamiento de política exterior que atienda las necesidades del plano interno sin que esto pueda constituir fragmentación de la posición nacional o la no atención de los intereses nacionales.

1.3.2.3. Perfeccionamiento Interno

El Perú como resultado de la reserva planteada al momento de manifestar su consentimiento a obligarse a la CV1969 ingresa a su normativa interna un conjunto de reglas que deben compadecerse de sus prescripciones constitucionales especialmente en lo que se refiere a la manifestación del consentimiento por parte del Estado peruano con relación a los tratados que celebre.

En ese sentido, la Constitución Política del Perú (CPP1993) establece en sus artículos 56 y 57 tres procedimientos de perfeccionamiento interno de los tratados, los cuales están formulados de la siguiente manera:

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

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

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

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

Cuando el tratado afecte disposiciones constitucionales debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución, antes de ser ratificado por el Presidente de la República.

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

Las normas constitucionales referidas precedentemente nos permiten establecer que el Perú tiene los siguientes procedimientos de perfeccionamiento interno:

- a) Tratados de aprobación previa del Congreso de la República del Perú (CRP) a la ratificación por el Presidente de la República del Perú (PRP).
- b) Tratados de ratificación por el PRP sin aprobación previa del CRP.
- c) Tratados que deben ser aprobados previamente por el CRP conforme al procedimiento de reforma constitucional.

1.3.2.3.1. Normas sobre perfeccionamiento interno

Estos preceptos constitucionales han sido desarrollados mediante la Ley N° 26647, Ley que “establecen normas que regulan actos relativos al perfeccionamiento nacional de los tratados celebrados por el Estado peruano”, del 22 de mayo de 2007, que en su artículo 1 establece lo siguiente:

“La presente Ley establece las normas y regula los actos relativos al perfeccionamiento nacional de los tratados celebrados por el Estado Peruano, comprendiendo: las normas de aprobación interna de los tratados, la publicación del texto íntegro de los mismos y la difusión de su entrada en vigencia e incorporación al derecho nacional.” (Subrayado propio)

Por lo tanto, la Ley N° 26647 desarrolla que procedimientos internos se requieren para el cumplimiento del perfeccionamiento y que se pueda manifestar el consentimiento a obligarse por un tratado en el plano internacional.

Siendo esto así, el artículo 2 de la Ley N° 26647 establece que para el caso de la ratificación de tratados que requieran aprobación previa del CRP, este último realiza su aprobación mediante Resolución Legislativa y el PRP realiza la ratificación mediante Decreto Supremo.

En el caso de los tratados que no requieren aprobación previa del CRP solo es necesario la emisión de un Decreto Supremo de ratificación, luego de lo cual en ambos escenarios es el PRP quien emite el respectivo instrumento de ratificación que constituye la manifestación de consentimiento en el plano internacional.

Adicionalmente, en la normativa nacional se complementa con la referida Directiva N° 002-DGT/RE-2013, la cual recopila en su numeral III el marco jurídico aplicable y determina en su numeral IV que entre las funciones específicas del MRE se encuentra:

“(…) a.- Dictar las normas y lineamientos técnicos para la adecuada suscripción, perfeccionamiento interno y registro de los tratados y demás instrumentos internacionales, así como supervisar su cumplimiento. (…)”

Esta misma Directiva N° 002-DGT/RE-2013 especifica que el perfeccionamiento interno es:

“actos dispuestos por la legislación interna destinados a la aprobación y ratificación de los acuerdos internacionales suscritos por el Estado peruano, y su posterior incorporación al Derecho nacional.”

1.3.2.3.2. Práctica peruana en el perfeccionamiento interno de tratados

Del marco normativo esbozado anteriormente se puede desprender un conjunto de reglas a aplicar en el perfeccionamiento interno de un tratado, las cuales deberán ser aplicadas por el MRE, cuyo accionar constituye la práctica peruana y que ha sido descrita de forma muy precisa en el Memorandum (DGT) N° DGT0648/2012, de fecha 09 de mayo de 2012, señalándose en su numeral 2 lo siguiente:

“Conforme al marco normativo (...), existen dos vías para el perfeccionamiento interno de los tratados. En algunos casos los tratados deben recibir la aprobación del Congreso (a través de una Resolución Legislativa) como exigencia previa a la ratificación presidencial (que se materializa con un Decreto Supremo). En otros casos, la aprobación del Congreso no es necesaria y el Presidente está habilitado para ratificar directamente los tratados. Absolutamente todos los tratados que celebre el Estado peruano deben seguir una de las dos vías.” (Subrayado propio)

Este documento señala que en el caso de los tratados que requieren ser sometidos a la aprobación del CRP para su posterior aprobación por el PRP se aplica lo establecido por el artículo 76 del Reglamento del Congreso de la República del Perú, el cual en el apartado f) del numeral 1 señala que:

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

Por lo tanto, se elabora un expediente que será remitido al CRP con los documentos referidos. El MRE, a través de su órgano de línea competente, la Dirección General de Tratados (DGT), elabora el expediente conteniendo el informe sustentatorio que contiene los antecedentes, el análisis del tratado y la opinión técnica del sector o sectores competentes –debiendo contener también la opinión del órgano u órganos de línea competentes del MRE–, sin perjuicio de la remisión en el mismo expediente de los documentos que contienen las opiniones referidas y los antecedentes.

Asimismo, el documento señala que en el caso de los tratados que serán ratificados sin aprobación previa se procede a remitir al CRP un expediente para la verificación por este último de que se ha realizado el procedimiento de perfeccionamiento interno conforme a los parámetros legales del ordenamiento jurídico nacional, habiendo el PRP emitido un Decreto Supremo de ratificación.

En este punto, es pertinente recalcar lo que el memorándum referido anteriormente señala en su numeral 5, en el cual se puede verificar lo siguiente:

“La Dirección General de Tratados del Ministerio de Relaciones Exteriores, lleva adelante este procedimiento. La labor principal y la más compleja consiste en la calificación del tratado, con miras a determinar si el mismo debe seguir la vía compleja o la simplificada, siendo indispensable para esta tarea, contar con las opiniones técnicas favorables de las entidades del Sector Público concernidas en la temática del instrumento.” (Subrayado propio)

Por lo tanto, es el MRE el que lleva a cabo el perfeccionamiento interno, a través de sus órganos de línea y de apoyo competentes, bajo la conducción de la DGT, luego de lo cual, comunicará a las contrapartes (en el caso de tratados bilaterales) o al depositario (en el caso de los tratados multilaterales), el cumplimiento de los procedimientos internos y que el tratado puede entrar en vigor.

Finalmente, el memorándum al que se hace referencia señala en su numeral 7 que constituye práctica peruana, derivado de la delineación del procedimiento de perfeccionamiento interno, el que el Perú:

“(…) no expresa la voluntad de obligarse internacionalmente mediante la firma definitiva, (…) Asimismo, en el caso de los tratados concluidos por intercambio de notas, es necesario consignar que el mismo entrará en vigor luego de haber confirmado la realización de los procedimientos requeridos a nivel constitucional. En esa misma perspectiva, la normativa nacional no contempla la posibilidad de la entrada en vigor provisional de los tratados, pues esta prescinde de la realización del procedimiento de perfeccionamiento interno.” (Subrayado propio)

Lo señalado como práctica peruana se sustenta en la reserva del Perú a la CV1969 y en las normas de perfeccionamiento interno de tratados que el MRE aplica para poder manifestar el consentimiento del Estado peruano a obligarse en el plano internacional una vez cumplidos los requisitos del procedimiento interno.

1.3.4. Experiencias de Práctica Comparada

Con la finalidad de poder analizar de manera más objetiva el perfeccionamiento interno peruano y la práctica peruana para posteriormente determinar la forma en cómo se aplicaría para el caso de las *cláusulas habilitantes* de enmienda en los tratados de libre comercio suscritos por el país es pertinente esbozar dos casos de Estados con los cuales se mantienen relaciones diplomáticas de forma muy intensa.

El primer caso a verificar será el de la práctica de la República de Chile, porque además de ser un país con el que se mantiene una intensa relación diplomática, entre otras cosas por ser un país vecino, es un país que tiene una aplicación del perfeccionamiento interno de tratados más restrictivo que el Perú –su vía de aprobación previa por el CRCH tiene más causales que la del Perú–. Asimismo, actualmente se negocian acuerdos comerciales bajo la égida de la Alianza del Pacífico, del cual ambos países son miembros, y al tener una vía de perfeccionamiento interno con aprobación previa más amplia que la del Perú sirve como ejemplo claro de aplicación práctica de las *cláusulas habilitantes*.

El segundo caso es el de Estados Unidos de América, país que entre otros factores constituye parte importante del orden internacional actual, por lo tanto, contribuyó a la generación de los regímenes internacionales que forman ese orden, pero fundamentalmente porque es con este país con quien se firmó el primer acuerdo comercial de nueva generación, o TLC, en el que se incorporó este tipo de *cláusula habilitante* sobre enmiendas por parte de las CAC, y además se debe tener presente que su práctica no se desprende de la aplicación de la CV1969 –que este país firmó pero no ha ratificado hasta la fecha– sino de su propia norma constitucional y la práctica posterior.

1.3.4.1. Práctica de la República de Chile

La práctica de la República de Chile está establecida por un conjunto de dispositivos que forman parte de su ordenamiento jurídico y que parten de lo establecido por el artículo 54 de la Constitución de la República de Chile (CCH1980):

“Artículo 54.- Son atribuciones del Congreso:

1. Aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación (...).”

Es decir, en el ordenamiento jurídico chileno que sustenta su práctica a obligarse a tratados la regla general es que para manifestar el consentimiento en el plano internacional debe ser aprobado por el Congreso de la República de Chile (CRCH); sin embargo, debe precisarse que el mismo artículo en su párrafo cuarto establece las excepciones a esta regla general de aprobación previa por parte del CRCH, las cuales son:

“Las medidas que el Presidente de la República adopte o los acuerdos que celebre para el cumplimiento de un tratado en vigor no requerirán de nueva aprobación del Congreso, a menos que se trate de materias propias de ley. No requerirán de aprobación del Congreso los tratados celebrados por el Presidente de la República en el ejercicio de su potestad reglamentaria.”
(Subrayado propio)

El artículo 63 de la CCH1980 establece que materias son propias de la ley, las cuales son las siguientes según su ordenamiento constitucional:

- “1) Las que en virtud de la Constitución deben ser objeto de leyes orgánicas constitucionales;
- 2) Las que la Constitución exija que sean reguladas por una ley;
- 3) Las que son objeto de codificación, sea civil, comercial, procesal, penal u otra;
- 4) Las materias básicas relativas al régimen jurídico laboral, sindical, previsional y de seguridad social;
- 5) Las que regulen honores públicos a los grandes servidores;
- 6) Las que modifiquen la forma o características de los emblemas nacionales;
- 7) Las que autoricen al Estado, a sus organismos y a las municipalidades, para contratar empréstitos, los que deberán estar destinados a financiar proyectos específicos.

La ley deberá indicar las fuentes de recursos con cargo a los cuales deba hacerse el servicio de la deuda. Sin embargo, se requerirá de una ley de quórum calificado para autorizar la contratación de aquellos empréstitos cuyo vencimiento exceda del término de duración del respectivo período presidencial. Lo dispuesto en este número no se aplicará al Banco Central;

8) Las que autoricen la celebración de cualquier clase de operaciones que puedan comprometer en forma directa o indirecta el crédito o la responsabilidad financiera del Estado, sus organismos y de las municipalidades. Esta disposición no se aplicará al Banco Central;

9) Las que fijen las normas con arreglo a las cuales las empresas del Estado y aquellas en que éste tenga participación puedan contratar empréstitos, los que en ningún caso podrán efectuarse con el Estado, sus organismos o empresas;

10) Las que fijen las normas sobre enajenación de bienes del Estado o de las municipalidades y sobre su arrendamiento o concesión;

11) Las que establezcan o modifiquen la división política y administrativa del país;

12) Las que señalen el valor, tipo y denominación de las monedas y el sistema de pesos y medidas;

13) Las que fijen las fuerzas de aire, mar y tierra que han de mantenerse en pie en tiempo de paz o de guerra, y las normas para permitir la entrada de tropas extranjeras en el territorio de la República, como, asimismo, la salida de tropas nacionales fuera de él;

14) Las demás que la Constitución señale como leyes de iniciativa exclusiva del Presidente de la República;

15) Las que autoricen la declaración de guerra, a propuesta del Presidente de la República; generales con arreglo a las cuales debe ejercerse la facultad del Presidente de la República para conceder indultos particulares y pensiones de gracia.

Las leyes que concedan indultos generales y amnistías requerirán siempre de quórum calificado. No obstante, este quórum será de las dos terceras partes de los diputados y senadores en ejercicio cuando se trate de delitos contemplados en el artículo 9°;

17) Las que señalen la ciudad en que debe residir el Presidente de la República, celebrar sus sesiones el Congreso Nacional y funcionar la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional;

18) Las que fijen las bases de los procedimientos que rigen los actos de la administración pública;

19) Las que regulen el funcionamiento de loterías, hipódromos y apuestas en general, y

20) Toda otra norma de carácter general y obligatorio que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico.”

Es decir, la CCH1980 es mucho más amplia con relación al ordenamiento jurídico peruano en las materias que requieren aprobación previa del CRCH para la manifestación del consentimiento a obligarse por un tratado, siendo tan así, que la aprobación previa constituye regla general en Chile mientras que en el Perú es una regla *numerus clausus*; es decir, de causales específicas.

Asimismo, la “norma constitucional chilena a diferencia de otras constituciones nacionales no establece un capítulo separado para los tratados, pero, por el contrario, establece la distribución del poder de celebración de tratados entre las varias entidades estatales llamadas a participar en la conclusión de los mismos” (Orrego & Orrego: 2005, p. 123).

Siendo esto así, la práctica chilena se realiza en la forma de si el tratado requiere la aprobación legislativa, luego de la firma del mismo, el Ministerio Secretaría General de la Presidencia de Chile (SEGPRES) elabora un mensaje presidencial, que debe ser suscrito por el o los Ministros concernidos y el Presidente de la República de Chile (PRCH), con el que se iniciará la tramitación ante su Congreso.

Luego de esto, el instrumento internacional debe ser aprobado por el CRCH, esto es por ambas Cámaras –a diferencia del CRP que es unicameral– requiriendo en cada instancia los quórum que correspondan según el contenido del tratado y se someterá en lo pertinente al trámite que requiere la aprobación de una Ley en ese país.

Una vez aprobado el tratado por el CRCH este se encuentra en condiciones de ser ratificado por ese país. El tratado al haber sido ratificado debe pasar por un procedimiento adicional al interior de Chile por el cual se promulga y se remite a la Contraloría General de la República de Chile (CGRCH) para que se realice el trámite de control previo, general y obligatorio de la legalidad y constitucionalidad

de todo el acto que dio lugar a la ratificación del tratado. Concluido este último procedimiento interno se publica en el diario oficial de Chile.

Asimismo, si el instrumento no requiere aprobación del CRCH, posteriormente a su firma este estará en condiciones de ratificarlo, lo que sí está obligado el Poder Ejecutivo de Chile es remitir el texto del tratado a la CGRCH y posteriormente publicarlo en su diario oficial.

Lo que se puede determinar de lo referido precedentemente es el “rol central del Poder Ejecutivo chileno en la conclusión de los tratados” (Orrego & Orrego: 2005, p. 125), siendo el Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile (MRECH) “la agencia estatal chilena que normalmente puede concluir tratados” (Orrego & Orrego: 2005, p. 125).

1.3.4.2. Práctica de los Estados Unidos de América

En el caso de los Estados Unidos de América de acuerdo a la Constitución de los Estados Unidos de América (CSEEUU), un tratado es una Ley Federal, pero debe entenderse diferenciando un “*tratado ejecutivo*” de un tratado que requiere legislación posterior de implementación, porque para este país el primero se ejecuta inmediatamente después ha sido ratificado, mientras que el segundo debe primero emitirse la ley de implementación, lo que significa que esta Ley es la que aplicará, siendo en este caso “el tratado aplicable cuando lo recoja la Ley mediante un procedimiento de incorporación.” (US Congress: 2001, p. 4).

El problema de la aplicación en los Estados Unidos de América, teniendo en cuenta que estas normas internas deben compadecerse del régimen internacional de tratados de la CV1969 –Estados Unidos de América no ha ratificado este tratado, pero reconoce como costumbre internacional mucho de lo que ahí se regula– que no hace diferencia sobre la naturaleza de los tratados, es sobre que tratados serian de una categoría u otra, determinándose que en la práctica es una decisión del Poder

Ejecutivo de los Estados Unidos de América –en específico del Presidente de los Estados Unidos de América (PREEUU)–, lo cual si se tiene en cuenta la CSEEUU y “la naturaleza concisa de sus provisiones” (Dalton: 2005, p. 765), hace necesario conocer la práctica que ha evolucionado en este Estado para entender en su real dimensión la forma en que se obligan a los tratados.

Esto significa que de forma similar –pero no idéntica– como al Perú o a Chile los tratados que no sean ejecutivos requieren de aprobación previa por –en este caso– el Senado del Congreso de los Estados Unidos de América (COEEUU) para que posteriormente se realice su ratificación por parte del PREEUU. La gran diferencia es que el ordenamiento jurídico de Estados Unidos de América, en contraposición de Perú o Chile, permite que la aprobación luego abra la negociación de cualquier artículo del texto original negociado por el Poder Ejecutivo de los Estados Unidos de América, a través de la Secretaria de Estado de los Estados Unidos de América (SECEEUU) que es su Ministerio de Relaciones Exteriores, bajo el esquema de un Estado presidencialista.

Lo que se determina que esta capacidad del Senado del COEEUU. dependerá de la intención con la que emita sus declaraciones al emitir la aprobación, es decir, “si se requerirá la transmisión a la otra parte para una renegociación o si solo constituirá una obligación del Poder Ejecutivo de los Estados Unidos de América con el Poder Legislativo” (US Congress: 2001, p. 11); es decir, un compromiso político al interior de ese Estado Federal de configuración presidencialista.

Adicionalmente, la normativa de los Estados Unidos de América establece que SECEEUU es “responsable en nombre del Presidente, para asegurar que todas las propuestas de acuerdos internacionales de los Estados Unidos son completamente consistentes con los objetivos de la Política Exterior” (Dalton: 2005, p. 769); es decir, este órgano del Poder Ejecutivo cumple la función de supervisar y coordinar la suscripción de los instrumentos internacionales y es su responsabilidad

determinar si se tratan de tratados ejecutivos o que requieren aprobación previa del COEEUU.

No obstante, existe además un procedimiento especial distinto a los referidos anteriormente para la entrada en vigor de un tratado en los Estados Unidos de América, el cual es conocido como el sistema “*fast track*” (US Congress: 2001, p. 5) en materia de comercio internacional, por el cual el COEEUU otorga una autorización previa al PREEUU para negociar un tratado en materias como por ejemplo de reducción de barreras arancelarias, siempre que luego de su celebración se remitan al COEEUU los textos del tratado negociado y suscrito para la aprobación o denegación del texto íntegro.

Debe tenerse presente que este procedimiento se desprende de la facultad del COEEUU de acuerdo a la CSEEUU de “regular el comercio con naciones extranjeras” (Dalton: 2005, p. 773), y que en el presente siglo ha motivado la generación de una práctica en materia de comercio internacional –derivado de la necesidad de responder de manera adecuada a los requerimientos de apertura económica del comercio internacional– por el cual el COEEUU aprueba un TLC sin tener que discutir la aprobación artículo por artículo del texto del tratado firmado y negociado por el Poder Ejecutivo de los Estados Unidos de América.

1.4. RÉGIMEN INTERNACIONAL DE LOS ACUERDOS DE LIBRE COMERCIO

El régimen internacional de los acuerdos de libre comercio ha evolucionado paulatinamente desde la configuración del sistema internacional luego de la Segunda Guerra Mundial, la razón por la que se puede afirmar que constituye un régimen internacional en sí mismo es por el “creciente enfoque en estrategias alternativas de comercio” (Krugman: 1989, p. 1), de las cuales la suscripción de acuerdos bilaterales o TLC es la más utilizada en la actualidad.

Este régimen se trató de manejar a través de la configuración de un gran esquema multilateral, el GATT, que evolucionó en la última década del siglo pasado en la OMC, luego de sucesivas rondas de negociación que buscaban establecer las reglas necesarias para que el comercio internacional fuera regulado y motivaron importantes avances en materia del comercio de bienes.

Empero, la negociación en el ámbito multilateral paulatinamente dio a lugar a un esquema paralelo, de negociaciones bilaterales y plurilaterales, del cual los TLC constituyen su exponente más importante, porque los Estados comenzaron a suscribir este tipo de acuerdos de manera mucho más amplia a los resultados que el sistema de la OMC podía producir. Precisamente, el crecimiento de la suscripción de TLC inició un debate importante sobre las razones de esta situación.

Se puede verificar este desarrollo exponencial de los TLC debido a como señala Halperin “al desgaste observado en el ámbito multilateral” (2011, p. 3), también se puede agregar una corriente académica que sostenía que “la proliferación de acciones bilaterales y plurilaterales características propias de la economía global en una fase avanzada de su proceso de maduración” (Halperin; 2011, p. 3); por lo tanto, “la progresiva erosión de diferentes patrones lógico-jurídicos con pretensiones de universalidad y uniformidad” (Halperin: 2011, p. 3), la considera como un colorario del proceso mismo.

Es preciso recordar que este proceso de aumento explosivo de acuerdos bilaterales fue tratado por Bhagwati bajo el concepto de *spaghetti bowl* (1995, p. 4), entendido como la proliferación de las relaciones bilaterales a través de los denominados acuerdos comerciales o TLC, aunque la connotación que le dio fue negativa porque consideraba que el régimen de libre comercio debía manejarse por los cauces multilaterales, la realidad ha superado a la opinión de estos académicos.

En tanto, como señala Erixon los acuerdos bilaterales “pueden ser apoyados por al menos dos argumentos sólidos” (2012, pp. 38-39), los cuales serían los siguientes:

- “Deben estar orientados a incrementar el comercio y el crecimiento económico”, en el sentido que en el escenario de comercio internacional actual donde existen cadenas globales de valor cobra sentido buscar la mayor cantidad de acuerdos bilaterales con los países que forman parte de estas cadenas productivas para evitar efectos disruptores de comercio.
- “Deben estar dirigidos a desencadenar una dinámica positiva de liberalización en otros países”, porque un acuerdo bilateral de apertura comercial adecuado puede incentivar que otros Estados abran sus mercados y busquen acuerdos bilaterales similares.

El resultado de este esquema de negociación internacional económica no ha sido otra cosa que la configuración de un régimen internacional en el cual los acuerdos comerciales son la forma de relacionamiento por antonomasia.

1.4.1. Acuerdos Comerciales

Los acuerdos comerciales son tratados en materias específicas de naturaleza económica; es decir, “acuerdos vinculantes que suscriben dos o más Estados con la finalidad de conceder preferencias arancelarias y reducir barreras no arancelarias en el mercado de bienes y servicios” (MINCETUR: 2017).

Esta definición conceptual nos permite aseverar como señala Halperin que el objetivo de los acuerdos comerciales es “consagrar reglas y criterios que abonen un estado de negociación o transacción permanente” (2011, p. 10).

