

Lima, 12 de setiembre de 2015

Señor Presidente

Alberto López Bustillo

Asociación Peruana de Empresas Aéreas – APEA

Av. José Pardo N° 513

Miraflores.-

Referencia: Informe sobre acuerdos bilaterales

De mi mayor consideración:

Es un placer saludarlos para hacerles llegar el Informe de la referencia, absolviendo a vuestra consulta referida a la facultad del Director General de Aeronáutica Civil del Ministerio de Transportes y Comunicaciones para suscribir actas o memorandas de entendimiento en materia aéreo-comercial con autoridades aeronáuticas de otros Estados. Concretamente, se consulta si es que dichos acuerdos inciden sobre la soberanía del Estado Peruano y por lo tanto su perfeccionamiento está reservado al Congreso de la República de conformidad con el artículo 56° de la Constitución, o si, por el contrario, puede seguir el procedimiento simplificado previsto en el artículo 57° de la Constitución.

Al respecto, atendiendo a la regulación internacional y nacional sobre la materia, consideramos que las actas o memorandas de entendimiento en materia aéreo-comercial con autoridades aeronáuticas de otros Estados pueden ser suscritos por el Director General de Aeronáutica Civil del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en la medida que no se vulnere la competencia reservada al Poder Legislativo para aprobar las materias propias de un tratado legislativo, como es la soberanía estatal y, por tanto no es inconstitucional que dichas actas o memorandas de entendimiento puedan ser suscritos por el Poder Ejecutivo, en virtud del principio de la cláusula residual, reconocido por el Tribunal Constitucional en materia de tratados internacionales ejecutivos o simplificados.

Para tal efecto, iniciaremos con un breve análisis sobre el concepto de soberanía y su desarrollo constitucional; asimismo, se analizan los artículos 56° y 57° de la Constitución, en el procedimiento para el perfeccionamiento interno de los tratados internacionales. Para, finalmente analizar la Ley de Aeronáutica Civil y su Reglamento en función de los mandatos constitucionales, y, finalmente, presentar nuestras conclusiones.

Al respecto, cumpro con manifestar lo siguiente:

I. SOBRE EL CONCEPTO DE SOBERANÍA Y SU RELACIÓN CON LOS TRATADOS INTERNACIONALES

1. El concepto de «soberanía» ha variado a lo largo del tiempo, tanto desde la perspectiva del Derecho Nacional como del Derecho Internacional. Es más, actualmente, nuestra Constitución Política de 1993 la menciona en diversas oportunidades –incluyendo a la regulación constitucional sobre los tratados internacionales–, sin que todas ellas tengan el mismo significado, pues por «soberanía» se llegan a entender conceptos disímiles entre sí. Es preciso tomar ello en cuenta a efectos de poder absolver la consulta formulada.
2. Así, en un inicio, el concepto de «soberanía» estuvo asociado únicamente al concepto de poder del Estado dentro de su territorio. De este modo, **por soberanía se entendía la negación de toda subordinación o limitación del Estado por cualquier otro poder**. Por ello, el Estado ejercía un poder supremo e independiente, pues no reconocía ningún otro poder superior a él mismo¹. Este concepto de «soberanía» implicaba, pues, que sea un poder absoluto que no conocía límites ni parámetros.
3. Esta definición inicial, sin embargo, colisionó rápidamente con el surgimiento y consolidación del Derecho Internacional, pues el poder no podía ser ilimitado si todos los Estados ejercían su «soberanía» por igual, pues de lo contrario hubiese habido una situación de conflicto permanente. Como expone Ferrajoli:

*"Si el Estado es soberano en el interior, lo es necesariamente también, pues no hay fuentes normativas superiores a él, en el exterior. Sucede, sin embargo, que esta soberanía externa, al coincidir con la igual soberanía de los demás Estados, genera una libertad salvaje que reproduce en el ámbito de la comunidad internacional el estado de naturaleza sin reglas que había sido negado y superado en el ámbito interno precisamente gracias a su institución"*².
4. En efecto, la «soberanía» no puede implicar un desconocimiento de los otros Estados –en general de otros sujetos de Derecho Internacional– y del Derecho Internacional mismo. Así, el concepto de «soberanía» fue evolucionando hasta entenderlo como una capacidad estatal tanto interna como externa para decidir libremente sobre sus asuntos en ambos frentes, pero con límites propios de cada uno de ellos.
5. Como indica Battaglia, la soberanía de los Estados "*comienza a presentarse como limitada, es decir, comienza a parecer aquellos atributos que sólo a ella legitiman*

¹ JELLINEK, Georg. "Teoría General del Estado. Buenos Aires: Editorial Albatros. 1981. En: BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos; LANDA ARROYO, César; y Marcial RUBIO CORREA (Editores). "Derecho Constitucional General". Tomo I. Cuarta edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1994. p. 206.

² FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantía. La ley del más débil*. Cuarta edición. Madrid: Editorial Trotta. 2004. p. 135.

*como carácter eminente del Estado y de su poder*³. En consecuencia, "no siendo ilimitado en la exteriorización de su querer, encuentra también más de un límite en el nuevo plano", que es el Derecho Internacional.