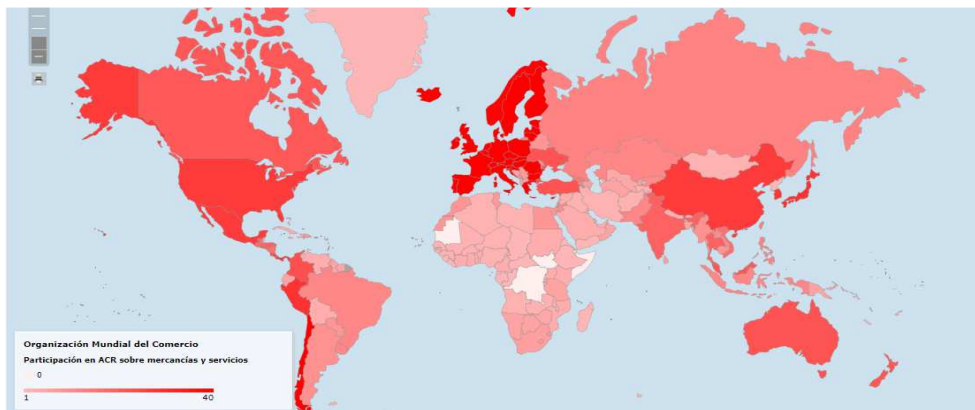
Se debe tener presente que las relaciones económicas contemporáneas que se han denominado bajo el efecto *spaghetti bowl* de Bhagwati constituyen actualmente

alrededor del “50 % del comercio mundial contemporáneo” (Rodríguez: 2012, p. 13); sin embargo, queda claro que la terminología al respecto no es uniforme porque se denomina de distintas formas los acuerdos que son celebrados fuera del marco multilateral de la OMC, los que de por sí en la OMC reciben el nombre genérico de “acuerdos comerciales preferenciales” (Rodríguez: 2012, p. 13).

Lo anteriormente referido sobre los ACP no hace otra cosa que determinar que el “regionalismo está aquí para permanecer, el comercio internacional es regulado por un conjunto diverso de acuerdos comerciales unilaterales, bilaterales y multilaterales” (Baldwin: 2006, p. 1); dentro de los cuales el componente bilateral tiene fundamental relevancia.

Este componente bilateral verifica “la emergencia de un nuevo tipo de acuerdos comerciales recíprocos” (Bouzas & Zelicovich: 2014, p. 975), los cuales incluyen una temática que en el ámbito multilateral había generado resistencias a su tratamiento, pero que gracias a su resolución en las negociaciones bilaterales ha ido incrementando el número de acuerdos comerciales bajo esta égida, los cuales han venido a denominarse en su conjunto como TLC.

Esta preponderancia del componente de los acuerdos bilaterales en el régimen internacional de libre comercio actual puede verificarse en el gráfico siguiente:



Fuente: OMC (2017)

1.4.1.1. Tratados de Libre Comercio

La definición que se puede esbozar de TLC es que se trata de un “acuerdo comercial vinculante que suscriben dos o más países a fin de profundizar la integración económica de los países firmantes, (...) incorpora además de los temas de acceso a nuevos mercados, otros aspectos normativos relacionados al comercio, tales como propiedad intelectual, inversiones, políticas de competencia, servicios financieros, telecomunicaciones, comercio electrónico, asuntos laborales, disposiciones medioambientales y mecanismos de defensa comercial y de solución de controversias.” (MINCETUR: 2017).

Por lo tanto, los TLC se pueden definir como un tipo de “acuerdo de nueva generación (...) que incluye nuevos temas y estándares para el comercio internacional, trae nuevos parámetros a tener en cuenta en el quehacer comercial internacional” (Hooker: 2015, p. 199).

Es decir, los TLC son un tipo de acuerdos comerciales, que a su vez son tratados en materia económica, que además de las materias tradicionalmente reconocidas como son la reducción de barreras arancelarias y no arancelarias, incorpora un conjunto de temas vinculados directa e indirectamente, en este último caso los asuntos laborales y disposiciones medioambientales que en su conjunto comprenden un amplio espectro de la política económica de un país.

1.4.1.2. Diferencia entre los Acuerdos Comerciales de nueva generación con los que se desprenden del Tratado de Montevideo: Acuerdos de Complementación Económica

Se debe tener presente que el esquema de integración económica desarrollado en Latinoamérica, especialmente América del Sur, se circunscribe a las concepciones de liberalización que se han dado paralelamente a la evolución del

régimen multilateral de libre comercio, del cual la OMC es su más importante exponente.

En ese sentido, la Secretaría de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI) determinó que al 2011 se habían “suscrito un total de 214 acuerdos comerciales entre sus miembros desde la entrada en vigencia del Tratado de Montevideo de 1980” (Rodríguez: 2012, p. 18), conocidos como Acuerdos de Complementación Económica (ACE), que eran acuerdos comerciales cuyo objetivo fundamentalmente se circunscribía “a otorgar márgenes de preferencia sobre los aranceles vigentes” (Rodríguez: 2012, p. 18), no la eliminación completa de las barreras, de los cuales siguen “vigentes 58” (Rodríguez: 2012, p. 19) de este tipo de acuerdos.

El esquema de integración generado por el Tratado de Montevideo de 1980 establece como componente de su desarrollo y evolución “la importancia y el diseño de las acciones parciales” (Garnelo: 2012, p. 40), las cuales contenían una *cláusula de apertura* que debía “posibilitar la adhesión de los demás países” (Rodríguez: 2012, p. 41); es decir, los ACE corresponde a un tipo de acción parcial derivada del Tratado de Montevideo de 1980 cuya “finalidad exclusiva era la promoción del comercio entre los países miembros” (Garnelo: 2012, p. 42) de la ALADI, por lo que este tipo de instrumento internacional son sucedáneos del Tratado de Montevideo de 1980, en concepción y finalidad.

En ese sentido, los ACE tienen como finalidad “promover el máximo aprovechamiento de los factores de la producción, estimular la complementación económica, asegurar las condiciones equitativas de competencia, facilitar la concurrencia de los productos al mercado internacional e impulsar el desarrollo equilibrado y armónico de los países miembros” (Garnelo: 2012, p. 43); es decir, desde su conceptualización este tipo de instrumentos se han diseñado para profundizar el alcance del Tratado de Montevideo de 1980, a través de los ACE que

suscriben países miembros de la ALADI, así la *cláusula de apertura* de los ACE que se desprende de este objetivo primordial en la suscripción de este tipo de instrumentos no existe en los TLC.

Lo que se determina del objetivo de los ACE con relación a los TLC, es que los primeros vienen a ser un desarrollo del Tratado de Montevideo de 1980; es decir, complementarios, y no instrumentos completos como sí lo son los TLC, que por su amplitud temática han requerido la generación de capacidades que no existían en el Perú, lo cual se demuestra en la evolución de las negociaciones económicas sucedidas en dos TLC emblemáticos, el primero con los Estados Unidos de América y uno posterior con la Unión Europea, con prioridades distintas, pero preservando un marco uniforme con relación a la estructura de la regulación general para la aplicación de este tipo de tratados.

1.4.2. Comisiones Administradoras Conjuntas de los Tratados de Libre Comercio

Se conoce como CAC a la institucionalidad que administra la aplicación por los Estados partes de los TLC, usualmente están conformados –en el caso del Perú– por el MINCETUR y la contraparte del Estado o Estados –en los acuerdos multipartes– con los que se ha suscrito el tratado del que se trate.

Estas CAC se encargan de administrar y regular la aplicación de los TLC para el aprovechamiento por parte de los agentes económicos de los Estados partes; es decir, constituyen el órgano de administración de los TLC y van a encargarse de la aplicación conjunta de las reglas en vigor entre los Estados partes, para lo cual las normas de estos tratados establecen un conjunto de facultades que han sido aprobadas –por lo tanto, en vigor para los Estados partes– de conformidad con los procedimientos de perfeccionamiento interno de estos Estados.

Es precisamente la función de la CAC ser el órgano principal *ad hoc* encargado de la implementación de un TLC porque se encarga de la supervisión de los Comités especializados y Grupos de Trabajo que el acuerdo comercial haya establecido entre los Estados partes y también es el órgano que servirá como plataforma para las posteriores negociaciones que pudieran existir para incrementar los alcances de las obligaciones que se desprendan del TLC.

Las CAC al ser conformadas –en el caso del Perú– por un representante del MINCETUR responden a una estructura determinada en el plano interno para este Ministerio, que actualmente mediante la Ley N° 27790, Ley de Organización y Funciones del MINCETUR (LOF MINCETUR) le otorga atribuciones para desarrollar y aprovechar los TLC suscritos y vigentes para el Perú, con la finalidad de garantizar la inserción del país en las mejores condiciones posibles al escenario actual del comercio internacional.

1.4.2.1. Rol del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo

El MINCETUR es la entidad rectora del sector comercio exterior y turismo, en ese sentido, de acuerdo a la LOF MINCETUR, de fecha 23 de julio de 2002, la competencia de este Ministerio conforme a su artículo 2 es:

“El Ministerio de Comercio Exterior y Turismo define, dirige, ejecuta, coordina y supervisa la política de comercio exterior y de turismo. Tiene la responsabilidad en materia de la promoción de las exportaciones y de las negociaciones comerciales internacionales, en coordinación con los Ministerios de Relaciones Exteriores y de Economía y Finanzas y los demás sectores del Gobierno en ámbito de sus respectivas competencias.

Asimismo, está encargado de la regulación del comercio Exterior. El titular del sector dirige las negociaciones comerciales internacionales del Estado y está facultado para suscribir convenios en el marco de su competencia. En materia de turismo promueve, orienta y regula la actividad turística, con el fin de impulsar su desarrollo sostenible, incluyendo la promoción, orientación y regulación de la artesanía.” (Subrayado propio)

Asimismo, el MINCETUR de acuerdo al inciso c) del artículo 4 de la referida LOF MINCETUR tiene como objetivo en materia de comercio exterior lo siguiente:

“Artículo 4.- De los objetivos

Son objetivos del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo:

(...)

c) Alcanzar el óptimo aprovechamiento de los acuerdos o convenios comerciales suscritos por el país, así como de los diferentes esquemas preferenciales.

(...).”

Por lo tanto, el MINCETUR participa como órgano del Estado peruano responsable de las negociaciones comerciales internacionales en coordinación con el MRE, es decir, este sector es el que participa de la aplicación de los TLC, por ello su inclusión expresa como miembro representante del Perú en las CAC, pero se debe recordar la competencia clara en materia de Política Exterior que tiene el MRE y en particular en la celebración de los tratados en general y su correspondiente perfeccionamiento interno.

Debe tenerse presente que de acuerdo al artículo 54-D del Reglamento de Organización y Funciones del MINCETUR (ROF MINCETUR) corresponde a la Dirección General de Negociaciones Comerciales (DNC) de este sector lo siguiente:

“Artículo 54-D.- Dirección General de Negociaciones Comerciales Internacionales

Es el órgano de línea encargado de proponer, ejecutar y evaluar la política de negociaciones comerciales internacionales y de administración de acuerdos comerciales y de integración comercial, y de cooperación económica y social en materia de comercio exterior, en los ámbitos multilateral, plurilateral y bilateral. Dirige, evalúa y supervisa las acciones relativas a las negociaciones de acuerdos comerciales internacionales y de administración de acuerdos comerciales y de integración comercial, y de cooperación económica y social en materia de comercio exterior, en coordinación con los demás sectores en el ámbito de sus respectivas competencias. La Dirección General de Negociaciones Comerciales Internacionales y sus direcciones de línea ejercen sus funciones en coordinación con las dependencias correspondientes del Viceministerio de Comercio Exterior. Depende jerárquicamente del Despacho Viceministerial de Comercio Exterior.” (Subrayado propio)

El MINCETUR a través de la DNC tiene como función específica, establecida en el inciso d) del artículo 54-E ROF MINCETUR lo siguiente:

“Artículo 54-E.- Funciones de la Dirección General de Negociaciones Comerciales Internacionales

Son funciones de la Dirección General de Negociaciones Comerciales Internacionales:

(...)

d) Velar por el cumplimiento de los compromisos comerciales internacionales y de integración comercial, y de cooperación económica y social en materia de comercio exterior, en el ámbito nacional e internacional, asumidos por el Perú;

(...).”

Es decir, la DNC es el órgano encargado del MINCETUR de la administración de los TLC suscritos y vigentes para el Perú, por lo tanto, debe participar de las CAC a través de un representante designado y en cumplimiento de las funciones del MINCETUR de coordinar la ejecución de los acuerdos comerciales para garantizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas y la óptima utilización por los agentes económicos del lado peruano con los de la contraparte.

1.4.2.2. Rol del Ministerio de Relaciones Exteriores

El MRE tiene un rol en las negociaciones comerciales internacionales, como se refirió previamente, en coordinación con el órgano responsable del Estado peruano, el MINCETUR. Esta facultad se puede verificar del numeral 6 del artículo 5 de la LOF MRE, que establece lo siguiente:

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

(...)

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

En ese sentido, el órgano competente al interior del MRE para dirigir la función de coordinación en la participación en esta temática es la Dirección General para Asuntos Económicos (DAE), de acuerdo al Reglamento de Organización y Funciones del MRE (ROF MRE), aprobado mediante Decreto Supremo N° 135-2010-RE del 18 de diciembre de 2010, que señala en el inciso b del artículo 103 lo siguiente:

“(...) b) Negociar y/o participar en las negociaciones de los instrumentos multilaterales, regionales y bilaterales referidos a los asuntos de su competencia, así como velar por su cumplimiento, en coordinación con los sectores vinculados. En materia de comercio exterior, coordinará con el sector competente. (...)”

Esta facultad se verifica en la estructura de la DAE, que a través de la Dirección de Negociaciones Económicas (DNE) tiene la atribución específica regulada en el inciso b del artículo 105 del referido ROF MRE que señala lo siguiente:

“(...) b) Participar en la negociación de los tratados de libre comercio y convenios internacionales de inversiones, y velar por su cumplimiento; así como coadyuvar en las negociaciones de otros convenios en materia económica en coordinación con los sectores competentes. Se excluyen los contratos internacionales relacionados con las operaciones financieras externas a cargo del Sistema Administrativo de Endeudamiento. (...)”

Por lo tanto, el rol del MRE a través de la DAE, en lo específico la DNE, será no solamente coadyuvar al MINCETUR en la realización de sus funciones –las negociaciones comerciales internacionales–, sino también dirigir la participación del MRE como sector y órgano del Estado peruano encargado del relacionamiento externo del país colaborando con el MINCETUR en el cumplimiento de los acuerdos comerciales suscritos por el Perú, que incluye a los TLC materia de la presente tesis.

1.5. PUNTOS DE ENCUENTRO Y DIVERGENCIA ENTRE LOS REGÍMENES INTERNACIONALES DE LOS TRATADOS Y DE LOS ACUERDOS DE LIBRE COMERCIO

La interacción de los regímenes internacionales es un hecho dado en tanto los “problemas globales, no calzan necesariamente dentro de un régimen internacional determinado” (Young: 2012, p. 85), en tanto, las normas que establecen pueden vincularse para una determinada problemática generando la preocupación de como podrán aplicarse y la interpretación que debe tener la existencia de en ciertos casos regímenes con normativas superpuestas.

Tanto el régimen internacional de los tratados como el de los acuerdos de libre comercio se sustentan en la figura del tratado, lo que nos permite entrever que muchas de las normas aplicables en cuestiones de procedimiento para uno lo son para el otro régimen.

En ese sentido, ambos regímenes comparten el sustrato de aplicación del Derecho Internacional Público en su extensión más amplia, lo que los diferencia es la temática, mientras el régimen internacional de tratados viene a ser un conjunto de normas, principios, reglas y procedimientos destinados a regular las relaciones entre actores internacionales de forma general para obligarse de forma vinculante por el acuerdo internacional denominado como *tratado* en distintas temáticas, el régimen internacional de acuerdos comerciales responde a una lógica económica y de potenciamiento y consolidación de las relaciones económicas bilaterales entre agentes económicos de los Estados miembros.

Siendo esto así, el régimen internacional de acuerdos de libre comercio responde a las necesidades de una economía internacional globalizada y de agentes económicos que necesitan marcos regulatorios claros y predictibles pero adaptables a las necesidades cambiantes de las relaciones económicas, por lo que el régimen internacional de tratados debe ser auscultado para determinar su adaptabilidad a las

necesidades de las relaciones económicas contemporáneas, como sucede en el caso de la aplicación de las *cláusulas habilitantes* de enmiendas aprobadas y en vigor en los TLC que el Perú ha ratificado en los últimos años.

De la verificación conceptual realizada se puede afirmar que tanto el régimen internacional de los tratados como el régimen internacional de los acuerdos comerciales comparten una base con relación a los actores internacionales que principalmente los conforman y establecen –Los Estados–, en tanto, son estos a través de sus órganos internos competentes los que los utilizan y modifican.

Por lo tanto, los regímenes internacionales referidos comparten la naturaleza básica del instrumento internacional que utilizan como su principal forma de relacionamiento el tratado, con lo que ambos regímenes comparten en principio la aplicación de las reglas establecidas para la celebración de este tipo de instrumento internacional y la entrada en vigor entre los Estados que los suscriban.

No obstante, es importante reiterar que la diferencia de ambos regímenes internacionales corresponde precisamente a la diferencia que tienen los TLC de otros tipos de tratados, y como en cada Estado se ha generado un conjunto de reglas internas específicas para obligarse ante este tipo de tratados –como sucede con el Perú–, que difieren en algunos aspectos de las reglas de los tratados en general.

CAPÍTULO II

LAS CATEGORIAS DE INTERPRETACIÓN Y ENMIENDA DE TRATADOS Y SU APLICACIÓN POR EL ESTADO PERUANO

La suscripción en los últimos ocho años por parte del Estado Peruano de diversos acuerdos comerciales con sus principales socios ha motivado, por la naturaleza técnica y amplia de estos instrumentos, que se considere necesaria la introducción de mecanismos que prevean la actualización con cierta regularidad de algunos aspectos específicos contenidos en dichos acuerdos, sin tener que recurrir a las reglas generales de enmienda de los tratados previstos en la CV1969. Uno de estos mecanismos es la *cláusula habilitante* que permitiría efectuar modificaciones de manera directa, por parte de las CAC de dichos acuerdos.

Sin embargo, la forma en que se han redactado estas cláusulas en los TLC suscritos por el Perú, no ha sido lo suficientemente clara y, además, contiene importantes vacíos los cuales han generado complicaciones en su implementación y diferencias entre el MRE, a cargo del perfeccionamiento interno y el registro de instrumentos internacionales, y el MINCETUR, sector que lidera las negociaciones comerciales internacionales y preside por parte de la República del Perú las CAC.

Por ello, en el entendido de que los TLC constituyen tratados al amparo de la CV1969, es importante entender en el presente capítulo la figura de la interpretación de tratados, así como la regulación de las enmiendas en general y su aplicación, para pasar en el capítulo posterior a analizar esta problemática específica.

La razón de lo referido en el párrafo precedente se sustenta en que “resolver un determinado problema de interpretación de tratados requiere el tiempo y la habilidad de diferentes autoridades: Cortes nacionales, policía, autoridades de inmigración, oficiales militares, personal diplomático, Cortes internacionales y así

sucesivamente, los que pueden recibir el nombre conjunto de aplicadores de la norma internacional” (Linderfalk: 2010, p. 1).

Es decir, un conjunto de individuos que conforman los actores de las relaciones internacionales por lo cual es importante poder entender de forma comprensiva las reglas que se aplicarán en la actividad de interpretación.

2.1. LA INTERPRETACIÓN DE LOS TRATADOS

Del conjunto de reglas establecidas en la CV1969 tal vez una de las más importantes para la aplicación de estos instrumentos internacionales es el capítulo de interpretación que constituyen un conjunto de reglas que son aceptadas como “costumbre internacional y no abiertas a discusión” (Gardiner: 2014, p. 476). Este importante jurista llega a afirmar con relación a la codificación de la CV1969 que “el principal objetivo fue el de la certeza del Derecho, y que la certeza del Derecho de los Tratados depende principalmente de la certeza de las reglas de interpretación” (Gardiner: 2010, p. 5).

En ese orden de ideas, la figura de la interpretación de los tratados se puede definir como “una operación intelectual que tiene como fin determinar el verdadero sentido y alcances de las normas jurídicas internacionales contenidas en estos instrumentos, aclarando los aspectos oscuros o ambiguos que tales disposiciones puedan tener” (Novak: 2013, p. 72); en otras palabras, la “actividad a través de la cual el significado del texto de un tratado es clarificado” (Linderfalk: 2010, p. 10)

El objetivo de las reglas establecidas en la CV1969 es contundentemente “otorgar significado al texto” (Gardiner: 2014, p. 478) de un tratado, lo cual implica que, aunque el texto de un instrumento internacional sea claro y solo técnicamente pueda aplicarse, la actividad previa siempre será la de interpretación del contenido. Esto nace precisamente del “creciente número y significado de los tratados” (Gardiner: 2010, p. 5) en el contexto contemporáneo.

La atribución de significado parte de la misma configuración del instrumento internacional; es decir, de su redacción lo que significa que la actividad de interpretación entra a formar parte de la práctica de los Estados en la celebración de los mismos

Esta actividad de los Estados la define Linderfalk (2010: p. 10) como “uno de los caminos para entender el texto de un tratado”; es decir, la interpretación es la forma en cómo se entiende un tratado en concreto.

La CDI al momento de redactar las reglas que terminarían conformando la CV1969 determinó “la existencia de tres criterios básicos en orden a la interpretación de tratados a saber”: (Pastor: 2016, p. 117)

- “*El criterio objetivo*”: El cual realiza la actividad de interpretación sobre la base del texto del tratado, entendido como “la expresión auténtica de la voluntad de los Estados” (Pastor: 2016, p. 117).
- “*El criterio subjetivo*”: Centra la actividad interpretativa de los operadores en lo que se denomina la “intención de las partes” (Pastor: 2016, p. 117).
- “*El criterio teleológico*”: Cuyo eje principal viene a ser los “objetos y fines declarados y manifiestos del tratado” (Pastor: 2016, p. 117), para realizar la interpretación del mismo.

La determinación de estos criterios tiene como interrogante fundamental dos aspectos de la actividad interpretativa, los cuales son: “quienes pueden interpretar un tratado, y cómo llevar adelante esta interpretación” (Novak: 2013, p. 72), porque “aquellos que practican el arte necesitan entender las reglas” (Gardiner: 2010, p. 5).

2.1.1. Sujetos de la interpretación de los Tratados

La interpretación de los tratados como actividad “puede ser efectuada por diversos sujetos o entidades, atribuyéndoles diversos efectos en cada caso” (Novak: 2013, p. 72); en todo caso, debe recalarse que la CV1969 no regula el tema, y “aunque se planteó en los debates de la CDI, esta no adoptó una decisión respectiva” (Hernández: 2013, p. 100), en el entendido que al ser el Derecho Internacional Público un “sistema descentralizado, eso permite que cada sujeto de derecho internacional aplique las normas relevantes” (Hernández: 2013, p. 100) que estimara pertinentes.

Siendo esto así, la “respuesta a la pregunta de ¿Quién frecuentemente interpreta un tratado? Es las mismas partes del tratado” (Gardiner: 2010, p. 110); por lo tanto, “la interpretación puede ser realizada por los propios Estados partes de un tratado (todos ellos en conjunto), sea en el tratado mismo o en un acto posterior. A esto se le conoce como interpretación auténtica y sus efectos jurídicos no se limitan a las partes del tratado, sino que son oponibles a terceros” (Novak: 2013, p. 72).

De otro lado, la interpretación de un tratado también “puede ser efectuada por un órgano jurisdiccional, cuando las partes en un litigio le reconocen competencia para resolver una controversia existente entre ellas. En tal caso, la interpretación efectuada por el tribunal surtirá efectos jurídicos para las partes en cuestión y sobre la materia del litigio” (Novak: 2013, p. 72).