6. Así, hoy en día, podemos señalar que la soberanía es un atributo del Estado, que denota su poder; sobre todo, en un Estado de Derecho en cual la soberanía del Estado está indisolublemente vinculada al ordenamiento jurídico nacional e internacional⁴.
7. Al respecto, y como señala Ferrajoli, la «soberanía» ha tenido siempre como principal justificación la necesidad de la defensa frente a los enemigos externos⁵, protegiendo la integridad del territorio y a las personas que habitan en el mismo.
8. Con relación al territorio, podemos convenir en que **el territorio es el espacio –terrestre, aéreo y marítimo– sobre el que actúa jurídicamente el Estado**, tanto en soberanía interna como externa. Dentro de las potestades que implica la soberanía, la doctrina reconoce que existe la capacidad del estado de ejercer su poder público sobre su espacio territorial; lo cual implica, desde luego, al espacio aéreo que se ubica por encima de su territorio terrestre y marítimo, como proyección del mismo.
9. Así, en la evolución del concepto de soberanía podía ser entendido desde una doble clasificación: **(i)** la soberanía interna y **(ii)** la soberanía externa:

"Desde la perspectiva interna, la soberanía indicaba la inconmensurabilidad del Estado frente a cualesquiera otros sujetos y, por tanto, la imposibilidad de entrar en relaciones jurídicas con ellos. Frente al Estado soberano no podían existir más que relaciones de sujeción.

*Desde la perspectiva externa, los Estado se presentaban como fortalezas cerradas, protegidas por el principio de la no injerencia. Podía darse, alternativamente, la lucha entre soberanías, es decir, la guerra (...), o la coexistencia de soberanía mediante la creación de relaciones horizontales y paritarias disciplinadas por la normas cuya formación habrían participado libremente los propios Estado (los tratados internacionales, las costumbres). Estada en cambio, excluida –porque eso habría negado su naturaleza soberana- la posibilidad de un mandato sobre los Estado dimanante de una autoridad superior a cuya voluntad tuviera éstos que someterse (un gobierno supranacional o incluso mundial)".*⁶

³ BATTAGLIA, Felice. "Estudios de Teoría del Estado". Madrid: 1966. En: BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos; LANDA ARROYO, César; y Marcial RUBIO CORREA (Coordinadores). "Derecho Constitucional General"..., op. cit., p. 230.

⁴ Ibid., pp. 221-227

⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantía. La ley del más débil...*, op. cit., p. 149.

⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, Derechos, Justicia*. Madrid: Trotta, p. 10.

10. En ese sentido, el Estado ejerce de forma exclusiva su poder de forma positiva, regulando jurídicamente las personas, bienes y relaciones que se establezcan entre ellos sobre su territorio; así como, también, el Estado ejerce su poder de forma negativa, al no permitir que cualquier autoridad exterior puede inmiscuirse y menos aún violar el poder y jurisdicción que ejercer sobre su territorio.
11. Es evidente que la mención a la «soberanía» del pueblo sigue siendo mencionada en nuestra Constitución. Sin embargo, es un recordatorio del carácter democrático-representativo de los ordenamientos actuales⁷, pues ya ni siquiera el pueblo ejerce un poder en los términos iniciales del concepto de «soberanía» –entendido como ilimitado–, ya que incluso la «soberanía» del pueblo encuentra límites en el Derecho Internacional y en los derechos fundamentales de la persona.
12. Atendiendo al texto expreso de nuestra Constitución Política de 1993, vemos que el término «soberanía» se menciona en, por lo menos, los siguientes artículos, sin que tengan el mismo significado para cada uno. Veamos:
 - a. **Artículo 3:** en este caso, la «soberanía» a la que se hace mención es aquella de la voluntad popular, entendida como el carácter democrático-representativo de los ordenamientos actuales que mencionamos líneas arriba. Como señala Kriele, ello se manifiesta, entre otras cosas, en la votación libre e igual, en las prerrogativas del cuerpo elegido, en especial en la obligatoriedad de la ley para todos los órganos del Estado, en el derecho de los ciudadanos de colaborar con el Estado, entre otros⁸.
 - b. **Artículo 44:** En este caso, se refiere a la «soberanía» como protección del territorio, resguardando al Estado y a las personas que habitan en él frente a amenazas internas y externas que menoscaben sus atribuciones.
 - c. **Artículo 54:** En este caso, la «soberanía» a la que se hace mención es expresamente ligada al territorio, pues se señala que el Estado ejerce soberanía y jurisdicción sobre el espacio aéreo que cubre su territorio –terrestre, se entiende– y el mar adyacente a sus costas, "*sin perjuicio de las libertades de comunicación internacional, de conformidad con la ley y con los tratados ratificados por el Estado*". Hoy en día, es imposible asumir que el Estado ejerce una soberanía territorial absoluta sobre dichos espacios físicos, especialmente si atendemos al fenómeno de la globalización y a las relaciones económicas internacionales.
 - d. **Artículo 56:** Está vinculado, básicamente, con el concepto político del término, en tanto pueda suponer

⁷ Ibidm, pp. 12-14.