Asimismo, la actividad de interpretación “puede ser hecha por los diversos órganos de un Estado. En este caso, la interpretación conocida como unilateral, sólo surtirá efectos jurídicos, en el Derecho interno de aquel Estado, no siendo oponible a los demás Estados partes del acuerdo” (Novak: 2013, pp. 72-73); sin embargo, “esta interpretación unilateral debe reflejar fielmente las obligaciones en el acuerdo entre las partes, en tanto los defectos en la legislación interna del Estado no son

argumento de defensa si una parte incumple sus obligaciones” (Gardiner: 2010, p. 110).

Lo previamente expresado permite afirmar que “los problemas de la interpretación de tratados serán comúnmente un asunto de discusión, negociación, y acuerdo entre los Estados o para la resolución al interior de una organización internacional, con una determinación judicial o arbitral solo en la minoría de los casos” (Gardiner: 2010, p. 110), como ha sucedido desde la creación del régimen internacional de los tratados.

2.1.2. Reglas de Interpretación de los Tratados

En la actividad de interpretación, “los objetos de interpretación son textos escritos de significado jurídico, especialmente tratados internacionales, los cuales han sido formulados por autores identificables y en fechas conocidas” (Hernández: 2013, pp. 100-101).

En palabras del jurista Linderfalk las reglas de interpretación de la CV1969 permiten afirmar que “contienen una descripción de la manera en que el operador deberá proceder para determinar el significado correcto de una provisión de un tratado considerado desde el punto de vista del Derecho Internacional” (2010: p. 29)

Al elaborar el conjunto de reglas que constituyen la CV1969, “la CDI se dedicó a precisar los pocos principios generales de la costumbre internacional que parecen constituir reglas generales de interpretación de tratados” (Hernández: 2013, pp. 112-113), este proceso determinó las reglas que ahora constituyen la sección de interpretación de la CV1969.

La CV1969 estableció que “las reglas de interpretación son dos: la regla principal, llamada “Regla General de Interpretación”, y el recurso a la regla secundaria, llamada “Medios de Interpretación Complementarios”. Solo se contempla el recurso al método secundario cuando el método principal no da resultados o para confirmar el resultado de recurso al método principal” (Hernández: 2013, p. 114), con lo que al aplicarlas se podría arribar como resultado del procedimiento de interpretación al significado correcto de una determina cláusula de un tratado.

Debe recordarse que las reglas de interpretación de la CV1969 “no son una complicación exclusiva de reglas para la guía en la interpretación de tratados, otras habilidades y principios son admisibles en el sentido que no entren en conflicto con las reglas de la Convención de Viena” (Gardiner: 2010, p. 6).

2.1.2.1. La regla general de interpretación

La CV1969 establece en su artículo 31 la siguiente regla de interpretación:

- “1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.
2. Para los efectos de la interpretación de un tratado. el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:
 - a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;
 - b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;
3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:
 - a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;
 - b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;
 - c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.
4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.”

La regla de interpretación antes descrita permite establecer que la actividad interpretativa en los tratados parte de la redacción misma de los textos por los Estados; en ese sentido, es en la práctica de los Estados donde se encontrarán las circunstancias que permitirán delimitar su aplicación sobre la base de su contenido.

El artículo 31 de la CV1969 “consagra un pluralismo de métodos y reglas de interpretación de los tratados, con una clara primacía de la interpretación textual” (Novak: 2013, p. 74), lo que no puede significar que “se consagre una jerarquía o prevalencia de una regla –la textual– sobre las otras al momento de efectuar la operación de interpretación, sin tan sólo que en el proceso de interpretación siempre se tiene como punto de partida el texto mismo del acuerdo y si este es claro y brinda certeza, no hay que indagar más” (Novak: 2013, p. 74).

Linderfalk escribió existen dos preguntas que deben ser respondidas al momento de interpretar y están relacionadas a la regla de interpretación de la CV1969, estas interrogantes son:

“¿Cuáles son las reglas de interpretación que deben ser aplicadas para determinar el significado de una provisión de un tratado interpretado? y ¿En qué orden deben aplicarse las reglas de interpretación que existen?” (Linderfalk: 2010, p. 11)

Para responder estas preguntas se debe recordar que la regla general de interpretación de la CV1969 tiene una descripción de las reglas y la forma de proceder al utilizarlas por lo que tal como lo ha definido Linderfalk constituye “*una afirmación no controvertida*” (2010, p. 29) que permitirá a los operadores determinar el significado correcto de la provisión de un tratado.

En primer lugar, la principal regla de interpretación es la del artículo 31 de la CV1969 que establece expresamente que se debe interpretar de “buena fe conforme al sentido corriente que puede atribuirse a los términos del tratado, en el contexto

de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”, la cual puede dividirse en tres actos distintos:

- Interpretación de buena fe conforme al sentido corriente de los términos del tratado.
- Interpretación de acuerdo al contexto de los términos del tratado.
- Interpretación teniendo en cuenta el objeto y fin del tratado.

2.1.2.1.1. Interpretación conforme al sentido corriente

La interpretación en su primer acto se da en “el texto mismo del acuerdo, pues en él consta la intención de las partes.” (Novak: 2013, p. 75), lo que garantiza que la actividad de los sujetos que realizan la interpretación tenga una garantía sobre la base de lo estipulado en el tratado mismo.

Este primer acto de interpretación parte del principio de *buena fe*, que puede entenderse como la “convicción en que se halla un sujeto de que lo que hace o lo que posee es con legítimo derecho” (Pinto-Bazurco et. al.: 2006, p. 37), en el caso de la CV1969 este principio es recogido no solo en el artículo 31 que establece las reglas de interpretación sino como parte del contenido del *principio de pacta sunt servanda* que en el artículo 26 prescribe:

“Pacta sunt servanda: Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.”

Sobre el concepto de *buena fe*, se debe tener en cuenta que “la precisión conceptual es difícil, parece representar una exigencia fundamental de lo razonable. Esto se entiende en que el concepto de buena fe es tenido en cuenta en las reglas de interpretación mismas, aunque como una obligación de resultado, debiendo evitarse que la interpretación del tratado conduzca a un resultado absurdo o irrazonable” (Hernández: 2013, p. 121).

En ese sentido, el acto de interpretación bajo el criterio del sentido corriente de los términos del tratado se hace por las partes con la convicción de que ambas partes van a proceder en ese sentido, por lo tanto, la interpretación se realiza no por la etimología o cualquier forma técnica de lectura de los términos sino por el lenguaje convencional.

Tal y como afirma Linderfalk “por sentido corriente de los términos de un tratado, la Convención de Viena se refiere al significado adscrito a esos términos en el lenguaje convencional, en oposición al significado que se le podría atribuir a los términos aplicando los principios de la etimología” (2010, p. 62).

Es decir, el uso ordinario que se le da en un determinado idioma a los términos consignados en el instrumento internacional; en tanto, “que el enfoque textual prevalece en toda la operación, parece natural que los términos, a los que se les va a dar significado, se refieran a lo que ha sido escrito por las partes, es decir, las palabras y frases utilizadas en el tratado, más que lo que acuerden dichas partes” (Hernández: 2013, p. 115).

Esta alusión del artículo 31 de la CV1969 “al sentido ordinario y natural de los términos, hace referencia a su significado regular, normal o acostumbrado. En este sentido, se recurrirá generalmente a consultar diccionarios ordinarios y no especializados” (Novak: 2013, p. 76). Esto significa también que “cuando las disposiciones de un tratado utilicen palabras o términos técnicos o jurídicos, se indague por su significado técnico o jurídico” (Novak: 2013, p. 76), porque esos términos tienen solamente ese uso ordinario, el técnico o jurídico.

Sin embargo, el problema que se presenta es como se interpreta de acuerdo al sentido corriente si el significado de los términos ha variado con el transcurso del tiempo, tal vez para clarificar este punto podemos recurrir al concepto *buena fe*; es decir, se espera que la interpretación proceda conforme a la convicción que tienen

las partes sobre el uso del lenguaje al momento de la celebración del tratado y solo debería proceder el cambio de sentido si se entiende que el término es tan genérico que permite entenderlo de acuerdo al cambio en el significado por el transcurso del tiempo.

Como ya lo afirmó Hernández en su estudio sobre la interpretación de tratados, “dos aspectos vinculados deben tenerse en cuenta: el aspecto temporal de la prueba del sentido corriente se refiere a la cuestión de la interpretación estática o dinámica; excepto en donde las partes hayan utilizado un término genérico” (2013, p. 116); es decir, el aspecto temporal deberá siempre tenerse en cuenta con excepción de que expresamente en el tratado el término o palabra a interpretar no contenga esa connotación dinámica porque es un término genérico no pasible de ese análisis.

Adicionalmente, el aspecto del idioma se puede extraer del artículo 33 de la CV1969 en el sentido que “cada idioma de un tratado autenticado debe ser consultado para el sentido corriente del término en cuestión y cada una de ellas tiene el mismo valor, desde que, en cada idioma autenticado, el término en principio debe considerarse que tiene el mismo significado” (Hernández: 2013, p. 116).

En este punto es pertinente recordar que la propia CV1969 establece en el referido artículo 33 que este accionar en la interpretación tiene una excepción cuando el propio tratado –por acuerdos de las partes– disponga que uno de los textos prevalecerá.

Siendo esto así esta regla puede aplicarse de la siguiente manera: “si puede demostrarse que en la cláusula de un tratado existe una expresión cuya forma corresponde a una expresión del lenguaje convencional, entonces la cláusula deberá ser entendida de acuerdo con las reglas de este idioma. Para los propósitos de esta regla, el lenguaje convencional significa el lenguaje empleado al momento de la conclusión del tratado, con excepción de los casos en los que el lenguaje

convencional signifique el lenguaje empleado al momento de la interpretación, con la condición de que se demuestre que el objeto interpretado es una expresión genérica con un referente asumido por las partes como alterable” (Linderfalk: 2010, p. 95).

2.1.2.1.2. Interpretación de acuerdo al contexto

El segundo acto de interpretación se refiere al contexto, el cual debe ser entendido como el que se desprende del texto del tratado, “desde que el proceso de interpretación no es solo un ejercicio gramatical, la regla general de interpretación, no permite un sentido corriente abstracto de una frase, divorciado del lugar que esa frase ocupa en el texto a ser interpretado” (Hernández: 2013, p. 116).

Es decir, no solamente de los términos a interpretar sino del contenido holístico del mismo, pero conjuntamente a cualquier acuerdo o instrumento que las partes han o puedan celebrar para darle mayor comprensión al tratado, inclusive se considera parte del contexto a la práctica que las partes realicen con relación a la interpretación.

Por lo tanto, “la estructura sistemática de un tratado es así de igual importancia al sentido corriente lingüístico de las palabras usadas, para determinar su significado verdadero, desde que las palabras obtienen su significado del contexto en donde son utilizadas” (Hernández: 2013, p. 116).

La actividad de interpretación bajo este segundo acto debe considerar “todo el texto del tratado como el contexto, incluyendo el título el preámbulo y los anexos y cualquier protocolo al tratado, y la posición sistemática de la frase en cuestión dentro de aquel conjunto” (Hernández: 2013, p. 116); por lo tanto, “el texto del tratado significa cualquiera y todos los instrumentos –considerados desde el punto de vista de las partes– que puedan considerarse como conformantes del tratado” (Linderfalk: 2010, p. 125).

La finalidad de este segundo acto interpretativo de la regla general “tiene como propósito primigenio confirmar la interpretación resultante del sentido ordinario y natural de los términos. A su vez, la regla del sentido ordinario de los términos no puede ser aplicado en abstracto, sino que debe ser empleada en referencia al contexto del artículo a ser interpretado. Se trata, por tanto, de dos reglas de interpretación íntimamente ligadas entre sí” (Novak: 2013, p. 77).

Como ya se analizó precedentemente, la interpretación por contexto analiza el tratado como un sistema estructurado, “en otras palabras, se debe tener en cuenta, primeramente, lo que se denomina el contexto inmediato; lo que implica varias cosas. En primer lugar, implica analizar dónde está ubicada o localizada la palabra o frase a ser interpretada. En segundo lugar, se debe tener presente la estructura de la frase materia de interpretación, esto es, cómo está construida. En tercer lugar, se deben estudiar los títulos, sea el tratado o de las secciones del tratado donde se encuentra el artículo a ser interpretado; y, en cuarto lugar, también resulta importante tener presente la posibilidad de contrastar el artículo objeto de interpretación con otras disposiciones que regulan la misma materia dentro del tratado” (Novak: 2013, pp. 77-78).

La regla de interpretación del contexto de acuerdo a lo establecido en el artículo 31 de la CV1969 tiene que compadecerse de las siguientes reglas adicionales que complementan la actividad interpretativa del contexto inmediato:

- “*La conducta ulterior de las partes*”: La CV1969 establece que las disposiciones de un tratado deben ser “interpretadas de conformidad con la interpretación acordada por todas las partes de manera expresa o con la aplicación práctica del tratado realizada en común por los Estados partes” (Novak: 2013, p. 80).

Es pertinente recalcar que lo “esencial de esta regla es que debemos estar frente a la aplicación o implementación sistemática o repetida

de un tratado, sea a través de una práctica concordante de todas las partes o mediante una conducta unilateral de ejecución que haya sido aceptada por todas las otras partes del acuerdo” (Novak: 2013, p. 80).

- *“Toda norma de Derecho Internacional Público aplicable”*: En posición del jurista Fabián Novak el artículo 31 de la CV1969 con relación al inciso que establece este precepto “no consagra propiamente una regla de interpretación de los tratados, si establece una regla a tener en cuenta al momento de llevar a cabo el ejercicio de interpretación” (2013, p. 80).

Lo que se establece es una alusión a “toda costumbre bilateral, regional o universal, todo tratado bilateral o multilateral, a los principios generales del Derecho e incluso sentencias existentes sobre la materia, a lo que las partes se encuentran obligados a la fecha de ser interpretado el acuerdo, con lo cual se busca que las partes de un tratado no sean inconsistentes con las obligaciones asumidas por ellas” (Novak: 2013, p. 81).

Por lo tanto, el acto interpretativo del contexto puede “ser tomado como que incluye cualquier estructura o esquema que subyazca una cláusula o el tratado como un todo” (Gardiner: 2010, p. 182).

2.1.2.1.3. Interpretación teniendo en cuenta el objeto y fin del tratado

El tercer acto de interpretación tiene un objetivo teleológico, la CV1969 al introducirlo en el artículo 31 “lleva al principio de efectividad dentro de la regla: los términos de un tratado deben ser interpretados de forma que promueva los objetivos del último. Así, debe evitarse cualquier interpretación que convierta a partes del tratado en superfluas o disminuya sus efectos prácticos” (Hernández: 2013, p. 119).

Siendo esto así, la interpretación de los términos de un tratado se realizará teniendo en cuenta como se cumple de mejor forma ese objetivo y fin, que “busca determinar el propósito que pretendieron alcanzar los Estados partes cuando celebraron el acuerdo, es decir, la razón que tuvieron en mente cuando redactaron el texto” (Novak: 2013, p. 79).

Lo que establece la CV1969 con este tercer acto de interpretación significa, literalmente que “el objetivo parecería describir el contenido sustancial del fondo de un tratado, (...) mientras que el “propósito” se refiere al resultado general, el cual las partes desean alcanzar mediante el tratado” (Hernández: 2013, p. 119).

Con todo lo expuesto, queda claro que un tratado debe interpretarse no solo en su sentido literal y extensivo sino también teleológico, lo que tiene como consecuencia probable que “puede modificar el resultado obtenido de la mera aplicación de la regla del sentido ordinario y natural de los términos” (Novak: 2013, p. 79), esto no implica “alterar el resultado claro e indubitable que pueda ser obtenido de la aplicación de la regla del sentido ordinario y natural de los términos” (Novak: 2013, p. 79).

La aplicación de este acto interpretativo significa que cuando “el tratado tenga determinada finalidad, la cual en uno de dos posibles sentidos corrientes, al aplicar la cláusula, pueda ser realizada en mayor medida que en el otro sentido, entonces el primer sentido deberá ser adoptado. Para este propósito la finalidad significa el estado de las cosas, que de acuerdo a las partes deberá ser obtenido con la aplicación de la cláusula interpretada” (Linderfalk: 2010, p. 227).

Lo que se determina del análisis precedente es que para alcanzar un acto de interpretación completo los métodos deben ser utilizados de forma comprensiva y concurrente, tal y como lo ha hecho la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en su jurisprudencia, como por ejemplo se puede citar el fallo emitido el 16 de diciembre

de 2015 en el caso de Nicaragua vs Costa Rica por la construcción de una carretera alrededor del río San Juan en la zona fronteriza de ambos países, en el que en el considerando 171 de la sentencia se realiza una interpretación del contenido de un tratado entre ambos países, señalando que del texto del tratado “no se desprende que la obligación de la República de Nicaragua de notificar sea la misma para la República de Costa Rica” (CIJ: 2015).

La CIJ ha establecido que “las reglas de la Convención de Viena son en principio aplicables a todos los tratados. Esta afirmación ahora constituye costumbre internacional, con el efecto de que las reglas aplican a cualquier interpretación de tratados sean los Estados involucrados partes de la Convención de Viena o no” (Gardiner: 2010, p. 7).

Asimismo, debe tenerse presente que en los últimos siete años la CIJ ha emitido 21 fallos a la fecha sobre diversas materias específicas, que van desde el caso sobre las fábricas de pulpa sobre el Río Uruguay (Argentina vs Uruguay) del año 2010 hasta el caso sobre las obligaciones concernientes a las negociaciones sobre el cese de la carrera y el desarme nuclear (Islas Marshall vs Reino Unido) del año 2017, no tocándose el tema de la interpretación de tratados expresamente con excepción del caso tomado como ejemplo en el párrafo precedente, lo que permite verificar que en la actualidad las reglas de interpretación de la CV1969 en su conjunto no son discutidas.

Por la naturaleza de los casos referidos en el párrafo anterior el tema de la interpretación de tratados es un tema sucedáneo de la actividad de todo Tribunal Internacional –como es la CIJ– pero en la mayoría de estos la actividad de interpretación como ya se esbozó anteriormente tiene un conjunto de reglas establecidas por la CV1969 que se aplican sin mayor contradicción y por lo cual su desarrollo muchas veces es implícito, más como la verificación del resultado que como alguna modificación a las reglas de interpretación.

2.1.2.2. Métodos complementarios de interpretación

Adicionalmente a la regla general de interpretación la CV1969 establece la utilización de medios complementarios para la realización del ejercicio de interpretación, estableciendo lo siguiente:

“Artículo 32.- Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31: a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.”

Esta regla determina que serán medios complementarios a la actividad de interpretación bajo la regla general los trabajos preparatorios y las circunstancias de su celebración cuando el sentido sea *ambiguo* o *irrazonable*; es decir, se considera como complementario a la actividad interpretativa de los operadores todo lo concerniente a la negociación.

La finalidad es porque el texto del tratado es precisamente el resultado de la contraposición de intereses que permite llegar a un acuerdo luego de la utilización de distintos mecanismos de negociación y muchas veces los trabajos preparatorios no llegan a determinar el real sentido de lo que se acordó, distinto papel tiene las circunstancias de la celebración del tratado, que muchas veces dilucidarían porque se arribó a un determinado texto, pero la disposición de la CV1969 busca “limitar la aplicación de estas reglas complementarias a los casos estrictamente necesarios” (Novak: 2003, p. 82).

a. Los trabajos preparatorios

Por lo general, “se entiende que incluye los proyectos sucesivos de un tratado y otros registros de las negociaciones de un tratado. Así, la finalidad del recurso a los trabajos preparatorios es descubrir el verdadero significado de lo que las partes acordaron en su tratado” (Hernández: 2013, p. 127).

En ese sentido, los trabajos preparatorios “deben ser materiales que puedan ser examinados objetivamente por un intérprete y comprende todos los documentos relevantes para el tratado que va a surgir y producido por los Estados negociadores durante la preparación hasta la celebración” (Hernández: 2013, p. 127).

Por lo tanto, los trabajos preparatorios son “cualquier representación producida en el proceso de celebración de un tratado, sea textual o no” (Linderfalk: 2010, p. 269).

b. Las circunstancias de la celebración del tratado

El otro mecanismo complementario establecido en el artículo 32 de la CV1969 es las circunstancias de la celebración del tratado que “tiene por finalidad incluir las circunstancias contemporáneas y el contexto histórico en las que el tratado fue celebrado. Así, se hace referencia a las circunstancias fácticas presentes en el momento de la conclusión y la retrospectiva histórica del tratado. Ante todo, el conocimiento de aquellos hechos puede ayudar a identificar los motivos de las partes y, consecuentemente, el objeto y propósito del tratado” (Hernández: 2013, pp. 127-128).

De hecho, las circunstancias de la celebración del tratado “significa cualquier estado de cosas, cuya existencia al menos parcialmente puede ser establecida como que ocasiono la celebración del tratado, exceptuando aquellos casos cuando este estado de cosas puede ser tomado en consideración de la interpretación de acuerdo al contexto” (Linderfalk: 2010, p. 270).

Ambos mecanismos se consideran complementarios porque no reemplazan la regla general de interpretación, más bien su finalidad es servir de apoyo al operador cuando la aplicación puede ser afectada porque los mecanismos del artículo 31 de la CV1969 no permitieron arribar a una interpretación adecuada que sea susceptible

de aplicación por parte de los operadores sin riesgo a vulnerar las mismas obligaciones que el tratado buscó establecer en su celebración.

La “utilización de los medios complementarios se puede producir en las siguientes situaciones”: (Hernández: 2013, p. 129)

- Para confirmar la interpretación alcanzada al aplicar el artículo 31, en tanto, la regla general de interpretación puede requerir de una actividad adicional de confirmación.
- Para efectuar la interpretación cuando la aplicación del artículo 31 no tenga resultados positivos, si “la interpretación inicial deja el significado como ambiguos u oscuros, o conduce a un resultado absurdo o irrazonable” (Hernández: 2013, p. 129).

Adicionalmente, sobre los medios complementarios debe recalarse que “la lista del artículo 32 no es exhaustiva, pues aparte de los medios citados, se infiere que hay otros medios. La definición de estos últimos no ha sido establecida de forma concluyente por la práctica internacional o por la doctrina más prestigiosa, así no existe de forma clara una delimitación sobre estos medios” (Hernández: 2013, p. 128).

Las reglas de interpretación de la CV1969 analizadas precedentemente se pueden esquematizar en el siguiente cuadro:

Reglas de Interpretación de la Convención de Viena de 1969			
Regla General de Interpretación	A) Conforme al sentido corriente	Buena Fe	<i>Criterio Objetivo</i>
	B) De acuerdo al contexto	i) Conducta ulterior de las partes	<i>Criterio Subjetivo</i>
		ii) Toda norma de Derecho Internacional Público aplicable	
C) Teniendo en cuenta el objeto y fin del Tratado			<i>Criterio Teleológico</i>

Medios Complementarios de Interpretación	a) Trabajos Preparatorios	Se utilizan para confirmar los resultados de la utilización la Regla General de Interpretación o cuando estos no sean positivos
	b) Las circunstancias de la celebración del Tratado	

Fuente: *Elaboración propia (2017)*

Finalmente, debe recordarse como precisa el jurista Fabián Novak “el carácter abierto de las reglas consagradas” (2013, p. 88) en la CV1969 permite se garantice su “adecuación a nuevas realidades y permanente perfeccionamiento” (Novak: 2013, p. 88). Esto permite afirmar que la actividad interpretativa es sumamente compleja, pero responde a las necesidades concretas del operador que desea encontrar el significado correcto a las cláusulas de un tratado y las reglas de la CV1969 constituyen un marco importante que permite dilucidar el procedimiento adecuado para este objetivo.

2.2. LA ENMIENDA DE TRATADOS EN LA CONVENCIÓN DE VIENA DE 1969 SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS

La CV1969 que regula el régimen internacional de tratados recoge el conjunto de normas que regulan “el intercambio de compromisos y ventajas” (Brune: 2012, p. 347) entre los Estados por lo que, como toda relación, aunque se origine con la predisposición a ser indefinida, puede ser necesario su modificación.

La predisposición a ser indefinida de los tratados es “una característica no solamente de los tratados que establecen instituciones internacionales, pero también de aquellos que establecen regímenes para gobernar un conjunto creciente de problemas, como son los derechos humanos, el comercio internacional, control de armas, transporte marítimo o aéreo, o protección ambiental” (Brune: 2012, p. 347).

En ese sentido, Brune también señala “en aquellos acuerdos para un periodo largo, deben establecerse provisiones para el subsecuente cambio. Algunos problemas pueden ser muy difíciles de resolver en las negociaciones originales y pueden ser

susceptibles de acuerdo solo cuando las partes han comenzado a interactuar bajo los auspicios del tratado. Otros problemas pueden no ser previstos por los negociadores originales, o pueden surgir debido a cambios en otras áreas del derecho internacional. En otras circunstancias el problema subyacente, o el entendimiento de las partes del problema (o de las acciones de respuesta apropiadas), podrían cambiar, a veces rápidamente” (Brunee: 2012, p. 347).

La institución jurídica que se reconoce en el plano internacional como que viabiliza el cambio de un tratado es la enmienda, entendiéndose como el “acuerdo para modificar el texto de un tratado en vigor” (Brunee: 2012, p. 349) regulado en la CV1969 en el artículo 39 de la siguiente forma:

“Un tratado podrá ser enmendado por acuerdo entre las partes. Se aplicarán a tal acuerdo las normas enunciadas en la Parte II, salvo en la medida en que el tratado disponga otra cosa.”

Es decir, se aplicará para la enmienda todas las reglas que la CV1969 denomina como de celebración y entrada en vigor de los tratados por lo que para modificar este tipo de instrumento internacional se requiere todos los pasos que se realizaron para su celebración, esto se desprende del sentido literal del artículo 39 de la CV1969 que no genera duda sobre la aplicación de las reglas y procedimientos de la celebración de tratados.

Por lo tanto, “la enmienda se concibe en el régimen de la Convención de Viena como el cambio en alguna o algunas disposiciones del tratado que afecta a todos los Estados partes. Y junto a esta figura, la modificación se refiere a un acuerdo celebrado únicamente entre algunas de las partes para modificar el tratado” (Pastor: 2016, p. 122).

Adicionalmente, debe tenerse presente que este instrumento “para hacer cambios al texto del tratado, sean estas las provisiones centrales o sus anexos o apéndices, es la enmienda” (Brunee: 2012, p. 347); sin embargo, como expresa Brunee “cambios

sustantivos pueden también ser efectuados a través de la interpretación de tratados, notablemente a través de acuerdos subsecuentes o la práctica de las partes. En el caso de los acuerdos subsecuentes, la línea entre interpretación y enmienda puede ser difícil de dibujar. Todavía, al menos como noción, existe una diferencia entre una interpretación auténtica de los términos del tratado y términos cambiados o nuevos” (2012, p. 348).

La enmienda debe responder a una lógica que debe ser considerada como sostiene Aust “desde el momento de la negociación, sino sería muy tarde” (2014, p. 233), por lo que la CDI al redactar la CV1969 estableció una regla básica que se centra en la existencia de acuerdo entre las partes para que proceda la figura. Esta figura se basa en la *costumbre internacional* que en “la práctica temprana de celebración de tratados, requería la unanimidad para las enmiendas. El valor que se le otorgaba a la integridad del tratado, sobre la máxima del *pacta sunt servanda*, y en la protección de la soberanía de las partes ayuda a explicar esta regla por defecto, que prevaleció en la primera mitad del siglo XX” (Brune: 2012, p. 348).

Sin embargo, la comunidad internacional contemporánea que nace luego de la Segunda Guerra Mundial debido al incremento de los Estados soberanos “hace impráctica la vieja regla consuetudinaria y la práctica internacional cambió” (Brune: 2012, p. 348), lo que originó que “emergiera una nueva regla por defecto por la cual la enmienda obligaba solo a las partes que consintieran ello. Esta regla se refleja en las provisiones de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados” (Brune: 2012, p. 348).

La figura de la enmienda regulada en la CV1969 corresponde tanto a tratados bilaterales como a multilaterales, y se considera que la enmienda de los primeros es más “*sencilla*” (Aust: 2014, p. 234) en términos prácticos, porque las partes pueden acordar enmendar un tratado en vigor entre estas, siendo la gran pregunta “la forma en que será expresada” (Aust: 2014, p. 234) la enmienda, para lo cual “algunos

tratados bilaterales estipulan un acuerdo escrito, por ejemplo a través del intercambio de notas como requerimiento” (Brunee: 2012, p. 350).

La CV1969 no establece mandato alguno que impida que las partes puedan establecer reglas propias dentro del mismo tratado negociado para su posterior enmienda, esto guarda plena concordancia con el espíritu del régimen internacional de los tratados y con la propia redacción de la regla del artículo de la CV1969 que regula la enmienda, la cual viene a ser supletoria a la voluntad de los Estados partes, por lo que dependerá de los intereses en la negociación, los que pueden determinar la conveniencia o no, de contar con una regla específica de enmienda de los tratados.

Asimismo, otra razón de la forma en que se establecieron las reglas sobre enmiendas de la CV1969 fue la existencia “de una considerable diversidad en la práctica de enmiendas lo que hacía difícil identificar reglas consuetudinarias, la CDI eventualmente optó por un principio general amplio, conjuntamente con reglas de procedimiento residuales con la intención de guiar la enmienda de tratados multilaterales” (Brunee: 2012, p. 349).

Se puede afirmar que “las disposiciones de un tratado pueden ser modificadas mediante el procedimiento indicado en el tratado en cuestión. (...) En algunos casos se ha considerado que las enmiendas son jurídicamente distintas de las “modificaciones” o “revisiones”, aunque esta distinción a menudo es poco nítida.” (ONU: 2003, p. 77)

En caso no existiera regla establecida en el tratado a enmendar, el procedimiento de enmienda debe seguir la regla de consentimiento y manifestación de la voluntad a obligarse al texto del tratado enmendado, esto significa que para poder enmendar un tratado se requiere “seguir todos los pasos que van desde la propuesta de enmienda hasta la entrada en vigor de la misma” (Brunee: 2012, p. 352).

Entre los tratados más complejos, con reglas especiales de enmienda de tratados, se encuentran los acuerdos de servicios aéreos que por práctica generalizada establecen una cláusula especial por la cual el procedimiento se traduce en la “adopción por las partes del texto de la enmienda con una ratificación posterior a través de intercambio de notas diplomáticas” (Aust: 2014, p. 234).

La enmienda con institución jurídica se puede realizar de las siguientes formas que pasaremos a analizar:

- Enmienda por consentimiento expreso de las partes.
- Enmienda tácita.

2.2.1. Enmienda por consentimiento expreso de las partes

Como se estableció precedentemente una enmienda por regla general debe ser acordada por las partes del tratado, sea este uno de naturaleza bilateral o multilateral, siendo la regla aplicable a que en el caso de un tratado bilateral ambas partes deben expresar su consentimiento a la realización de la figura y en el caso de la multilateral puede existir unanimidad en la enmienda o que se realice solo por algunas de las partes intervinientes en el tratado –reglas por defecto de la CV1969– en el último de estos casos el tratado con la enmienda solo entrara en vigencia entre las partes que hubieran manifestado su consentimiento a obligarse al nuevo texto.

Se debe recalcar que el “requerimiento para la adopción provee una primera oportunidad para calibrar el proceso de enmienda para balancear la protección a la soberanía del Estado, estabilidad y dinamismo –con las implicaciones potenciales para la efectividad del tratado– (...) En tanto, el requerimiento de consenso puede afectar la efectividad del tratado al retrasar cambios necesarios” (Brune: 2012, p. 352).

En el caso de tratados multilaterales la manifestación del consentimiento expreso para la adopción de la enmienda tiene que compadecerse de la regla consuetudinaria por defecto vigente en el régimen internacional de tratados; es decir, la enmienda solo obligara a las partes que consientan su aplicación entre ellas.

En ese sentido, la enmienda en tratados multilaterales puede darse por ratificación de la mayoría de las partes; sin embargo, “puede producir crecientes diferenciaciones de las obligaciones del tratado entre las partes” (Brunee: 2012, p. 360) por lo que estas “divergencias pueden ser imprácticas o indeseables desde una perspectiva política. Siendo esto así, algunos tratados proveen procedimientos de enmienda que están diseñados para garantizar la uniformidad de términos y compromisos entre todas las partes. Esta uniformidad es garantizada por un requerimiento de una ratificación por la mayoría, combinando con tal vez la estipulación de que los Estados no ratificantes dejan de ser partes del Tratado o que la enmienda ratificada por una mayoría específica obligan a todas las partes del Tratado” (Brunee: 2012, p. 360).

Adicionalmente, existe el “procedimiento simplificado que no solo acelera el poder de decisión. También representa otro método de garantizar uniformidad de los compromisos entre las partes” (Brunee: 2012, p. 362), que faculta a un determinado órgano plenario del tratado la decisión de adoptar la enmienda.

De otro lado, es importante tener presente que “las leyes de los Estados y prácticas con respecto a la aprobación doméstica y efectos de las enmiendas difieren. En algunos Estados, la ratificación de tratados y las enmiendas de los mismos está dentro de la competencia del Poder Ejecutivo, aunque implementación legislativa podría ser requerida para que el tratado o la enmienda tenga efecto doméstico” (Brunee: 2012, p. 356).

Siendo esto así, como se verifica de lo precedente la enmienda como figura debe existir como regla general por el acuerdo de las partes, estableciéndose de acuerdo al régimen internacional de la CV1969 al menos cuatro formas de procedimiento para su adopción y entrada en vigor:

- Enmienda de conformidad con las disposiciones del tratado.
- Enmienda cuando el tratado no establece regla especial para esta.
- Enmienda de los instrumentos suplementarios al tratado (protocolos).
- Enmienda a los anexos del tratado.

2.2.1.1. Enmienda de conformidad con las disposiciones del tratado

Esta forma de adopción de la enmienda tiene sustento en la naturaleza misma del régimen internacional de la CV1969, el cual es sustancialmente supletorio a la voluntad de los Estados, por lo tanto, pueden estos establecer reglas especiales para la entrada en vigor de las enmiendas.

Esta forma de enmienda por ejemplo se da en la Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático que establece que “la adopción se da por una reunión de la Conferencia de las Partes, normalmente por consenso, pero, como ultima ratio, por una mayoría de tres cuartas partes de las presentes y votantes” (Brunee: 2012, p. 354).

Como se refirió anteriormente las normas internas y prácticas de los Estados difieren; sin embargo, debe tenerse presente sobre la base de la naturaleza supletoria de las reglas de la CV1969 “donde los tratados proveen un consentimiento simplificado para las enmiendas, (...) el proceso domestico del Estado podría ser efectivamente sobrepasado” (Brunee: 2012, p. 356).

Lo que nos permite dilucidar que la voluntad de las partes establecerá en el tratado la forma como se llevará adelante el proceso de ratificación de una enmienda a esta,

pudiendo adoptar diversas formas pero que guarden concordancia con la práctica existente sobre mecanismos de manifestación del consentimiento a obligarse por los Estados.

2.2.1.2. Enmienda cuando el tratado no establece regla especial para esta

La regla general de la CV1969 se aplica cuando no existe disposición expresa para enmiendas en el tratado a enmendar, siendo esto así, se aplicará el criterio supletorio de la manifestación del consentimiento expreso como si se tratara de la celebración de un tratado.

En este punto es importante recordar que el artículo 39 de la CV1969 es muy claro en que la manifestación del consentimiento a obligarse a una enmienda del tratado hará uso de las distintas formas existentes en este instrumento internacional y que conforman el régimen internacional de los tratados pero que no son otra cosa que la manifestación expresa de la voluntad del Estado.

Pero este procedimiento conforme a las reglas de la CV1969 iniciaría con la presentación de la propuesta de la enmienda debiendo notificarse a la contraparte en un tratado bilateral o a todos los Estados partes en un tratado multilateral –a través del depositario–, para a partir de ahí iniciar como si se tratase de la celebración de un nuevo tratado de un proceso de negociación para que las partes acuerden los términos de la enmienda.

2.2.1.3. Enmienda de los instrumentos suplementarios al tratado (protocolos)

Los instrumentos suplementarios usualmente se dan en el ámbito multilateral como protocolos a convenios, que pueden establecer sus propias reglas de enmienda o en su defecto estar vinculadas al convenio multilateral a través de la regla de enmienda estipulada en este último y aplicable de forma extensiva a estos.

En el último de estos casos un ejemplo que se puede analizar es la “Convención de Viena para protección de la capa de ozono, 1985 (artículo 9)” (ONU: 2003, p. 82) donde se prevé una regla de aplicación no solo al texto de la convención sino también a sus protocolos, estableciéndose lo siguiente:

“(…) Las enmiendas a la presente Convención serán adoptadas en una reunión de la Conferencia de las Partes. Las enmiendas a cualquier protocolo serán adoptadas en una reunión de las Partes en el protocolo en cuestión. (…)” (ONU: 2003, p. 82).

Esta regla del referido tratado multilateral vincula los protocolos celebrados en el marco del convenio a través de una regla particular de enmienda, esto no significa que existan protocolos que como sucedería con cualquier convenio en el ámbito multilateral puedan tener reglas propias en su texto para la enmienda, como por ejemplo sucede con el “Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas de 2000 contra la Delincuencia Organizada Transnacional, 2000” (ONU: 2003, p. 83).

2.2.1.4. Enmienda a los anexos del tratado

Esta forma de enmienda es sencillamente una regla especial de aplicación cuando existe disposición especial para enmendar los anexos, de lo contrario se aplicará la regla general de enmienda de los tratados.

Es un ejemplo el “Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas de 1992 sobre el Cambio Climático, 1997” (ONU: 2003, p. 84) o inclusive las *cláusulas habilitantes* de los TLC que son materia del presente estudio.

Debe tenerse presente que en esta forma especial de la enmienda la regla será específica a los anexos, pudiendo existir en el mismo tratado otro procedimiento para la enmienda de las cláusulas del tratado mismo.

2.2.2. Enmienda tácita

La enmienda tácita es una forma especial de manifestación del consentimiento a obligarse por una enmienda, en la cual la regla general se invierte estableciendo un plazo determinado para manifestar la negativa a obligarse a la enmienda, luego de transcurrido este plazo por disposición del tratado original la enmienda entra en vigor.

En esta forma el “procedimiento de enmienda, el cuerpo plenario adopta la enmienda, usualmente por decisión de la mayoría. La enmienda obligara a todas las partes del Tratado, excepto aquellas que declaren por escrito que no aceptaran la enmienda” (Brunee: 2012, p. 356).

Este tipo de enmienda es usual “en asuntos de naturaleza técnica, científica y administrativa” (Brunee: 2012, p. 359), así el “primer tratado multilateral en emplear el procedimiento de enmienda tácita fue la Convención de Chicago sobre Aviación Civil Internacional de 1944. El órgano plenario del tratado adopta estándares en seguridad, regularidad y eficiencia en la navegación área designando estos como anexos de la Convención” (Brunee: 2012, p. 356).

La enmienda tácita se verifica como procedimiento del tratado referido en el párrafo precedente cuando “El consejo adopta o enmienda estos anexos por dos tercios del voto mayoritario y se vuelve efectivo dentro de los tres meses a no ser que una mayoría de las partes registren su desaprobación con el Consejo. Los Estados miembros individuales pueden rechazar algunos o todos estos estándares en los anexos o enmiendas” (Brunee: 2012, p. 357).

En ese sentido, como en el caso precedente la enmienda tácita se “emplea comúnmente por organizaciones internacionales o acuerdos multilaterales para

facilitar la adopción o revisión de estándares técnicos” (Brunee: 2012, p. 357), su finalidad es garantizar un “proceso simplificado de enmienda” (Brunee: 2012, p. 358) para que la adopción de las enmiendas necesarias para este tipo de organizaciones no se dilate o incluso sea prevenida.

Otra versión de la enmienda tácita se puede verificar en la Organización Marítima Internacional que “aunque la Convención de esta organización no provee consentimiento tácito a las enmiendas, muchas de las convenciones y protocolos adoptados bajo sus auspicios si lo hacen” (Brunee: 2012, p. 358).

Lo analizado precedentemente sobre la figura de la enmienda puede ser esquematizado en el siguiente cuadro:

Enmienda de Tratados		
Enmienda por consentimiento expreso de las partes	a) Enmienda de conformidad con las disposiciones del tratado	<i>La enmienda es acordada por las partes</i>
	b) Enmienda cuando el tratado no establece regla especial para esta	
	c) Enmienda de los instrumentos suplementarios del tratado (protocolos)	
	d) Enmienda a los anexos del Tratado	
Enmienda Tácita	<i>La enmienda obliga a las partes con excepción de aquellas que manifiesten su negativa a obligarse por esta</i>	<i>Asuntos de naturaleza técnica, científica y administrativa</i>

Fuente: *Elaboración propia (2017).*

2.2.3. Interpretación de la regulación sobre enmiendas de Tratados en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969

Para interpretar la regulación establecida por la CV1969, se debe tener en cuenta que la institución jurídica de la enmienda no es otra cosa que la negociación de obligaciones, tal y como ocurre con la celebración de un tratado, es por ello que la regla general que establece el régimen internacional de tratados lo circunscribe al

acuerdo entre las partes, estableciendo además que las reglas procedimentales para la adopción de las enmiendas son las mismas que en la celebración y la entrada en vigor de los tratados.

En ese sentido, debe tenerse presente que en el caso de interpretación de las cláusulas de un tratado que requiera ser enmendado, se aplicarán los tres criterios de la regla general de interpretación establecida en el artículo 26 de la CV1969, como se haría para cualquier otro contenido de un tratado, con la única diferencia es que la finalidad es modificar la redacción y por lo tanto –cuando haya entrado en vigor la enmienda– las obligaciones que se desprendan del tratado para los Estados partes que se obliguen a la enmienda.

Tal y como afirma el jurista Remiro Brotóns “el principio pacta sunt servanda no concede a los tratados el don de un inmutable y eterno vigor. Los tratados se ven afectados por el paso del tiempo y han de cambiar cuando lo hacen las circunstancias (...)” (2010, p. 338). Por lo tanto, la regla general para la enmienda de tratados es la adopción del texto enmendado por las partes, esta prescripción de la CV1969 como la define Bruneo es “*una regla residual*” (2012, p. 350) que debe ser interpretada de acuerdo al contexto en el cual se da y si se trata de un tratado bilateral o uno multilateral.

En primer lugar, el procedimiento estándar de enmienda del texto de un tratado es el del “*consentimiento explícito*” (Bruneo: 2012, p. 355) que aplica tanto para los tratados bilaterales como para los multilaterales, este procedimiento es sustancialmente distinto al que se da en la enmienda tácita, porque requiere la manifestación de voluntad del Estado a obligarse por la enmienda; es decir, expresar el consentimiento a obligarse, aunque en el caso de los tratados multilaterales actualmente la regla consuetudinaria residual establece que no es necesario el consentimiento de todas las partes, sino de aquellas que de acuerdo al tratado del que se trate, permitan la aplicación de la enmienda –si se establece reglas de

mayoría por ejemplo o de un órgano plenario– o de los Estados partes que deseen obligarse al texto enmendado.

Por otro lado, en el caso de la enmienda tácita, la forma en como fue aprobado el tratado original, usualmente el de una institución técnica como ya se ha referido anteriormente, establece un tipo especial de regulación en el tratado de la organización que permite bajo ciertos requisitos la adopción de enmiendas y su entrada en vigor sin necesidad de la manifestación del consentimiento del Estado concernido, preservando el derecho a objetar la enmienda; es decir, se revierte la regla general de adopción y entrada en vigor del consentimiento expreso por uno de manifestación de la negativa a no obligarse por la enmienda, en un plazo determinado que ya viene establecido en las reglas del procedimiento de adopción de este tipo de enmiendas para el tratado del que se trate.

2.2.4. La aplicación por el Perú de la enmienda de Tratados

El Perú al obligarse a la CV1969 a las reglas de este instrumento internacional en la celebración y entrada en vigor de tratados se encuentra en el mismo sentido obligada a aplicar las mismas normas para la enmienda; por lo tanto, las regulaciones internas que la reserva presentada por el Estado peruano mediante la Nota RE (TRA) 7-9-C/03: 2000 ha señalado como marco legal aplicable deben ser seguidas en el plano interno como si se tratará de la suscripción de un nuevo tratado compadeciéndose de los alcances del régimen internacional de los tratados.

Siendo esto así, el marco del derecho internacional público y en concordancia con el derecho interno del Estado peruano los tratados se enmendarán en la medida que sus disposiciones permitan enmiendas o modificaciones siguiendo el procedimiento establecido en el mismo tratado del que se trate o supletoriamente las reglas ya referidas de la CV1969, pero verificándose que el procedimiento interno adecuado de perfeccionamiento del tratado sea seguido antes de manifestar el consentimiento del Estado a obligarse a la enmienda del tratado.

La posición de la DGT del MRE confirma la práctica, como se señaló en el numeral 6 del Memorándum (DGT) N° DGT0811/2015 de fecha 14 de julio de 2015 “si bien conforme al Derecho Internacional los Estados negociadores tienen libertad de definir la forma de entrada en vigor de un tratado, la Ley N° 26647 determina la exigencia, en el plano interno, de que el procedimiento de perfeccionamiento interno se realice antes de la entrada en vigor de los tratados que celebre el Estado peruano”.

Lo referido en el párrafo anterior significa que para la adopción de una enmienda por consentimiento expreso se requerirá por parte del Estado peruano la realización de todos los procedimientos internos necesarios para que el MRE pueda manifestar en el plano internacional –representando al Estado peruano– el consentimiento a obligarse a la enmienda; es decir, el órgano u órganos competentes del MRE en coordinación con el sector o sectores competentes deberán colaborar para la culminación de los procedimientos de perfeccionamiento interno bajo la dirección de la DGT.

Asimismo, en el caso de las enmiendas tácticas el Perú aplicará en el plano interno sus procedimientos internos conducentes a la determinación de si rechaza la aprobación de la enmienda como parte del organismo internacional del que se trate o la forma en cómo se implementará en el plano interno la enmienda a entrar en vigencia.

2.2.4.1. Perfeccionamiento Interno en caso de enmienda de Tratados

La Ley N° 26647 reconoce en su artículo 7 la obligación interna del Estado peruano de respetar las normas de la CV1969, estableciendo lo siguiente:

“Artículo 7.- Los tratados celebrados y perfeccionados por el Estado Peruano, conforme a lo señalado en los artículos anteriores, sólo podrán ser denunciados, modificados o suspendidos, según lo estipulen las

disposiciones de los mismos, o en su defecto de acuerdo con las normas generales del derecho internacional. (...)”

Se verifica por lo tanto, que el Estado peruano debe cumplir para la enmienda del tratado –en la norma nacional se hace referencia al término modificación– la norma específica del tratado a enmendar o en su defecto las reglas de la CV1969, entendida como las normas generales del derecho internacional público, lo que no hace otra cosa que confirmar el grado de obligatoriedad que tiene en el plano internacional – por ende, en la conducción de sus relaciones internacionales– el cumplimiento de las reglas del régimen internacional de los tratados, del que la CV1969 constituye su pieza fundamental.