⁸ KRIELE, Martín. "Introducción a la Teoría del Estado". Buenos aires: Editorial De Palma. 1980. p. 245. En: BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos; LANDA ARROYO, César; y Marcial RUBIO CORREA (Coordinadores). "Derecho Constitucional General"..., op. cit., p. 245

- e. **Artículo 66:** en este caso, se hace mención a que el Estado decide libremente sobre el aprovechamiento interno de sus recursos naturales, disponiendo de su soberanía interna.
 - f. **Artículo 102.8:** en este caso, la «soberanía» sigue entendiéndose como protección del territorio nacional, por cuanto es histórico el peligro que supone autorizar el ingreso de tropas extranjeras.
 - g. **Artículo 118.5:** en este caso, la «soberanía» está referida tanto al frente interno como externo, pues le corresponde al Presidente de la República el asegurar que el Estado siga ejerciendo sus competencias internas (autonomía) y externas (independencia).
 - h. **Artículo 165:** en este caso, la «soberanía» sigue entendiéndose como protección del territorio nacional, por cuanto a las Fuerzas Armadas les corresponde asegurar que el Estado, frente a amenazas externas, permanezca en ejercicio de la jurisdicción dentro de su territorio.
13. Dicho ello, y a efectos de proceder con el siguiente acápite del Informe, debemos dilucidar a qué concepto de «soberanía» se refiere el artículo 56° de nuestra Constitución Política. Veamos:

"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".

14. Sería contradictorio que el Estado no reconozca límites internos y externos a su «soberanía», pues los primeros son claramente su Constitución y los derechos fundamentales de la persona, mientras que los externos son los tratados internacionales a los cuales se encuentra vinculado y las normas de *ius cogens*. "De aquí que, en el Derecho constitucional contemporáneo se acepte que la soberanía, en tanto atributo del poder de un Estado libre no es ilimitado o absoluto, sino más bien limitado"⁹.

⁹ Cfr. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Expediente N° 2689-2004-AA/TC (Caso Emergia S.A.). Fundamento de voto concurrente del magistrado Landa Arroyo, fundamento jurídico 8.

Por ello, el Tribunal Constitucional del Perú ha señalado que:

*"las libertades de comunicación internacional constituyen, por mandato de la Constitución (artículo 54), límites al ejercicio de la soberanía y jurisdicción del Estado peruano, las que, sin embargo, pueden ser objeto de regulación por parte del Estado peruano"*¹⁰.

II. LOS ARTÍCULOS 56° Y 57° DE LA CONSTITUCIÓN Y EL PERFECCIONAMIENTO INTERNO DE LOS TRATADOS

1. Durante la vigencia de la Constitución de 1979 se incorporó la diferencia de los tratados legislativos de los tratados ejecutivos, pero se buscó singularizarlos por un aspecto de forma, antes que por el contenido de su regulación. Así:

"De esta forma, el método más simple para determinar si se trata de un tratado o un convenio, no ingresa a analizar la materia, sino se refiere únicamente a la norma interna que lo contiene. Si se trata de una Resolución Legislativa se está ante un tratado [legislativo], si es una Resolución Suprema se trata de un convenio [tratado simplificado]"¹¹.

2. Ante esta postura formal y a falta de contenido sustancial, tesis propia del constitucionalismo de 1979, es que se planteó la necesidad de regular las materias de los tratados o acuerdos internacionales simplificados en base a las competencias exclusivas del Poder Ejecutivo¹². No obstante, la antigua Ley N° 25397 de 1992, al menos estableció que:

"Artículo 28°.- *Los convenios internacionales ejecutivos no pueden contener pactos que supongan modificación o derogación de normas constitucionales o legales o exijan desarrollo legislativo para su cumplimiento, ni preceptos sustantivos en materia de derechos humanos ni compromisos de reforma de la organización y los procesos judiciales."*

3. Ahora bien, en nuestra Constitución Política de 1993 el análisis de los tratados no debe ser analizado de conformidad con el concepto de «soberanía», que como se ha señalado no es unívoco, por lo que debemos ser cuidadosos al momento de referirnos al mismo. En efecto, podríamos estar hablando de la concepción política de la soberanía, en tanto el ejercicio del poder emana del pueblo

¹⁰ Cfr. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Expediente N° 2689-2004-AA/TC (Caso Emergia S.A. Fundamento jurídico 8.

¹¹ FERNÁNDEZ MALDONADO, Guillermo. "Los tratados internacionales y el sistema de fuentes en el Derecho en el Perú". En *DERECHO* Nos. 42-43. Lima: Pontificia Universidad católica del Perú, 1990, p. 350.

¹² GRANDA BECERRA, Ana María. *Acuerdos simplificados en la Constitución de política del Perú y en materia de exclusiva competencia del Presidente de la República*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Tesis de Bachiller en Derecho, 1992, p. 420,

soberano, o en su concepción puramente territorialista de soberanía territorial, a efectos de asegurar la integridad del