La práctica del Estado peruano que se desprende de su normativa interna conformada tanto por la previamente analizada Ley N° 26647 y la Directiva N° 002-DGT/RE-2013, como de la práctica propiamente dicha, a través del MRE y en específico de su órgano de línea encargado de conducir y llevar a cabo el perfeccionamiento interno de los tratados, la DGT, nos permite afirmar que la enmienda de tratados se adoptará luego de realizado en el plano interno los procedimientos establecidos; es decir, la ratificación de tratados por el Poder Ejecutivo luego de la aprobación previa del CRP y la ratificación de tratados por el PRP sin aprobación previa.

Este entendimiento ha sido referido por la Oficina General de Asuntos Legales (LEG) –órgano de apoyo del MRE– en el numeral 27 del Memorándum (LEG) N° LEG1035/2012 de fecha 31 de julio de 2012, cuando se señala que “en cuanto al plano nacional, el Perú sólo dispone de dos líneas de acción para conducir los actos de perfeccionamiento interno: la aprobación por el Congreso y posterior ratificación por el Ejecutivo o la sola ratificación por este último; siendo que la elección entre una u otra vía no depende del juicio subjetivo del negociador sino de la observación objetiva de la materia tratada en el instrumento internacional, conforme al artículo 56 de la Constitución”.

Debe tenerse presente que es posible que en el perfeccionamiento interno de un tratado pueda aplicarse la tercera vía, la de aprobación previa por el CRP realizando el procedimiento de reforma constitucional, siempre y cuando de la verificación objetiva del contenido de la enmienda a adoptar, esta requiera este tipo de procedimiento porque sus disposiciones modifiquen la norma constitucional del Estado peruano.

Siendo esto así, en el caso del perfeccionamiento interno de una enmienda cuyo contenido pueda incluirse en el ámbito de las causales del artículo 56 de la CPP1993; es decir, de la aprobación previa del CRP como requisito para su ratificación por el PRP se requerirá en el plano interno la emisión de las normas respectivas, resolución legislativa de aprobación y posterior decreto supremo de ratificación, debiendo elaborarse el correspondiente expediente conteniendo el informe sustentatorio que contiene los antecedentes, el análisis del tratado y la opinión técnica del sector o sectores competentes como si se tratara del perfeccionamiento interno de un tratado recientemente celebrado a entrar en vigencia entre las partes.

Asimismo, con relación al caso del perfeccionamiento interno de una enmienda cuyo contenido este en el ámbito del artículo 57 de la CPP1993 se aplicará la práctica para la entrada en vigor de un tratado de reciente celebración; es decir, el mismo procedimiento de elaboración del expediente sustentatorio con la correspondiente emisión del decreto supremo de ratificación y la remisión al Congreso del referido expediente para verificación.

Lo referido anteriormente permite corroborar que la práctica peruana en el caso de la enmienda de tratados sigue los procedimientos internos que también aplican para la entrada en vigor de un tratado de reciente celebración, con lo cual se verifica que en el plano internacional se manifestará el consentimiento de acuerdo a la práctica

peruana con la comunicación a la contraparte del cumplimiento de los procedimientos internos, lo cual suele hacerse a través de un intercambio de notas diplomáticas, que tiene sustento en la posición de la DGT como se puede corroborar de la parte *in fine* del numeral 7 del ya citado Memorandum (DGT) N° DGT0648/2012 que señala:

“(…) en el caso de los tratados concluidos por intercambio de notas, es necesario consignar que el mismo entrará en vigor luego de haber confirmado, la realización de los procedimientos requeridos a nivel constitucional. (…)”

Es decir, en el caso de las enmiendas de tratados el instrumento de manifestación del consentimiento, por lo tanto, de la ratificación de la enmienda para su entrada en vigor entre las partes será la nota diplomática.

Lo referido precedentemente cobra sentido y se corrobora en el hecho de que el MRE es el órgano del Estado peruano encargado de representarlo en el ámbito internacional por lo que es la vía diplomática la idónea para la manifestación del consentimiento del Estado sustentándolo en el marco de la CV1961 y la del régimen internacional de los tratados, de las que la CV1969 forma parte y es pieza angular.

2.2.4.1.1. Rol del Ministerio de Relaciones Exteriores en la enmienda de Tratados

El MRE de conformidad con la LOF MRE, analizada previamente, es la entidad del Estado peruano con competencia funcional para la suscripción, perfeccionamiento interno y registro de tratados es el sector responsable también de la negociación, suscripción y perfeccionamiento interno de las enmiendas de tratados.

La razón de esta competencia es derivada de la naturaleza de la enmienda, la cual constituye un sucedáneo del tratado; en tanto, para que pueda existir la modificación de una obligación debe tener como correlato previo su nacimiento y entrada en vigor para los Estados partes.

Por lo tanto, conforme lo establece la CV1969 corresponde realizar todos los procedimientos internos llevados a cabo para la entrada en vigor del tratado a enmendar, teniendo en cuenta el texto mismo del tratado o en su defecto las normas supletorias de la CV1969.

El sustento principal para esta competencia no solo es la CV1961 sobre relaciones diplomáticas sino en lo específico las normas internas peruanas ya referidas en el capítulo anterior, en tanto del artículo 5 de la LOF MRE se puede desprender que la competencia rectora del MRE en materia de tratados incluye una de las posibilidades en el devenir de este tipo de instrumentos internacionales que es la enmienda de los mismos.

En este contexto corresponde al MRE la conducción de los procedimientos de perfeccionamiento interno de las enmiendas de tratados, así como la elaboración de las normas y lineamientos para un adecuado cumplimiento en el plano interno de las reglas de procedimiento interno necesarias para la ratificación de las enmiendas, porque su entrada en vigor modificará las obligaciones del tratado original y forma parte de la competencia rectora que tiene el MRE en materia de tratados.

2.2.4.2. Experiencias comparadas en el caso de enmienda de Tratados

Si bien es cierto en el capítulo anterior se analizó la práctica de perfeccionamiento interno de dos Estados con los cuales el Perú ha suscrito TLC y mantiene relaciones diplomáticas dinámicas –la República de Chile y los Estados Unidos de América– es necesario, luego de haber analizado como el perfeccionamiento interno de tratados se aplica en el caso de las enmiendas para el Perú, también analizar en el caso de estos dos Estados la adaptación de sus reglas de perfeccionamiento interno y su práctica a la enmienda de tratados.

Es importante recalcar que las reglas de procedimiento interno y la práctica de estos Estados se desprenden de la naturaleza de la enmienda, como sucedáneo de un tratado.

2.2.4.2.1. Práctica de la República de Chile en el caso de la enmienda de Tratados

En el caso de la República de Chile como ya se analizó en el capítulo anterior, es Estado parte de la CV1969, además que en el plano interno la CCH1980 establece un procedimiento interno para que este Estado pueda estar expedito a manifestar en el ámbito internacional su consentimiento a obligarse a un tratado.

Por lo tanto, con relación a la enmienda de tratados que ha suscrito y ratificado Chile es bueno recalcar que sus dos procedimientos: el de aprobación previa por el CRCH y el de ratificación por el PRCH sin requerir aprobación previa serán aplicables para la manifestación del consentimiento de este país en el caso de esta institución jurídica en particular.

La razón de la afirmación que antecede se sustenta no solamente en la redacción del ya analizado artículo 39 de la CV1969, sino que con relación al plano interno de ese país en el párrafo quinto del artículo 54 de la CCH1980 que señala lo siguiente:

“Las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de Derecho Internacional.” (Subrayado propio)

Este artículo de la CCH1980 permite verificar como inclusive en el ordenamiento interno de este país la figura de la enmienda se inspira en las reglas del régimen internacional de los tratados; por lo tanto, se aplicará en el procedimiento interno de las enmiendas el procedimiento que sigue ese país para obligarse a un tratado, dependiendo de la temática y de las reglas específicas del tratado a enmendar.

2.2.4.2.2. Práctica de los Estados Unidos de América en el caso de la enmienda de Tratados

Con relación a los Estados Unidos de América, se debe recordar que este país no es Estado parte de la CV1969, pero su práctica y normativa interna ciertamente recibe inspiración y recoge las reglas que constituyen costumbre internacional en el instrumento internacional referido, como ya se verificó en el capítulo anterior.

Esto significa que los Estados Unidos de América ha adaptado su práctica al régimen internacional de los tratados, lo que con relación a la enmienda significa que este país realizará sus procedimientos internos como si se tratara de la ratificación de un tratado de acuerdo a la materia; es decir, este país para ratificar una enmienda diferenciará entre una enmienda de un “tratado ejecutivo” o de un tratado que requiere legislación posterior de implementación, y aplicará los procedimientos respectivos dependiendo de la calificación que hayan realizado los órganos competentes.

Debe recordarse que la atribución de la calificación corresponde plenamente al SECEEUU en representación del Poder Ejecutivo de los Estados Unidos de América, antes de determinar si corresponde aprobación previa al Senado del COEEUU o la ratificación sin este requisito previo por parte del PREEUU.

Finalmente, lo verificado presentemente con relación a la enmienda de tratados tanto en el caso del Perú como de los dos Estados –República de Chile y Estados Unidos de América– que se han tomado para analizar la práctica comparada, permite afirmar que los Estados aplicarán las reglas del régimen internacional de tratados como si se tratará de la entrada en vigor de un tratado nuevo, teniendo en consideración sus propios procedimientos internos que son complementarios.

CAPÍTULO III

LAS CLÁUSULAS HABILITANTES SOBRE ENMIENDAS EN LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO

La participación del Perú en el régimen internacional de los acuerdos comerciales es importante y sustancial; tanto así, que del “acceso preferencial que se tiene a 53 países” (MINCETUR, 2017) –entre los que se cuentan Estados con los que se ha suscrito TLC– estos representan alrededor del “95 % de las exportaciones y el 90 % de las importaciones del Perú” (Bravo: 2017).

Precisamente los datos económicos referidos en el párrafo anterior no hacen otra cosa que demostrar que “la estrategia de desarrollo del Perú se basa en una economía abierta al mercado con una oferta exportable competitiva. Esta ha sido una estrategia exitosa que ha permitido al país consolidar su comercio exterior en bienes y servicios como un instrumento del desarrollo económico y de reducción de la pobreza” (EY Peru et. al.: 2016, p. 66).

En ese sentido, se puede afirmar que “el Perú lleva a cabo una muy activa política de suscripción de acuerdos de libre comercio con sus principales y potenciales socios comerciales” (Rodríguez: 2012, p. 37), lo que significa que el Estado peruano a través de sus órganos competentes ha participado activamente –en especial en los últimos años– de negociaciones internacionales económicas con la finalidad de ingresar de forma competitiva en el escenario actual del comercio internacional.

El grado de profundización y los efectos de la apertura económica del Perú a través de sus acuerdos comerciales es de tal magnitud que puede verificarse en el gráfico que se presenta a continuación:



Fuente: *Elaboración propia (2017), sobre la base de información de MINCETUR*

Esto demuestra que el Estado peruano es un país que entró y sigue participando de lleno en la tendencia imperante del régimen internacional de los acuerdos comerciales, el denominado –y explicado– *spaghetti bowl*; siendo tan así, que actualmente se encuentran en “negociación TLC con El Salvador, Turquía, India y Australia” (MINCETUR, 2017), además de los TLC vigentes –que serán materia de análisis en el presente capítulo respecto de las *cláusulas habilitantes* sobre enmiendas a cargo de las CAC–, el que está por entrar en vigencia –TLC entre la República del Perú y la República Federativa de Brasil– y el que se encuentra en renegociación –TLC entre la República del Perú y la República de Guatemala–.

Debe tenerse presente que “entre los años 2006-2011 se consolida la inserción del Perú en los mercados internacionales con un gran despliegue de negociaciones comerciales internacionales” (García: 2015, p. 136), siendo el hito más importante la suscripción y posterior entrada en vigencia del primer TLC del Perú, el acuerdo comercial con los Estados Unidos de América.

Los TLC emergieron como la nueva generación de acuerdos comerciales bilaterales en los cuales las materias tradicionales de acceso a nuevos mercados (disminución de barreras arancelarias y no arancelarias) se negociaban conjuntamente con nuevos temas vinculados como son los asuntos laborales o medioambientales.

Precisamente, “el concepto más amplio de comercio internacional incluye temas de servicios y de inversión, además de una serie de aspectos más específicos vinculados al comercio como reglas de origen, propiedad intelectual, obstáculos técnicos al comercio, medidas sanitarias y fitosanitarias, contratación pública, facilitación comercial, entre otras” (García: 2015, p. 138).

La gran finalidad de estos acuerdos comerciales, no solamente en sus beneficios económicos concretos sino también desde una perspectiva de las relaciones internacionales, es potenciar la imagen del Perú en el plano internacional al incrementar su relacionamiento económico externo preferente con un número importante de Estados, entre los que se encuentran las economías más grandes del planeta (Estados Unidos, China y la Unión Europea) de forma perenne.

El Perú en este proceso de apertura económica no ha ingresado como un mero espectador, en gran medida debido a la estrategia de negociación peruana que ha estado basada en un esquema de “apertura competitiva, ambiciosa y e innovadora” (Bravo: 2017) cuyo gran lineamiento ha sido “ir más allá de modelos y esquemas tradicionales” (Bravo: 2017) generando resultados importantes como los expresados precedentemente, en este punto es donde entran las *cláusulas habilitantes* de enmiendas de los TLC, cuyo ámbito de aplicación se intenta dilucidar con la presente tesis.

El Estado peruano “tiene todos estos acuerdos comerciales, (...) trabaja para que cada vez más peruanos puedan beneficiarse de ellos como consumidores, trabajadores o emprendedores integrados a la cadena exportadora” (MINCETUR,

2017) por ello la vital importancia que tiene la aplicación de los TLC para incrementar el comercio, y en ese punto las *cláusulas habilitantes* para la modificación de ciertos aspectos por parte de las CAC constituyen un mecanismo necesario y novedoso en la implementación de estos instrumentos internacionales con la finalidad de adaptarse a las cambiantes necesidades de los agentes económicos.

Adicionalmente, los TLC “son instrumentos invaluable para atraer la inversión extranjera directa e incrementar la productividad de las empresas, así como la transferencia de tecnología a través de la reducción de los costos de importación de bienes de capital e ingresos de calidad. Los acuerdos comerciales proveen un incentivo a los procesos de convergencia de estándares internacionales, lo que permite que las compañías peruanas mejoren sus prácticas de administración y logística” (EY Peru et. al.: 2016, p. 66).

3.1. REGULACIÓN EN LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE LAS CLÁUSULAS HABILITANTES

Como ya se esbozó en el capítulo anterior la regulación que establece la CV1969 sobre enmienda de tratados es sustancialmente supletoria a lo que establezcan los Estados en el propio tratado a aplicar –en el caso de análisis los TLC– pero deben compadecerse del conjunto de reglas del régimen internacional de los tratados del que la CV1969 es su pieza fundamental y, en el plano interno, de las normas y práctica sobre el perfeccionamiento interno, como se desarrolló en el primer capítulo.

La *cláusula habilitante* es una figura jurídica que nace en el régimen internacional de los acuerdos comerciales como un instrumento que “permite a los miembros desarrollados de la OMC otorgar un trato diferenciado y más favorable a los países en desarrollo” (Madero: 2012, p. 18); es decir, la figura se origina con la finalidad de “facilitar y fomentar el comercio de los países en desarrollo y no imponer

obstáculos o crear dificultades indebidas al comercio con otros miembros” (Madero: 2012, p. 18).

En ese sentido, podemos definir la *cláusula habilitante* como la estipulación de un tratado –o el tratado en sí mismo– que genera una *excepción* para un determinado tema, que en el caso del régimen internacional de los acuerdos comerciales nació como marco habilitante general para la celebración de acuerdos bilaterales denominados como ACP, en el marco de la OMC.

De otro lado, la CV1969 que establece el marco general del régimen internacional de los tratados establece en la parte *in fine* del artículo 39 lo siguiente:

“(…) Se aplicarán a tal acuerdo las normas enunciadas en la Parte II, salvo en la medida que disponga otra cosa”

Es decir, como ya se esbozó la CV1969 *habilita* que las enmiendas se pueden regular de acuerdo a la forma en que se establezca en el tratado del que se trate – por la voluntad de los Estados partes al momento de la celebración–, con lo que valida la existencia de una excepción y confirma el rol supletorio de la CV1969 a la voluntad de los Estados en la celebración de tratados, en lo específico a la enmienda de estos instrumentos internacionales.

Sin embargo, esta afirmación debe compadecerse de las siguientes reglas de la misma CV1969; en primer lugar, el artículo 46 que establece lo siguiente:

“Disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados.

1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifiesto en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno.

2. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe.” (Subrayado propio)

Esta disposición de la CV1969 permite aseverar que, aunque la regulación del artículo 39 establece la posibilidad de que los Estados establezcan sus propias reglas para la enmienda de los TLC, estas deben tener consideración de las normas de derecho interno para determinar la competencia de la celebración de tratados, lo cual valida la posición de que existe un plano internacional para la manifestación del consentimiento a obligarse y un plano interno complementario, en el cual las reglas de perfeccionamiento interno son importantes para que el Estado se encuentre expedito y pueda dar cumplimiento a las reglas del régimen internacional.

Por lo tanto, en este punto se entiende la necesidad de las reglas de la interpretación de tratados de la CV1969 para establecer el ámbito de aplicación que tendrán las *cláusulas habilitantes* conforme han sido redactadas en los TLC suscritos por el Perú, en tanto; recogiendo las autorizadas palabras del gran jurista Linderfalk la institución de la interpretación de tratados constituye “una afirmación no controvertida” (2010, p. 29) en el Derecho Internacional Público y de plena relevancia para determinar el significado y alcance de estas cláusulas en los TLC en análisis, que constituyen el marco de relacionamiento económico internacional más importante del Perú.

Para pasar a aplicar las analizadas reglas de interpretación de los tratados en los TLC debemos hacer una revisión de las *cláusulas habilitantes* específicas estos instrumentos internacionales suscritos por el Perú, porque precisamente la actividad interpretativa es el resultado de la verificación del contenido de un tratado, y por ello se debe pasar a reseñar en la presente tesis cada una de estas cláusulas antes de encontrar y definir la fórmula de aplicación de acuerdo al contenido respectivo.

3.2. CLÁUSULAS HABILITANTES SOBRE ENMIENDAS EN LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO DEL PERÚ

La República del Perú ha suscrito y tiene vigente en la actualidad diecinueve acuerdos comerciales –cuyo ámbito de impacto ha sido verificado en el último gráfico presentado–, de los acuerdos comerciales referidos trece son TLC, los cuales han entrado en vigencia desde al 2009 hasta la actualidad, conforme al cuadro presentado a continuación:

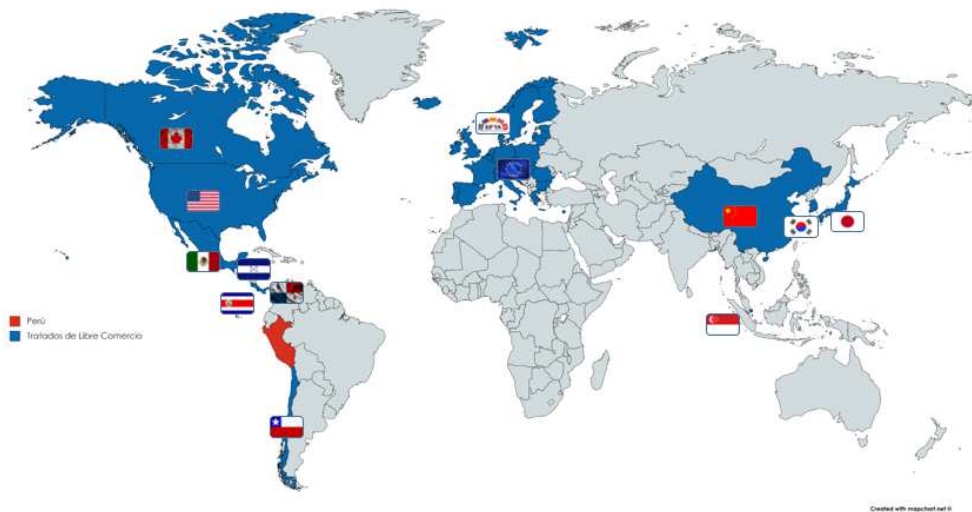
Tratados de Libre Comercio		Entrada en Vigor
1. Estados Unidos		01/02/2009
2. Chile		01/03/2009
3. Singapur		01/08/2009
4. Canadá		01/08/2009
5. China		01/03/2010
6. Corea		01/08/2011
7. EFTA	7.1. Suiza y Liechtenstein	01/07/2011
	7.2. Islandia	01/10/2011
	7.3. Noruega	01/07/2012
8. México		01/02/2012
9. Japón		01/03/2012
10. Panamá		01/05/2012
11. Unión Europea		01/03/2013
12. Costa Rica		01/05/2013
13. Honduras		01/01/2017

Fuente: *Elaboración propia (2017), sobre la base de información de MINCETUR*

Con estos tratados “todos los beneficios que Perú tenía para exportar ya no serían temporales ni limitados, sino que estarían consolidados en Acuerdos Comerciales amplios y permanentes. Hoy, gracias a los TLC o Acuerdos Comerciales del Perú, los principales mercados del mundo están abiertos, y millones de consumidores pueden conocer y disfrutar los productos y servicios que Perú produce y exporta” (MINCETUR, 2017).

Los trece TLC suscritos por el Perú son en su conjunto la mayor parte del comercio exterior del Perú, como ya se refirió anteriormente, encontrándose entre los países con los que se cuenta este tipo de tratado aquellos que constituyen sus mayores socios comerciales y las más grandes economías del planeta (Estados Unidos, China y la Unión Europea), con todos los cuales mantiene TLC vigentes y en pleno uso.

Se puede verificar la importancia de los TLC suscritos por el Perú y su envergadura en el gráfico que a continuación se consigna:



Fuente: *Elaboración propia (2017), sobre la base de información de MINCETUR*

Como se afirmó los TLC cumplen la finalidad de garantizar un marco que tienda a incrementar las relaciones económicas bilaterales entre los Estados partes de estos acuerdos comerciales –en el caso peruano esto es más que verificable por el porcentaje que representan de la balanza comercial–, es bajo este objetivo que nacen las *cláusulas habilitantes* sobre enmiendas en los TLC, porque existen ciertos anexos que requieren una mayor flexibilidad para su correspondiente aplicación en la realidad y de esta manera no afectar los intercambios entre agentes económicos y las cadenas productivas de valor que hubieran podido formar.

En este orden de ideas, para poder determinar el ámbito de aplicación de las *cláusulas habilitantes* debemos recurrir a la figura de la interpretación y analizar estas cláusulas bajo el esquema de la enmienda de tratados de la CV1969. Por lo tanto, debemos pasar a enumerar cada una de las *cláusulas habilitantes* correspondientes de los TLC en cuestión.

En primer lugar, el TLC entre la República del Perú y los Estados Unidos de América, vigente desde el 01 de febrero de 2009, establece como *cláusula habilitante* lo siguiente:

“Artículo 20.1

(...)

3. La Comisión podrá:

(a) establecer y delegar responsabilidades en comités y grupos de trabajo;

(b) modificar:

(i) las Listas establecidas en el Anexo 2.3 (Eliminación Arancelaria) mediante la aceleración de la eliminación arancelaria;

(ii) las reglas de origen establecidas en el Anexo 3-A (Reglas de Origen de Textiles) y en el Anexo 4.1 (Reglas Específicas de Origen); y

(iii) el Anexo 9.1 (Contratación Pública).

(c) emitir interpretaciones sobre las disposiciones de este Acuerdo;

(d) considerar cualquier enmienda a este Acuerdo;

(e) buscar asesoría de personas o grupos no gubernamentales; y

(f) tomar toda otra acción en el ejercicio de sus funciones según acuerden las Partes.

4. Cada Parte implementará, en concordancia con sus procedimientos legales aplicables, cualquier modificación referida en el subpárrafo 3(b), dentro del periodo que las Partes puedan acordar.

(...)” (Subrayado propio).

Luego, el TLC entre la República del Perú y la República de Chile, vigente desde el 01 de marzo de 2009, establece como *cláusula habilitante* lo siguiente:

“Artículo 15.1

(...)

3. La Comisión Administradora podrá:

- (a) establecer y delegar responsabilidades a los comités y grupos de trabajo;
 - (b) avanzar en la aplicación de los objetivos del presente Acuerdo, mediante la aprobación de cualquier modificación, de conformidad con el Anexo 15.1.3:
 - (i) el programa de desgravación arancelaria en concordancia con lo establecido en el artículo 3.2. (Programa de Liberación);
 - (ii) el régimen de origen;
 - (iii) revisar, modificar y actualizar las Notas Complementarias del presente Acuerdo, en el sentido de contribuir a la Liberalización del Comercio.
 - (c) solicitar la asesoría de personas o grupos no gubernamentales;
 - (d) aprobar y modificar las Reglas Modelo de Procedimiento mencionadas en el artículo 16.9 (Reglas Modelo de Procedimiento); y
 - (e) si lo acuerdan las Partes, adoptar cualquier otra acción en el ejercicio de sus funciones.
- (...)” (Subrayado propio).

“Anexo 15.1 3

Implementación de las Modificaciones Aprobadas por la Comisión Administradora.

Las Partes implementarán las decisiones de la Comisión Administradora a que se refiere el artículo 15.1.3, conforme a su legislación, de acuerdo con el siguiente procedimiento:

- (a) con respecto a Chile, mediante Decreto Supremo tramitado ante la Contraloría General de la República y publicado en el Diario Oficial;
- (b) con respecto al Perú, mediante Decreto Supremo del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo, publicado en el Diario Oficial.” (Subrayado propio)

Asimismo, el TLC entre la República del Perú y la República de Singapur, vigente desde el 01 de agosto de 2009, establece como *cláusula habilitante* lo siguiente:

“Artículo 16.1

(...)

3. La Comisión puede:

- (a) establecer y delegar responsabilidades a los comités y grupos de trabajo;
- (b) considerar y aprobar cualquier enmienda a este Acuerdo o modificación a los compromisos que contiene, sujeto al cumplimiento de los procedimientos legales aplicables de cada Parte. En el caso de las reglas de origen específicas, las enmiendas entrarán en vigor inmediatamente luego de la aprobación de la Comisión;

- (c) emitir interpretaciones de las disposiciones de este Acuerdo;
 - (d) buscar la asesoría de personas o grupos no gubernamentales; y
 - (e) adoptar cualquier otra acción en el ejercicio de sus funciones según lo acuerden las Partes.
- (...)” (Subrayado propio).

Adicionalmente, el TLC entre la República del Perú y Canadá, vigente desde el 01 de agosto de 2009, establece como *cláusula habilitante* lo siguiente:

“Artículo 201

(...)

3. La Comisión podrá:

(a) adoptar decisiones interpretativas sobre este Tratado las cuales serán obligatorias para los paneles establecidos en virtud del Artículo 2106 (Solución de Controversias - Establecimiento de un Panel) y los Tribunales establecidos en virtud de la Sección B del Capítulo Ocho (Inversión);

(b) buscar asesoría de personas o grupos no-gubernamentales;

(c) tomar toda otra acción en el ejercicio de sus funciones según acuerden las partes;

(d) avanzar en la implementación de los objetivos de este Tratado mediante la aprobación de cualquier revisión de:

(i) los cronogramas del Anexo 203.2, con el propósito de añadir una o más mercancías excluidas en el Cronograma de Eliminación Arancelaria de una Parte,

(ii) los períodos de eliminación por etapas establecidos en el cronograma de eliminación arancelaria, con el propósito de acelerar la reducción arancelaria,

(iii) las reglas de origen específicas establecidas en el Anexo 301,

(iv) listas de entidades de adquisición contenidas en el Anexo 1401.1, y

(v) las Reglas Uniformes sobre Procedimientos de Origen que las Partes puedan desarrollar;

(e) considerar cualquier enmienda o modificación a los derechos y obligaciones bajo este Tratado; y

(f) establecer el monto de remuneración y gastos a ser pagado a los panelistas;

4. A solicitud del Comité Ambiental establecido bajo el Acuerdo Ambiental, la Comisión puede revisar el Anexo 103 para incluir otros AMUMA, o para incluir enmiendas a cualquier AMUMA o sacar cualquier AMUMA mencionado en ese Anexo.

5. La aceptación por una Parte de cualquier revisión referida en los párrafos 3(d) y 4 será sujeta a la conclusión de los procedimientos legales nacionales de esa Parte que sean necesarios.

(...)” (Subrayado propio).

También, el TLC entre la República del Perú y la República Popular China, vigente desde el 01 de marzo de 2010, establece como *cláusula habilitante* lo siguiente:

“Artículo 170

(...)

3. La Comisión podrá:

(a) determinar y delegar responsabilidades a los Comités y Grupos de Trabajo para cada Capítulo;

(b) considerar y adoptar cualquier enmienda u modificación de los derechos y obligaciones bajo este Tratado, sujeta a la observancia de los procedimientos legales internos de cada Parte, conforme al Artículo 199 (Enmiendas) del Capítulo 17 (Disposiciones Finales);

(c) convocar a las Partes para negociaciones futuras a fin de estudiar la profundización de la liberalización ya alcanzada en los diversos sectores cubiertos por este Tratado;

(d) emitir interpretaciones de las disposiciones de este Tratado; y (e) tomar cualquier otra acción acordada por las Partes.

(...)” (Subrayado Propio).

El TLC entre la República del Perú y la República de Corea, vigente desde el 01 de agosto de 2011, establece como *cláusula habilitante* lo siguiente:

“Artículo 22.1:

(...)

3. La Comisión Conjunta podrá:

(a) establecer y delegar responsabilidades a los comités, grupos de trabajo y otros órganos;

(b) considerar y adoptar cualquier enmienda o modificación de los derechos y obligaciones de conformidad con este Acuerdo, de conformidad con los procedimientos legales aplicables de cada Parte;

(c) reunirse para examinar con mayor profundidad la liberalización en los sectores cubiertos por este Acuerdo;

(d) emitir interpretaciones de las disposiciones de este Acuerdo; enmendar o modificar, cuando lo considere necesario, las reglas modelo de

procedimiento establecidas en el Anexo 23A (Reglas Modelo de Procedimiento); o

(f) adoptar cualquier otra acción en el ejercicio de sus funciones, previo acuerdo de las Partes;

(...)” (Subrayado propio).

En el caso particular del TLC entre la República del Perú y la Asociación de Libre Comercio Europeo (EFTA), vigente para Suiza y Liechtenstein el 01 de Julio de 2011; para Islandia el 01 de octubre de 2011; y, para Noruega el 01 de julio de 2012, establece como *cláusula habilitante* lo siguiente:

“Artículo 11.1

(...)

3. El Comité Conjunto puede:

(a) establecer subcomités y grupos de trabajo que considere necesarios para que lo asistan en la realización de sus labores y delegarles responsabilidades. Excepto cuando este Acuerdo lo disponga de manera específica, los subcomités y grupos de trabajo efectuarán su labor bajo un mandato establecido por el Comité Conjunto;

(b) decidir enmendar los Anexos y Apéndices de este Acuerdo. De conformidad al párrafo 4, puede establecer la fecha para la entrada en vigencia de tales decisiones; y

(c) convocar a las Partes para negociaciones futuras para considerar la profundización de la liberalización alcanzada en los diferentes sectores cubiertos por este Acuerdo.

4. Si un representante de una Parte en el Comité Conjunto ha aceptado una decisión sujeta al cumplimiento de sus requerimientos legales internos, la decisión deberá entrar en vigencia en la fecha en que la última Parte notifique al Depositario que sus requerimientos legales internos han sido cumplidos, salvo que la misma decisión especifique una fecha posterior. El Comité Conjunto podrá disponer que la decisión entre en vigencia para aquellas Partes que hayan cumplido sus requerimientos internos, siempre y cuando Perú y por lo menos uno de los Estados AELC estén dentro de esas Partes. Una Parte podrá aplicar provisionalmente una decisión del Comité Conjunto hasta que dicha decisión entre en vigencia para esa Parte, sujeto a sus requerimientos legales.

(...)” (Subrayado propio).

Por su parte, el TLC entre la República del Perú y los Estados Unidos Mexicanos, vigente desde el 01 de febrero de 2012, establece como *cláusula habilitante* lo siguiente:

“Artículo 17.2

(...)

3. La Comisión tendrá las siguientes funciones:

a) velar por el cumplimiento y la correcta aplicación de las disposiciones de este Acuerdo;

b) considerar y adoptar las decisiones necesarias para la implementación y cumplimiento de este Acuerdo, en particular sobre:

i) la mejora de las condiciones de acceso a mercados, de conformidad con el párrafo 4 del Artículo 3.4 (Eliminación de aranceles aduaneros);

ii) la actualización de las reglas de origen establecidas en el Anexo al Artículo 4.2 (Reglas específicas de origen), de conformidad con el párrafo 1 del Artículo 4.38 (Comité de Reglas de Origen y Procedimientos relacionados con el Origen);

iii) la incorporación de nuevas denominaciones de origen para su protección conforme al párrafo 3 del Artículo 5.2 (Reconocimiento y protección de denominaciones de origen);

iv) las recomendaciones presentadas por el Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, previsto en el Artículo 7.10 (Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias) y por el Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio, previsto en el 8.10 (Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio);

v) las recomendaciones presentadas por el Comité de Entrada y Estancia Temporal, previsto en Artículo 13.6 (Comité de Entrada y Estancia Temporal de Personas de Negocios); y

vi) otras disposiciones del Acuerdo que le otorguen facultades específicas, distintas a las anteriormente mencionadas;

c) recomendar a las Partes, de ser el caso, enmiendas a este Acuerdo;

(...)” (Subrayado propio).

El TLC entre la República del Perú y Japón, vigente desde el 01 de marzo de 2012, establece como *cláusula habilitante* lo siguiente:

“Artículo 14

(...)

3. La Comisión podrá:

- (a) establecer Subcomités y cualquier otro grupo de trabajo necesario para el funcionamiento de este Acuerdo;
- (b) delegar sus responsabilidades a los Subcomités, y cualquier otro grupo de trabajo establecidos en virtud del presente Acuerdo;
- (c) considerar, recomendar a las Partes y promover cualquier enmienda a este Acuerdo, sujeto al cumplimiento de los procedimientos legales internos de cada Parte; y
- (d) adoptar los Procedimientos Funcionales a que se hace referencia en el artículo 70.
- (...)
- 6. Si la Comisión toma una decisión, sujeta al cumplimiento de requisitos legales internos, tal decisión entrará en vigencia en la fecha en que las Partes intercambien notificaciones de que tales requisitos legales internos han sido cumplidos, salvo que las Partes acuerden algo distinto.
- (...)” (Subrayado propio).

Así, en el TLC entre la República del Perú y la República de Panamá, vigente desde el 01 de mayo de 2012, se establece como *cláusula habilitante* lo siguiente:

“Artículo 20.1

(...)

3. La Comisión podrá:

- (a) establecer y delegar responsabilidades a los órganos establecidos conforme a este Tratado;
- (b) modificar en cumplimiento de los objetivos de este Tratado:
 - (i) las Listas establecidas en el Anexo 2.3 (Programa de Eliminación Arancelaria) mediante la mejora de las condiciones arancelarias de acceso a los mercados, lo que incluye la posibilidad de acelerar la eliminación arancelaria e incluir una o más mercancías excluidas en el Programa de Eliminación Arancelaria;
 - (ii) las reglas de origen establecidas en el Anexo 3 (Reglas de Origen Específicas), el Anexo 3.16 (Certificado de Origen), el Anexo 3.17 (Declaración de Origen); y
 - (iii) el Anexo 10.1 (Anexo de Cobertura);
- (c) emitir interpretaciones sobre las disposiciones de este Tratado;
- (d) analizar cualquier propuesta de enmienda a este Tratado para hacer una recomendación a las Partes;
- (e) revisar los impactos del Tratado sobre las micro, pequeñas y medianas empresas de las Partes;
- (f) solicitar la asesoría de personas o grupos no gubernamentales; y

(g) adoptar cualquier otra acción para el ejercicio de sus funciones según acuerden las Partes.

4. Cada Parte implementará, de conformidad con su legislación nacional, cualquier modificación referida en el subpárrafo 3 (b), dentro del período acordado por las Partes.

(...)” (Subrayado propio).

De igual modo, el TLC entre la República del Perú y la Unión Europea, que cumple con las características de un Tratado de Libre Comercio, vigente desde el 01 de marzo de 2013, establece como *cláusula habilitante* lo siguiente:

“Artículo 13

2. El Comité de Comercio podrá:

(a) establecer y delegar responsabilidades a órganos especializados;

(b) recibir o recabar información de cualquier persona interesada;

(c) acordar el inicio de negociaciones a fin de profundizar la liberalización ya alcanzada en los sectores cubiertos por este Acuerdo;

(d) considerar cualquier enmienda o modificación a las disposiciones contenidas en este Acuerdo, las cuales estarán sujetas al cumplimiento de los procedimientos legales internos de cada Parte;

(e) adoptar interpretaciones de las disposiciones de este Acuerdo. Dichas interpretaciones serán tomadas en consideración por los grupos arbitrales establecidos bajo el Título XII (Solución de controversias);

(f) adoptar en el ejercicio de sus funciones cualquier otra acción acordada por las Partes;

(g) avanzar en la consecución de los objetivos de este Acuerdo mediante modificaciones previstas en el mismo, de:

(i) el Anexo I (Cronogramas de eliminación arancelaria), con el propósito de incluir una o más mercancías excluidas en el cronograma de eliminación arancelaria de una Parte;

(ii) los períodos establecidos en el Anexo I (Cronogramas de eliminación arancelaria) con el propósito de acelerar la reducción arancelaria;

(iii) las reglas específicas de origen establecidas en el Anexo II (Relativo a la definición del concepto de «productos originarios» y métodos para la cooperación administrativa);

(iv) las entidades contratantes listadas en el Apéndice 1 del Anexo XII (Contratación pública);

(v) las listas de compromisos establecidas en los Anexos VII (Lista de compromisos de establecimiento), y VIII (Lista de compromisos sobre suministro transfronterizo de servicios) y las reservas

establecidas en el Anexo IX (Reservas sobre presencia temporal de personas físicas con fines de negocios); y

(vi) otras disposiciones sujetas a modificaciones por el Comité de Comercio en virtud de una disposición expresa del presente Acuerdo.

Cada Parte implementará, en concordancia con sus procedimientos legales aplicables, cualquier modificación referida en este subpárrafo.

(...)” (Subrayados propio).

Igualmente, el TLC entre la República del Perú y la República de Costa Rica, vigente desde el 01 de mayo de 2013, establece como *cláusula habilitante* lo siguiente:

“Artículo 17

(...)

3. La Comisión podrá:

(a) establecer y delegar responsabilidades a los órganos establecidos conforme a este Tratado;

(b) modificar en cumplimiento de los objetivos de este Tratado:

(i) las Listas establecidas en el Anexo 2.3 (Programa de Eliminación Arancelaria) mediante la mejora de las condiciones arancelarias de acceso a los mercados, lo que incluye la posibilidad de acelerar la eliminación arancelaria e incluir una o más mercancías excluidas en el Programa de Eliminación Arancelaria;

(ii) las reglas de origen establecidas en el Anexo 3 (Reglas de Origen Específicas), el Anexo 3.16 (Certificado de Origen) y el Anexo 3.17 (Declaración de Origen); y

(iii) el Anexo 10.1 (Anexo de Cobertura);

(c) emitir interpretaciones sobre las disposiciones de este Tratado;

(d) analizar cualquier propuesta de enmienda a este Tratado para hacer una recomendación a las Partes;

(e) revisar los impactos del Tratado sobre las micro, pequeñas y medianas empresas de las Partes;

(f) solicitar la asesoría de personas o grupos no gubernamentales; y

(g) adoptar cualquier otra acción para el ejercicio de sus funciones según acuerden las Partes.

4. Cada Parte implementará, de conformidad con su legislación nacional, cualquier modificación referida en el subpárrafo 3 (b), dentro del período acordado por las Partes.

(...)”

Finalmente, el TLC entre la República del Perú y la República de Honduras, vigente desde el 01 de enero de 2017, establece como *cláusula habilitante* lo siguiente:

“Artículo 17

(...)

3. La Comisión podrá:

(a) establecer y delegar responsabilidades a los órganos establecidos conforme a este Tratado;

(b) modificar en cumplimiento de los objetivos de este Tratado:

(i) las Listas establecidas en el Anexo 2.3 (Programa de Eliminación Arancelaria) mediante la mejora de las condiciones arancelarias de acceso a los mercados, lo que incluye la posibilidad de acelerar la eliminación arancelaria e incluir una o más mercancías excluidas en el Programa de Eliminación Arancelaria;

(ii) las reglas de origen establecidas en el Anexo 3.1 (Reglas Específicas de Origen), Anexo 3.16 (Certificado de Origen) y Anexo 3.17 (Declaración de Origen); y

(iii) el Anexo 10.1 (Anexo de Cobertura);

(c) emitir interpretaciones sobre las disposiciones de este Tratado;

(d) analizar cualquier propuesta de enmienda a este Tratado para hacer una recomendación a las Partes;

(e) revisar los impactos del Tratado sobre las micro, pequeñas y medianas empresas de las Partes;

(f) solicitar la asesoría de personas o grupos no gubernamentales; y

(g) adoptar cualquier otra acción para el ejercicio de sus funciones según acuerden las Partes.

4. Cada Parte implementará, de conformidad con su legislación nacional, cualquier modificación referida en el subpárrafo 3 (b), dentro del período acordado por las Partes.

(...)” (Subrayado propio.

Las *cláusulas habilitantes* de los TLC suscritos por el Perú han tenido una redacción relativamente uniforme con relación a la terminología utilizada, las cuales en aplicación de las reglas de interpretación de la CV1969 permitirá dilucidar su ámbito de aplicación y como se debería proceder –teniendo en consideración las relaciones exteriores del Perú como actor internacional– para la manifestación del consentimiento de las enmiendas a las que hubiera lugar en aplicación de las referidas cláusulas.

Debe tenerse presente antes de analizar el conjunto de las *cláusulas habilitantes* de los TLC suscritos que cada uno de estas ha respondido al contexto específico de su negociación, por lo tanto, a las posibilidades del Perú con relación a su contraparte.

Sin embargo, como se podrá verificar del análisis de los textos de las *cláusulas habilitantes*, todas responderían a una lógica basada en el respeto pleno de no solamente las obligaciones del Estado peruano sino también de su práctica en materia de celebración y suscripción de tratados –entre las que se encuentran las normas de perfeccionamiento interno como normas complementarias– sin descuidar el objetivo de facilitar el intercambio entre los agentes económicos de los Estados partes de cada uno de los TLC.

En esta verificación se debe recordar el importante rol que han tenido tanto el MINCETUR –órgano rector en materia de negociaciones comerciales internacionales– como el MRE –órgano rector del relacionamiento externo del Perú– en las negociaciones internacionales de los TLC.

De las trece *cláusulas habilitantes* se puede establecer que existe una diferenciación entre el concepto enmienda y el de modificación, la razón si se tiene en cuenta el régimen internacional de los tratados, en lo particular la CV1969 es que, al momento de celebrar los TLC, los Estados partes consideraban necesario establecer excepciones al procedimiento de enmienda de los tratados, otorgándole una facultad específica a las CAC, esto constituye el objetivo de una *cláusula habilitante*.

Sin embargo, las circunstancias particulares de la negociación comercial internacional de cada TLC han determinado que las *cláusulas habilitantes* no sean completamente uniformes, porque la redacción no es idéntica en los trece TLC, con excepción de aquellos celebrados con Honduras, Costa Rica y Panamá, que tienen la misma redacción de *cláusula habilitante* y por lo tanto el mismo tipo de

facultades atribuidas a la CAC de cada uno de estos TLC para modificar ciertos aspectos del acuerdo comercial.

De otro lado, el otro extremo con relación a lo estipulado en la *cláusula habilitante* lo constituye el TLC con la República Popular China que no otorga facultad específica de modificación a la CAC, esto es tan así que esta cláusula solo hace referencia a la figura tradicional de enmienda en su contenido, la cual debe seguir el procedimiento de perfeccionamiento interno.

Los demás TLC suscritos por el Perú tienen en su redacción de la *cláusula habilitante* alguna facultad concedida a la CAC para modificar ciertos aspectos de los anexos del tratado, lo que permite afirmar que siguen la misma lógica que en los tres TLC que tienen la misma redacción uniforme donde se hace diferenciación expresa a la figura de la enmienda con la de una modificación por atribuida a la CAC.

3.2.1. Ámbito de aplicación de las Cláusulas Habilitantes sobre enmiendas

Las *cláusulas habilitantes* regulan las facultades que tendrán las CAC en la aplicación de los TLC, como mecanismo de coordinación entre las partes, para aprobar ciertas decisiones sobre la aplicación de un respectivo TLC; asimismo, estableciéndose que estos órganos pueden adoptar los términos de las enmiendas, inclusive, modificar por sí mismos ciertas disposiciones del mismo.

Estas *cláusulas habilitantes* en la mayoría de los TLC suscritos por el Perú hacen una diferencia expresa entre el término enmienda y modificación –como se verificó anteriormente–, la razón es porque atribuyen efectos distintos a cada categoría sobre las funciones de las CAC, y esto se debe fundamentalmente a la aplicación por parte de los Estados partes de las reglas propias del régimen internacional de los tratados, en tanto, los TLC son instrumentos internacionales que responden a la naturaleza de tratados.

En ese sentido, podemos afirmar que las CAC en todas las *cláusulas habilitantes* de los TLC suscritos por el Perú podrá entre otras cosas, *considerar* y *adoptar* cualquier enmienda de los derechos y obligaciones de conformidad con las reglas de este instrumento internacional.

El Memorandum (DGT) N° DGT1369/2016, de fecha 23 de setiembre de 2016, se establece en la parte *in fine* del numeral 4 lo siguiente:

“(…) la adopción es el acto formal por el cual las partes negociadoras establece la forma y el contenido de un tratado. El tratado es adoptado mediante un acto específico en el que se expresa la voluntad de los Estados (…) votando su texto, rubricándolo, firmándolo, etc.” (Subrayado propio)

La determinación que las CAC pueden *considerar* o *adoptar* cualquier enmienda debe tener en consideración que la adopción es como expresó la DGT el acto formal por el cual las partes negociadoras establecen la forma y el contenido de un tratado, esto significa que las CAC pueden determinar la forma y el contenido de las enmiendas a un tratado, pero esto no significa que no deba, en lo que concierne a la enmienda, realizarse un procedimiento de perfeccionamiento interno, conforme al ordenamiento jurídico nacional.

Este ejercicio de interpretación se desprende de la redacción de las *cláusulas habilitantes* de los TLC suscritos por el Perú, las cuales en aplicación de la regla general de interpretación de la CV1969 permite esbozar lo referido precedentemente.

La razón por la que se hace necesaria esta interpretación, por lo tanto, la determinación del ámbito de aplicación de las *cláusulas habilitantes*, se desprende de que la redacción de estas cláusulas no es completamente uniforme –como se verificó anteriormente– y requiere ciertamente entender las reglas de interpretación de los tratados de la CV1969.

Asimismo, aunque no se han podido encontrar casos donde se haya requerido expresamente la interpretación de las *cláusulas habilitantes* de los TLC suscritos por el Perú, pero tal y como se puede verificar del Memorándum (DAE) N° DAE1272/2015, de fecha 03 de setiembre de 2015, como resultado de la consulta formulada por un funcionario de la Embajada de la República de Corea acreditada en el Perú sobre la “formalidad que debería seguirse ante un procedimiento de modificación del TLC a través de intercambio de notas”, se demuestra que existen ciertas interrogantes sobre el ámbito de aplicación de las *cláusulas habilitantes*.

En ese memorándum de la DAE –órgano de línea del MRE encargado de la coordinación con el sector rector en la materia– se hace referencia además a que “en la última reunión de la Comisión Administradora del Tratado de Libre Comercio (TLC) entre el Perú y Corea en 2014, ambas partes acordaron la actualización de las reglas de origen (capítulo 3 del TLC) a la nueva nomenclatura arancelaria”, lo que conllevó a un conjunto de coordinaciones entre los órganos competentes del MRE, en especial la DAE, con el MINCETUR y la contraparte coreana para poder modificar las reglas de origen de ese TLC, de acuerdo a las facultades conferidas por la *cláusula habilitante*.

Las coordinaciones entre ambos sectores llevaron a la manifestación de ciertos criterios específicos respecto de la situación, por parte del MRE mediante el OF. RE (DAE-DNE) N° 2-14-B/433 de fecha 18 de agosto de 2016 se señaló que “la formalización de la enmienda mediante la suscripción de un intercambio de notas diplomáticas constituye, conforme a la práctica peruana, una de las formas que puede adoptar un tratado entre dos Estados”.

De otro lado, el MINCETUR mediante el Oficio N° 023-2016-MINCETUR/VMCE/DGGJCI de fecha 05 de setiembre de 2016, afirmó “(...) ambos Estados han establecido que la facultad para enmendar dicho Acuerdo recae

en la Comisión Conjunta encargada de su administración, (...), no resulta procedente ninguna formalidad adicional para concretar la enmienda adoptada por la Comisión Conjunta antes mencionada.”

No obstante, el MINCETUR en el referido oficio sustentó que “en la medida que una enmienda constituye la adopción de un acuerdo internacional, la misma debe ser sometida al proceso de perfeccionamiento interno”. La interrogante subyace, ¿Cuál es el ámbito de aplicación de las *cláusulas habilitantes* sobre enmienda por parte de las CAC?

Para explicar la incógnita debemos tener en consideración la redacción de las *cláusulas habilitantes* de los trece TLC suscritos por el Perú y encontramos que como se ha indicado previamente hacen una diferenciación sobre la enmienda y lo que sería la modificación de ciertos aspectos por parte de las CAC, esto último se refiere en los TLC suscritos por el Perú en general a uno o más de los siguientes puntos: a) Listas establecidas en el programa de eliminación arancelaria, b) reglas de origen, los certificados y declaración de origen, c) anexo de cobertura, d) reglas de procedimiento.

Esto permite afirmar que las *cláusulas habilitantes* en aplicación de la regla general de interpretación de la CV1969 buscan generar un *procedimiento especial* para reglas de naturaleza técnica-operativa como son en particular las reglas de origen y el programa de eliminación arancelaria, por ello la diferenciación con la facultad atribuida a las CAC sobre las enmiendas en general.

No obstante, en estas mismas *cláusulas habilitantes* se señala que “Cada Parte implementará, en concordancia con sus procedimientos legales aplicables, cualquier modificación referida en el subpárrafo 3(b), dentro del periodo que las Partes puedan acordar”, este subpárrafo corresponde a las facultades de modificación conferidas por regla general en los TLC suscritos por el Perú a las

CAC, con excepción del TLC con China donde no se hace diferencia expresa de la enmienda de acuerdo con el régimen internacional de los tratados con la materia de las *cláusulas habilitantes* estudiadas en la presente tesis.

Esto permitiría afirmar a su vez que es sustancialmente distinta aquella parte de la misma *cláusula habilitante* de los TLC suscritos por el Perú que establece que la CAC puede “analizar cualquier propuesta de enmienda a este Tratado para hacer una recomendación a las Partes”, por lo cual se puede confirmar que el procedimiento de enmienda permanece de conformidad las reglas del régimen internacional de los tratados, mientras que la habilitación que realizan estas cláusulas en los TLC suscritos por el Perú se refiere a los aspectos concretos referidos previamente que son de naturaleza técnica-operativa y que corresponden a cada uno de los TLC, de acuerdo a la negociación que los estableció.

3.2.2. Interpretación de las Cláusulas Habilitantes

Las *cláusulas habilitantes* como hemos referido anteriormente hacen diferenciación entre el termino enmienda y modificación, estableciéndose en casi todos los casos efectos distintos a cada uno de estos supuestos, lo que determina que la voluntad de las partes al celebrar los TLC era identificar de forma distinta a uno y otro concepto.

Lo que se verifica de una lectura detenida de cada una de las trece *cláusulas habilitantes* de los TLC suscritos por el Perú es que la figura identificada con la enmienda corresponde a la modificación del tratado en sí mismo, de sus obligaciones, en cuyo caso en casi todos los TLC las CAC –con excepción del TLC con China– solo tienen la facultad como máximo de *adoptar*, que de acuerdo al significado de este concepto en las reglas de la CV1969 es “acto formal por el cual las partes negociadoras establecen la forma y contenido de un tratado”, como ya se afirmó precedentemente.

Es decir, es el acto identificable con la etapa inicial de una celebración de tratado, por lo cual no se puede interpretar que las CAC tienen la facultad de enmendar por sí mismas los TLC que aplican sin la intervención de los órganos competentes para la enmienda de cualquier otro tipo de tratado; es decir, el MRE en aplicación de las reglas de perfeccionamiento interno de los tratados.

Sin embargo, se debe determinar cuál sería el procedimiento para el caso de las modificaciones atribuidas a las CAC con relación a los aspectos técnicos-operativos determinados en cada uno de los TLC suscritos por el Perú.

Para poder determinar la atribución de las CAC con relación a las causales establecidas en las *cláusulas habilitantes*, se debe tener presente que los anexos en los trece TLC suscritos por el Perú se consideran como:

“Los Anexos, Apéndices, y las notas al pie de página de este Acuerdo constituyen parte integrante del mismo.” (Subrayado propio)

Por lo tanto, la regulación que establece que la modificación de estos aspectos que tienen naturaleza técnico-operativa corresponde a las CAC de los TLC suscritos por el Perú debe compadecerse de que inclusive estos anexos forman parte del tratado, lo que se corresponde con las reglas del régimen internacional de tratados en el sentido de que inclusive los anexos de un instrumento internacional constituyen parte del instrumento.

Sin embargo, la voluntad del Estado peruano fue establecer un régimen diferenciado que permita en aquellos aspectos de naturaleza técnico-operativa como son las listas arancelarias, las reglas de origen y los anexos de cobertura un procedimiento distinto al de la enmienda de tratados, como se explicó anteriormente en este último contexto, las CAC solo tienen la facultad de adoptar los proyectos de enmienda, mientras que en las causales habilitadas tienen la facultad de aprobar las modificaciones.

Estos procedimientos con excepción del referido TLC suscrito con China, el cual no establece una figura de modificación especial para las CAC, deben adoptarse conforme a los procedimientos legales aplicables; es decir, las CAC tendrán atribuciones de decidir sobre la modificación, pero su entrada en vigor debe tener en consideración los procedimientos internos, los cuales a diferencia del procedimiento requerido para la enmienda en el caso peruano significa que las CAC, cuyo representante de la parte peruana es el MINCETUR, tendrá atribución de decidir sobre la modificación y el MRE solo cumplirá la función de canalizar, teniendo que realizar un procedimiento simplificado de perfeccionamiento interno acorde con las reglas del régimen internacional de la CV 1969 y el régimen internacional de los acuerdos comerciales.

Los TLC con Japón y Corea no tienen una figura de modificación amplia como otros TLC, correspondiendo que las CAC de estos TLC suscritos por el Perú solo tienen facultad de aprobar la modificación de las reglas de procedimiento, en todo lo demás se entenderá que las CAC solo adoptan el contenido de lo que constituirá una enmienda al tratado conforme a las reglas del régimen internacional de los tratados.

En el TLC con el EFTA la CAC tiene la atribución de “*enmendar*” los anexos y apéndices del instrumento internacional, como constituyen parte integrante del tratado, pero se diferencia del contenido del TLC se entiende, en aplicación de la regla general de interpretación de la CV1969, que esta cláusula habilita de manera similar a lo que en otros TLC suscritos por el Perú se entiende como modificación directa por parte de las CAC.

Con relación a los TLC con los Estados Unidos de América y Chile las CAC comparten la habilitación en cada instrumento internacional de modificar las listas

establecidas de eliminación arancelaria o programa de desgravación; las reglas específicas de origen, que en el TLC con Chile se denomina régimen de origen.

No obstante, en el TLC con los Estados Unidos de América se considera además como categoría especial las reglas de origen de textiles y se incluye como habilitación el anexo sobre contratación pública a diferencia del caso del TLC suscrito con Chile donde se incluye como causal las notas complementarias, pero se especifica que la facultad de la CAC de ese TLC se circunscribe a modificar estas en la *medida que contribuyan a la liberalización del comercio* entre los Estados partes. Este último TLC incluye como causal habilitada las reglas modelo de procedimiento.

Como verificamos en la experiencia comparada sobre la enmienda de tratados de ambos países –Estados Unidos de América y Chile– sus procedimientos internos son similares al Perú con relación a esta figura, y si se tiene en cuenta que en el caso del TLC con Chile la *cláusula habilitante* establece que las modificaciones habilitadas para la aprobación por las CAC deben realizarse por el procedimiento de emisión de Decreto Supremo tramitado ante la CGRCH.

En aplicación de la regla general de interpretación se puede determinar que tanto Chile como el Perú tomaron al momento de celebrar el TLC entre ambos países como base sus procedimientos de perfeccionamiento interno, por lo que la habilitación otorgada a la CAC se circunscribe a establecer una facultad para modificar aspectos concretos de naturaleza técnico-operativa por parte de este órgano *ad hoc*, sin que este signifique que no deba cumplirse el procedimiento interno respectivo, en el caso de Chile se determinaría que es una modificación derivada de un acuerdo previo, por ello es un procedimiento que no requiere de aprobación por el CRCH en el caso de ese país, pero si debe tener la revisión de su CGRCH.

Asimismo, en el caso del TLC con los Estados Unidos de América la práctica de ese país se corrobora con la forma de redacción de la *cláusula habilitante*, lo que significa que la aprobación por parte de la CAC de ciertos aspectos habilitados no obsta a la aplicación de sus procedimientos internos respectivos.

De otro lado, el TLC suscrito con Singapur establece como facultad para la CAC en el sentido de *cláusula habilitante* que es distinto al régimen de enmienda del tratado la aprobación de las reglas de origen específicas solamente, consignando que la aprobación por la CAC de esta modificación entrará en vigor luego de la decisión de este órgano, en este punto teniendo en consideración lo analizado sobre los anexos constituyen parte del tratado, la aplicación se deberá realizar con la realización de un procedimiento interno simplificado que confirme esta modificación.

Asimismo, en el TLC suscrito con Canadá la CAC tiene la atribución de modificar las listas arancelarias, al poder revisar las mercancías que se pueden incluir en el cronograma de eliminación arancelaria, los periodos de este cronograma, las reglas de origen específicas, así como las reglas de procedimiento y las listas de entidades de adquisición y las reglas uniformes sobre procedimientos de origen. Este TLC tiene la particularidad de incluir, a diferencia de los otros suscritos por el Perú, las recomendaciones del Comité Ambiental sobre la enmienda de los AMUMA o incluir nuevos como facultad habilitada a la CAC de este instrumento internacional.

El TLC con México en un sentido similar otorga facultad a la CAC de este tratado para que pueda adoptar las decisiones necesarias para la implementación de medidas que mejoren las condiciones de acceso a mercados, la actualización de las reglas de origen y la incorporación de nuevas denominaciones a esas reglas de origen.

De otro lado el TLC con la Unión Europea establece como facultad para la CAC la modificación de los cronogramas de eliminación arancelaria, los periodos de estos cronogramas, las reglas específicas de origen, las listas de entidades contratantes del anexo de contratación pública, la lista de compromisos de establecimiento, la lista de compromisos sobre suministro transfronterizo de servicios y las disposiciones de reservas sobre presencia temporal de personas físicas con fines de negocios. Asimismo, habilita que la CAC de este tratado apruebe as disposiciones que recomiende el Comité de Comercio.

En último lugar, los TLC con Panamá, Costa Rica y Honduras –que tienen la misma redacción– establecen la facultad en las CAC de modificar el programa de eliminación arancelaria que debe incluir los aspectos relativos que mejoren el acceso a los mercados, las reglas de origen y el anexo de cobertura.

Lo anteriormente descrito puede resumirse en el siguiente cuadro que permitirá verificar lo facultado por las *cláusulas habilitantes* de los TLC suscritos por el Perú:

Tratados de Libre Comercio	<i>Cláusulas Habilitantes</i>		Procedimiento
1. Estados Unidos	Modificar:	Listas de eliminación arancelaria	<i>Procedimiento de perfeccionamiento interno simplificado</i>
		Reglas de origen: textiles y específicas	
		Anexo de contratación pública	
Considerar cualquier enmienda	<i>Procedimiento de perfeccionamiento interno</i>		
2. Chile	Aprobar la modificación:	Programa de desgravación arancelaria	<i>Procedimiento de perfeccionamiento interno simplificado</i>
		Régimen de origen	
		Las Notas Complementarias, en el sentido de contribuir a la liberalización del Comercio	
		Las reglas modelo de procedimiento	

	Enmienda de las obligaciones del Tratado	<i>Procedimiento de perfeccionamiento interno</i>	
3. Singapur	Modificar reglas de origen específicas	<i>Procedimiento de perfeccionamiento interno simplificado</i>	
	Considerar aprobar cualquier enmienda	<i>Procedimiento de perfeccionamiento interno</i>	
4. Canadá	Aprobar la revisión:	Los cronogramas con el propósito de añadir una o más mercancías	<i>Procedimiento de perfeccionamiento interno simplificado</i>
		Los periodos de eliminación por etapas con el propósito de acelerar la reducción arancelaria.	
		Las reglas de origen específicas	
		Listas de entidades de adquisición	
		Reglas uniformes sobre procedimientos de origen	
	A solicitud del Comité Ambiental puede incluir otros AMUMA o incluir enmiendas a cualquier AMUMA o retirarlo		
	Considerar cualquier enmienda	<i>Procedimiento de perfeccionamiento interno</i>	
5. China	Considerar adoptar cualquier enmienda	<i>Procedimiento de perfeccionamiento interno</i>	
6. Corea	Modificar las reglas modelo de procedimiento	<i>Procedimiento de perfeccionamiento interno simplificado</i>	
	Considerar y adoptar cualquier enmienda	<i>Procedimiento de perfeccionamiento interno</i>	
7. EFTA	Decidir enmendar anexos y apéndices	<i>Procedimiento de perfeccionamiento interno simplificado</i>	

	Enmienda a las obligaciones del Tratado		Procedimiento de perfeccionamiento interno
8. México	Adoptar las decisiones:	Las mejora de las condiciones de acceso a mercados	Procedimiento de perfeccionamiento interno simplificado
		La actualización de las reglas de origen	
		La incorporación de nuevas denominaciones de origen para su protección	
	Recomendar enmiendas al Acuerdo		Procedimiento de perfeccionamiento interno
9. Japón	Adoptar procedimientos Funcionales		Procedimiento de perfeccionamiento interno simplificado
	Considerar y promover cualquier enmienda		Procedimiento de perfeccionamiento interno
10. Panamá	Modificar:	Listas del programa de eliminación arancelaria mediante la mejora de las condiciones arancelarias de acceso a los mercados, lo que incluye acelerar la eliminación o incluir una o más mercancías	Procedimiento de perfeccionamiento interno simplificado
		Reglas de origen específicas y la declaración de origen	
		Anexo de cobertura	
	Analizar propuesta de enmienda		Procedimiento de perfeccionamiento interno
11. Unión Europea	Modificar:	Cronograma de eliminación arancelaria, con el propósito de incluir una o más mercancías	Procedimiento de perfeccionamiento interno simplificado
		Los periodos del Cronograma de eliminación arancelaria	
		Las reglas de origen específicas y la declaración de origen	
		Anexo de cobertura	

	Considerar cualquier enmienda		Procedimiento de perfeccionamiento interno
12. Costa Rica	Modificar	Listas del programa de eliminación arancelaria mediante la mejora de las condiciones arancelarias de acceso a los mercados, lo que incluye acelerar la eliminación o incluir una o más mercancías	Procedimiento de perfeccionamiento interno simplificado
		Reglas de origen específicas y la declaración de origen	
		Anexo de cobertura	
	Analizar propuesta de enmienda		Procedimiento de perfeccionamiento interno
13. Honduras	Modificar:	Listas del programa de eliminación arancelaria mediante la mejora de las condiciones arancelarias de acceso a los mercados, lo que incluye acelerar la eliminación o incluir una o más mercancías	Procedimiento de perfeccionamiento interno simplificado
		Reglas de origen específicas y la declaración de origen	
		Anexo de cobertura	
	Analizar propuesta de enmienda		Procedimiento de perfeccionamiento interno

Fuente: *Elaboración propia (2017)*

En conclusión, las *cláusulas habilitantes* de los TLC suscritos por el Perú otorgan facultades específicas a las CAC de modificar ciertos aspectos que tienen naturaleza técnico-operativa pero que aun así deben ser confirmados a través de los procedimientos legales internos, los cuales constituyen el perfeccionamiento interno, lo que significa que de acuerdo a la práctica peruana y porque estos anexos forman parte integrante de cada uno de los TLC el MRE debe canalizar el procedimiento y emitir nota diplomática que confirme en el plano internacional con la contraparte lo decidido por la CAC.

3.3. LA COMPETENCIA DEL MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES EN LA APLICACIÓN DE LAS CLÁUSULAS HABILITANTES SOBRE ENMIENDAS

De conformidad con el marco normativo referido en los capítulos anteriores queda claro que, en el caso de los acuerdos comerciales, por ende, de los TLC, es el MINCETUR en coordinación con el MRE y los demás sectores del gobierno correspondientes, de acuerdo al ámbito de sus competencias, quien dirige las negociaciones.

La coordinación implica que el MRE tenga un rol activo en las negociaciones en los ámbitos de su competencia; es decir, dentro de lo que se denomina Diplomacia como agente oficial del Estado peruano para su relacionamiento externo, lo cual no solo se sustenta en el plano teórico sino también en el plano normativo con lo referido sobre la CV1961 sobre las relaciones diplomáticas de un Estado en el plano internacional, por lo que el MRE es el agente de relacionamiento externo oficial del Estado peruano y órgano rector en esa materia, lo cual es reconocido también en la configuración de los regímenes internacionales de los tratados y el de los acuerdos comerciales.

La participación de nuevos actores, entre los que se encuentra el MINCETUR, no enerva la función ya analizada del MRE, sino por el contrario establece una dinámica de cooperación necesaria para atender, de acuerdo a las funciones específicas de cada sector, las necesidades de los ámbitos establecidos en las relaciones económicas internacionales entre los Estados, de los cuales los TLC son una de sus formas más importantes en la actualidad, por ser el instrumento más importante del régimen de los acuerdos comerciales.

En cuanto a la suscripción y posterior proceso de perfeccionamiento interno, debe volver a recalarse que los planos internos e internacional tienen lógicas distintas aunque relacionadas; en ese sentido, a pesar de que la LOF MINCETUR le otorga

al titular del MINCETUR la facultad de suscribir TLC, el carácter de norma interna de esa Ley no la hace oponible en el plano internacional, por lo que corresponde al MRE la emisión de los plenos poderes respectivos para que se garantice así el cumplimiento de los preceptos para la celebración de tratados de la CV1969, conforme a las reglas del régimen internacional de los tratados, con lo que se verifica el importante rol del MRE en la consolidación de las funciones del MINCETUR en el plano internacional.

En ese sentido, se verifica de la revisión de los expedientes de los trece TLC suscritos y vigentes para el Perú que la práctica ha sido el otorgamiento de los plenos poderes por parte del MRE a favor del Ministro titular del MINCETUR para que pueda suscribir los acuerdos comerciales y manifestar el consentimiento a obligarse del Estado peruano dentro de los parámetros del régimen internacional de los tratados, en una dinámica de coordinación para garantizar la plena validez en el ámbito internacional de los actos del sector competente de acuerdo a la normativa nacional.

Por otro lado, es fundamental distinguir entre el procedimiento de manifestación del consentimiento para la entrada en vigor del tratado y su puesta en ejecución, que quiere decir, como podemos verificar en los capítulos anteriores, que el primero se refiere a la culminación del perfeccionamiento interno, competencia plena del MRE para que se pueda manifestar el consentimiento a obligarse por el TLC del Estado peruano, luego de lo cual corresponde al MINCETUR la ejecución del TLC del que se trate, en otras palabras su implementación.

Asimismo, las comunicaciones relativas al cumplimiento de los procedimientos legales internos necesarios para su entrada en vigor y a la determinación de la fecha en que esta se producirá corresponden también al MRE, porque son efectuados por la vía diplomática, función de este Ministerio en cumplimiento de su rol de órgano rector del relacionamiento externo del país.

La práctica en el caso de los TLC suscritos por el Perú ha sido en el caso del otorgamiento de plenos poderes, otorgarlos al Ministro a cargo del MINCETUR para que proceda a la autenticación de los mismos, esto de conformidad con las reglas de la CV1969; es decir, del régimen internacional de los tratados para que el Estado peruano pueda manifestar su consentimiento a obligarse por un TLC que es un tratado de acuerdo a su naturaleza.

En este caso se debe distinguir que de estimarlo pertinente que sea el Ministro a cargo del MRE el que autentique los TLC negociados no se requerirá –como ocurre con cualquier otro tratado– del otorgamiento de plenos poderes, esto de conformidad con las reglas establecidas por la CV1969 en concordancia con la CV1961, que otorgan una categoría especial en el plano internacional al titular del MRE como encargado del órgano rector relacionamiento externo del país.

Con relación al procedimiento de manifestación del consentimiento del Estado, para la posterior entrada en vigor de un TLC y el procedimiento de ejecución del mismo, debe tenerse en cuenta, que tal y como lo establecen las reglas de la CV1969 y la normativa nacional de perfeccionamiento interno, se vinculan los actos de entrada en vigor de un tratado con los de finalización de los procedimientos de perfeccionamiento interno.

En ese sentido, la práctica de que una vez que se culmina el procedimiento interno de un TLC, corresponde al MRE enviar a los Estados partes las notas diplomáticas donde se dé conocimiento de este hecho; es decir, los Estados partes mediante la vía diplomática se notifican del cumplimiento de los procedimientos internos para la entrada en vigor del tratado respectivo y determinan la fecha en que esta última tendrá lugar, lo cual es concordante como se analizó con el régimen internacional de los tratados y no es discordante con el régimen de los acuerdos comerciales.

Como se esbozó anteriormente, el Estado peruano forma parte de la CV1969, que constituye pieza fundamental del régimen internacional de los tratados; por lo tanto, la práctica sobre la base de las reglas de este régimen internacional de la utilización de la vía diplomática para manifestar el consentimiento a obligarse en un tratado – inclusive en los TLC– no generan duda que es el MRE el encargado de administrar el relacionamiento externo y por lo tanto hacer cumplimiento a estos actos oficiales.

Esto guarda plena correspondencia con la ya analizada función del MRE en la LOF MRE, como en su práctica, basada en el plano internacional en la CV1961 sobre las relaciones diplomáticas de los Estados y en los aspectos referentes al régimen internacional de los tratados a la CV1969.

La práctica es corroborada inclusive por la forma en cómo se han manifestado los consentimientos en los trece TLC suscritos y vigentes para el Perú con sus Estados partes; es decir, es el MRE con su homólogo extranjero quienes realizan este procedimiento de intercambio de notas diplomáticas, aunque los países tengan sus propios Ministerios encargados del comercio, como en el caso del Estado peruano es el MINCETUR, que participa como órgano rector en las negociaciones comerciales internacionales y suscribe los TLC, con la participación del MRE para el otorgamiento de plenos poderes y como órgano rector del relacionamiento externo del país.

Es una vez concluido el procedimiento de manifestación del consentimiento para la entrada en vigor del TLC, que es de entera competencia del MRE, que se dispone la ejecución del mismo a través del sector competente, el MINCETUR. Existe un procedimiento enteramente interno para ello cuya finalidad es facilitar la difusión y conocimiento del TLC, en el que ambos sectores –en el plano interno– han coordinado para que todos los agentes económicos peruanos y entidades estatales puedan hacer uso de los derechos y beneficios concedidos como cumplir con las obligaciones, todo lo cual es resultado de la vigencia del TLC suscrito con determinado país.

Los TLC como se esbozó anteriormente son tratados por su naturaleza, por lo que las competencias del MRE se circunscriben a las funciones de este Ministerio como agente oficial de relacionamiento externo del Estado peruano, que guardan plena relación con los regímenes internacionales de los tratados y el de los acuerdos comerciales, al que se circunscriben los TLC suscritos y vigentes para el Perú.

En este orden de ideas las *cláusulas habilitantes* entran como una figura especial de los TLC que ha suscrito el Perú, los cuales como ya analizamos en los artículos específicos de cada uno de estos tratados deben tener una interpretación concordante con las reglas de interpretación de la CV1969 y que permiten delimitar las funciones que tendría el MRE en su aplicación.

Las *cláusulas habilitantes* han sido muy específicas en diferenciar la enmienda del TLC de las modificaciones a ciertos aspectos de naturaleza técnica-operativa como son los cronogramas de liberalización arancelaria, reglas de origen, certificados de origen y reglas de procedimiento, las cuales, si han sido habilitadas para las CAC en algunos de los TLC, como se verificó anteriormente.

Por lo tanto, en el caso de la enmienda la *cláusula habilitante* de cada uno de los TLC suscritos por el Perú a la fecha no permite interpretar –como se analizó– que las CAC tengan la facultad de manifestar el consentimiento del Estado peruano en el caso de proponer una enmienda del TLC, a lo que están facultados estos órganos *ad hoc* de este tipo de tratados es a adoptar la propuesta de enmienda, que deberá seguir el proceso de perfeccionamiento interno para su entrada en vigor.

Lo que sí habilitan estas *cláusulas habilitantes* –en las que la redacción de la cláusula lo ha establecido expresamente– es a que, para el caso de aspectos técnicos-operativos en los anexos, por ello diferencian estos como modificaciones, las CAC pueden realizar directamente la modificación de estos aspectos de algunos de los

TLC, sin requerir mayor formalidad que la aprobación de los mismos por parte de las CAC.

No obstante, este procedimiento de aprobación habilitado por los TLC tiene un correlato con relación a lo analizado sobre los anexos de los TLC suscritos por el Perú, los cuales conforme a cada uno de estos tratados forman parte integrante del mismo, por lo que la habilitación a favor de las CAC significa que en el plano interno la aprobación por la CAC constituye el requisito de la modificación, pero en el plano internacional requiere proseguir con la práctica del Estado peruano, la de emitir nota diplomática informando de la aprobación de estas modificaciones que será canalizado por el MRE.

En ese sentido, la obligación de respetar los procedimientos legales aplicables de los Estados partes, que se encuentra establecida en las *cláusulas habilitantes*, significa como ya se analizó, que se utilizará la vía del perfeccionamiento interno, pero en su versión simplificada; es decir, la que no requiere aprobación previa del CRP, porque la aprobación de la CAC de estos aspectos técnicos-operativos constituye la formalidad plena de aprobación.

Lo anteriormente expresado significa que el perfeccionamiento interno se realiza por disposición de la CAC, de la cual el MINCETUR es parte integrante como representante de la parte peruana, y lo realizará el MRE canalizando el procedimiento –lo que no significa que vaya a existir dilación– porque el perfeccionamiento interno se entiende validado por la decisión de la CAC.

Es decir, la modificación de los aspectos técnicos-operativos establecidos en la *cláusula habilitante* procede con la decisión de la CAC que constituirá con la opinión técnica del MINCETUR solamente y la decisión previa de la CAC, que constituirá el texto íntegro de la modificación, el expediente de perfeccionamiento a canalizar por el MRE.

Siendo esto así, el rol del MRE a través de la DAE, en específico de la DNE es coordinar con la DNC del MINCETUR la remisión de su documentación, la decisión de la CAC y la opinión favorable de esta DNC, para proseguir a través de la DGT la emisión de los documentos respectivos que conducirán a la emisión de la nota diplomática que cumplirá una función de confirmación en el plano internacional de lo decidido por la CAC, que constituyen las partes negociadoras plenas en estos aspectos técnicos-operativos habilitados por la mayoría de los TLC suscritos por el Perú.

CONCLUSIONES

1. Las *cláusulas habilitantes* de enmienda por parte de las CAC de los TLC suscritos por el Perú son un mecanismo de modificación cuya finalidad es la mayor adaptabilidad para las necesidades de los agentes económicos que utilizan sus reglas.

Los TLC al ser tratados de acuerdo a lo establecido en la CV1969 deben cumplir con un conjunto de reglas para la enmienda de los mismos; sin embargo, las relaciones económicas que regulan estos tratados requieren que ciertos aspectos específicos deban adaptarse con una mayor facilidad y de forma oportuna.

El régimen internacional de los tratados permite que los Estados puedan pactar reglas especiales para la enmienda de los tratados y ciertos aspectos de estos, tal y como lo establece el artículo 39 de la CV1969; sin embargo, por más que las reglas de este instrumento internacional sean suplementarias a la voluntad de los Estados, para manifestar el consentimiento a obligarse a un tratado todo Estado debe cumplir en su plano interno un conjunto de requisitos que conforman su práctica, como sucede con el Estado peruano, que lo realiza a través del MRE, inclusive en los TLC, lo que se denomina como procedimiento de perfeccionamiento interno.

Esta práctica de perfeccionamiento interno es dirigido y administrado por el MRE y constituye una de las formas en que ejerce su rol como órgano rector del relacionamiento externo del Perú. Las *cláusulas habilitantes* tienen en este contexto una utilidad de diferenciar entre la enmienda de los tratados, que corresponde a las obligaciones contenidas en estos instrumentos internacionales, con la de modificar aspectos concretos de naturaleza técnico-operativa de los TLC.

2. En la aplicación de las *cláusulas habilitantes* se debe tener en consideración que los CAC tendrán facultades cuando el TLC expresamente establezca la posibilidad de poder realizar modificaciones a los aspectos que hayan sido considerados en los textos de estos instrumentos internacionales, que tienen naturaleza técnico-operativa.

Las *cláusulas habilitantes* de los TLC suscritos por el Perú establecen facultades específicas para que las CAC adopten modificaciones en los aspectos que les hayan otorgado los Estados partes al celebrar el TLC, siendo fundamentalmente sobre aspectos de listados de liberalización arancelaria, reglas de origen entre otros, porque constituyen materias de naturaleza técnico-operativo que requieren un procedimiento más expeditivo que corresponde a la finalidad del TLC, que es propender a una mayor liberalización económica y reglas claras para ser utilizadas por los agentes económicos de los Estados partes.

Si bien es cierto, no todos los TLC suscritos por el Perú otorgan esta facultad a las CAC, porque la atribución de modificar ciertos anexos de los TLC ha respondido a la negociación entre los Estados partes al momento de celebrar el tratado, en aquellos TLC en los que expresamente se ha establecido esta facultad si corresponde utilizar un procedimiento distinto, porque se hace la diferencia con la enmienda como figura de modificación de las obligaciones del TLC, a las cuales las CAC solo tienen la facultad de adoptar y recomendar a los Estados partes.

Los TLC suscritos por el Perú que tienen las atribuciones de modificación en la *cláusula habilitante* establecen también que para la entrada en vigor de estas modificaciones deberán realizarse conforme a la legislación interna de los Estados partes, lo que significa que se aplicará el procedimiento de perfeccionamiento interno en lo aplicable. No obstante, la enmienda de las obligaciones del TLC debe realizarse conforme al procedimiento interno de Tratados en su dimensión plena.

3. El MRE participará en la entrada en vigor de las modificaciones adoptadas por las CAC de conformidad con las *cláusulas habilitantes* establecidas en los TLC suscritos por el Perú a través de la emisión de nota diplomática confirmando la decisión adoptada por la CAC.

La práctica peruana en materia de celebración de tratados es que la manifestación del consentimiento se realice mediante el envío de nota diplomática informando sobre el cumplimiento del perfeccionamiento interno, concordante con el régimen internacional de los tratados, lo cual aplica para la enmienda de tratados, en los que se incluyen los TLC suscritos por el Perú cuando los Estados partes decidan modificar las obligaciones contenidas en estos acuerdos comerciales.

En ese sentido, las *cláusulas habilitantes* al establecer facultades específicas para las CAC establecerían que el procedimiento para la entrada en vigor de estas modificaciones en los TLC suscritos por el Perú es un perfeccionamiento interno simplificado, por lo cual se concluye que debe aplicarse la práctica del Estado peruano de remitir una nota diplomática informando de la adopción a la contraparte.

Lo referido precedentemente constituiría una forma de consolidar de manera adecuada en el plano internacional los acuerdos adoptados por las CAC y no constituye formalidad adicional; en tanto, se desprende la interpretación de que la decisión de modificación de los anexos, parte integrante del tratado, habilitados en los TLC para modificación directa por las CAC, debe ser canalizada a través del MRE para que la modificación entre en vigor de acuerdo a las obligaciones del propio tratado.

Por lo tanto, este procedimiento coadyuva a que las contrapartes y los agentes económicos puedan tener certeza sobre la vigencia de las modificaciones que incentivarían mayores intercambios comerciales entre los Estados partes al referirse sustancialmente a aspectos técnicos-operativos de aplicación de los TLC.

RECOMENDACIONES

1. El MRE puede emitir a través de la DAE, en coordinación con la DGT, un conjunto de lineamientos explicando la aplicación de las *cláusulas habilitantes* en los TLC suscritos por el Perú por parte de las CAC para establecer cuáles son las causales que pueden ser modificadas en cada uno de los TLC vigentes y las que requieren el procedimiento regular de enmienda de los tratados.

2. Se sugiere incentivar una coordinación más cercana que la actual con el MINCETUR, que conforma las CAC como representante de la parte peruana, para que al aprobarse las decisiones de modificación de acuerdo a las causales que establecen las *cláusulas habilitantes* de enmienda en los TLC suscritos por el Perú, la canalización del procedimiento de perfeccionamiento interno simplificado por el MRE produzca la nota diplomática de forma más acelerada, con lo que se incentivaría un mejor conocimiento por los Estados partes y se incrementaría la certidumbre con relación a la aplicación de estas *cláusulas habilitantes*.

BIBLIOGRAFÍA

1. FUENTES BIBLIOGRAFICAS

- AUST, Anthony. (2014) MODERN TREATY LAW AND PRACTICE. Tercera Edición. Cambridge University Press, United Kingdom.
- AUST, Anthony. (2011) HANDBOOK OF INTERNATIONAL LAW. Segunda Edición. Cambridge University Press.
- BALDWIN, Richard. (2006). MULTILATERALISING REGIONALISM: SPAGHETTI BOWLS AS BUILDING BLOCS ON THE PATH TO GLOBAL FREE TRADE. National Bureau of Economic Research, Cambridge. Working Paper N° 12545.
- BAYNE, Nicholas & WOOLCOCK, Stephen. (2011) THE NEW ECONOMIC DIPLOMACY Decision-Making and Negotiation in International Economic Relations. Second Edition. Ashgate, United Kingdom. Global Finance Series.
- BHAGWATI, Jagdish. (1995) US TRADE POLICY: The infatuation with FTAs. Columbia University. Discussion Paper Series N° 726.
- BOUZAS, Roberto y ZELICOVICH, Julieta. (2014). LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, LOS ACUERDOS MEGA-REGIONALES Y LOS USOS ESTRATEGICOS DEL REGIONALISMO. En: ESTUDIOS DE ECONOMÍA APLICADA. Vol. 32 N° 03. España.
- BRUNEE, Jutta. (2014) TREATY AMENDMENTS En: HOLLIS, Duncan B. (Ed) THE OXFORD GUIDE TO TREATIES. Oxford University Press, United Kingdom.
- DALTON, Robert E. (2005) NATIONAL LAW AND PRACTICE: United States. En: HOLLIS, Duncan B.; BLAKESLEE, Merritt R.; y, EDERINGTON, L. Benjamin (Ed). NATIONAL TREATY LAW AND

PRACTICE Dedicated to the Memory of Monroe Leigh. Martinus Nijhoff Publishers, Boston.

- DE MAGALHAES, José Calvet. (1988) THE PURE CONCEPT OF DIPLOMACY. Connecticut, Greenwood Press. Global Perspectives in History and Politics.
- ERIXON, Fredrik. (2012) TRANSATLANTIC FREE TRADE: An agenda for Jobs, Growth and Global Trade Leadership. Center for European Studies, Brussels.
- EY PERU, MINISTRY OF FOREIGN AFFAIRS y PROINVERSION. (2016) PERU'S BUSINESS AND INVESTMENT GUIDE 2015 / 2016. Ernst & Young: Building a better working world.
- GARCÍA, Jaime. (2015) LOS ACUERDOS COMERCIALES, SU IMPLEMENTACIÓN Y APROVECHAMIENTO. En: LA POLÍTICA EXTERIOR PERUANA EN EL SIGLO XXI Agendas y Propuestas. IDEI Instituto de Estudios Internacionales PUCP & Konrad Adenauer Stiftung, Lima.
- GARDINER, Richard K. (2014) THE VIENNA CONVENTION RULES ON TREATY INTERPRETATION En: HOLLIS, Duncan B. (Ed) THE OXFORD GUIDE TO TREATIES. Oxford University Press, United Kingdom.
- GARDINER, Richard K. (2010) TREATY INTERPRETATION. Oxford University Press, United Kingdom.
- GARNELO, Vicente. (2011) EL DEBATE SOBRE EL MODELO DE INTEGRACIÓN DE LA ALADI Y SU EVOLUCIÓN. En: 50 AÑOS DEL PROCESO DE INTEGRACIÓN LATINOAMERICANO 1960-2010 Ensayos sobre Integración Regional. Secretaria General ALADI, Montevideo.
- HASENCLEVER, Andreas; MAYER, Peter; y, RITTBERGER, Volger. (1999) LA TEORIA DE LOS REGIMENES INTERNACIONALES: Situación Actual y Propuestas para una síntesis. En: FORO INTERNACIONAL. Vol. 39 N° 4. México, Colegio de México.

- HERNÁNDEZ Campos, Augusto. (2013). DERECHO DE LOS TRATADOS: La regla general de interpretación de Tratados. En: POLÍTICA INTERNACIONAL N° 110 Octubre-Diciembre. Academia Diplomática del Perú Javier Pérez de Cuellar, Lima.
- HOOKER, Silvia. (2015) LAS RELACIONES DEL PERÚ CON EL ASIA. Posibilidades en APEC y el TPP. En: LA POLÍTICA EXTERIOR PERUANA EN EL SIGLO XXI Agendas y Propuestas. IDEI Instituto de Estudios Internacionales PUCP & Konrad Adenauer Stiftung, Lima.
- JARA Roncati, Eduardo. (1989) LA FUNCIÓN DIPLOMÁTICA. Santiago de Chile, PNUD – CEPAL Proyecto de Cooperación con los Servicios Exteriores de América Latina. Documento de Trabajo N° 05.
- KEOHANE, Robert O. & NYE, Joseph S. (1988). PODER E INTERDEPENDENCIA La política mundial en transición. Grupo Editor Latinoamericano. Colección de Estudios Internacionales.
- KEOHANE, Robert O. & VICTOR, David G. (2011). The Regime Complex for Climate Change. En: PERSPECTIVES ON POLITICS, Vol. 9 N° 01.
- KRASNER, Stephen D. (1983). INTERNATIONAL REGIMES. Londres. Cornell University Press.
- KRUGMAN, Paul. (1989). IS BILATERALISM BAD? National Bureau of Economic Research, Cambridge. Working Paper N° 2972.
- LINDERFALK, Ulk. (2010) ON THE INTERPRETATION OF TREATIES The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties. Springer, Países Bajos. Law and Philosophy Library 83.
- MINCETUR. (2017) LO QUE DEBEMOS SABER SOBRE LOS ACUERDOS COMERCIALES (Algunos también llamados “TLC”), disponible en el enlace web: http://www.acuerdoscomerciales.gob.pe/index.php?option=com_content&view=article&id=48%3Alo-que-debemos-saber-de-los-tlc&catid=44%3Alo-que-debemos-saber-de-los-tlc&Itemid=1, consultado el 30 de agosto de 2017.

- MINCETUR. (2017) ACUERDOS COMERCIALES DEL PERÚ, disponible en el enlace web: http://www.acuerdoscomerciales.gob.pe/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=36&Itemid=27, consultado el 30 de agosto de 2017.
- MINISTRO SDR BRAVO CARRANZA, Pedro. (2017) NEGOCIACIONES ECONÓMICAS INTERNACIONALES. Conferencia dictada a los alumnos del segundo año de Estudios de la Maestría en Diplomacia y Relaciones Internacionales en la Academia Diplomática del Perú “Javier Pérez de Cuéllar”.
- MORAVCSIK, Andrew. (1997). TAKING PREFERENCES SERIOUSLY: A Liberal Theory of International Politics. En: INTERNATIONAL ORGANIZATION. Vol. N° 51 N° 04. The IO Foundation.
- NICOLSON, Harold. (1988). DIPLOMACY. Washington DC, Institute for the Study of Diplomacy – George Washington University.
- NOVAK Talavera, Fabián. (2013). LOS CRITERIOS PARA LA INTERPRETACIÓN DE LOS TRATADOS. En: THEMIS Revista de Derecho N° 63.
- NOVAK Talavera, Fabián y GARCÍA-CORROCHANO Moyano, Luis. (2000). DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Tomo I: Introducción y Fuentes. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.
- ONU Organización de las Naciones Unidas. (2003) MANUAL DE CLÁUSULAS FINALES DE TRATADOS MULTILATERALES. Naciones Unidas.
- ORREGO Vicuña, Francisco y ORREGO Bauzá, Francisco. (2005) NATIONAL TREATY LAW AND PRACTICE: Chile En: HOLLIS, Duncan B.; BLAKESLEE, Merritt R.; y, EDERINGTON, L. Benjamin (Ed). NATIONAL TREATY LAW AND PRACTICE Dedicated to the Memory of Monroe Leigh. Martinus Nijhoff Publishers, Boston.

- PASTOR Ridruejo, José Antonio. (2016) CURSO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y ORGANIZACIONES INTERNACIONALES. Vigésima Edición. Tecnos, Madrid.
- PÉREZ De Cuéllar, Javier. (2013). MANUAL DE DERECHO DIPLOMÁTICO. México, Fondo de Cultura Económica. Sección de Obras de Política y Derecho.
- PINTO-BAZURCO Rittler, Ernesto; PINTO-BAZURCO Barandiarán, Ernesto José y PINTO-BAZURCO Barandiarán, José Félix. (2006) DICCIONARIO DE RELACIONES INTERNACIONALES (diplomático, jurídico y económico). Segunda Edición. Fondo Editorial Fundación Academia Diplomática del Perú, Lima.
- REMIRO Brotóns, Antonio. (2010) DERECHO INTERNACIONAL Curso General. Tirant Lo Blanch, Valencia.
- RODRIGUEZ Mendoza, Miguel. (2012) TRATADOS DE LIBRE COMERCIO EN AMÉRICA DEL SUR Tendencias, perspectivas y desafíos. CAF. Series Políticas Públicas y Transformación Productiva N° 7.
- TELLO Ríos, Claudia. (2016) IMPLICANCIAS POLÍTICO ESTRATEGICAS DE LA ENTRADA EN VIGOR DEL TRATADO DE ASOCIACIÓN TRANSPACIFICO PARA EL PERÚ. Tesis para optar el Grado de Maestro en Diplomacia y Relaciones Internacionales de la Academia Diplomática del Perú.
- US Congress (2001) TREATIES AND OTHER INTERNATIONAL INSTRUMENTS: The Role of the United States Senate. Congressional Research Service Library of Congress.
- YOUNG, Margaret A. (2012). REGIME INTERACTION IN INTERNATIONAL LAW Facing Fragmentation. Cambridge University Press, United Kingdom.

2. FUENTES NORMATIVAS

- CONSTITUCIÓN Política del Perú de 1993, aprobada el 31 de agosto de 1993.
- CONSTITUCIÓN Política de la República de Chile de 1980, aprobada el 08 de agosto de 1980.
- CONSTITUCIÓN de los Estados Unidos de América, adoptada el 17 de septiembre de 1787.
- CONVENCIÓN de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados del 23 de mayo de 1969 y ratificada por el Perú el 14 de septiembre de 2000.
- CONVENCIÓN de Viena de 1961 sobre Relaciones Diplomáticas del 18 de abril de 1961 y firmada por el Perú el 18 de diciembre de 1968.
- LEY N° 29357, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Relaciones Exteriores, del 01 de mayo de 2009.
- LEY N° 26647, Ley que establecen normas que regulan actos relativos al perfeccionamiento nacional de los tratados celebrados por el Estado peruano, del 22 de mayo de 2007.
- LEY N° 27790, Ley de organización y funciones del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo, del 23 de julio de 2002.
- MEMORÁNDUM (DGT) N° DGT1369/2016, de fecha 23 de setiembre de 2016.
- MEMORÁNDUM (DAE) N° DAE1272/2015, de fecha 03 de setiembre de 2015.
- MEMORÁNDUM (DGT) N° DGT0811/2015, de fecha 14 de julio de 2015,
- MEMORÀNDUM (DGT) N° DGT0648/2012, de fecha 09 de mayo de 2012.
- MEMORÁNDUM (LEG) N° LEG1035/2012 de fecha 31 de julio de 2012.
- NOTA RE (TRA) 7-9-C/03: del 23 de octubre del 2000.
- OFICIO N° 023-2016-MINCETUR/VMCE/DGGJCI de fecha 05 de septiembre de 2016.

- OF. RE (DAE-DNE) N° 2-14-B/433 de fecha 18 de agosto de 2016.
- REGLAMENTO del Congreso de la República del Perú.
- RESOLUCIÓN Ministerial N° 0231/RE-2013 del 16 de marzo de 2013, Directiva N° 002-DGT/RE-2013 “Lineamientos Generales sobre la suscripción, perfeccionamiento interno y registro de los Tratados”.

3. FUENTES JURISPRUDENCIALES

- CIJ Corte Internacional de Justicia. (2015) Caso relativo a la construcción de una carretera en Costa Rica alrededor del Río San Juan (Nicaragua c. Costa Rica). Sentencia del 16 de diciembre de 2015.

ANEXO

FLUJOGRAMA

Aplicación de las *cláusulas habilitantes* de enmienda en los Tratados de Libre Comercio (TLC) suscritos por el Perú:

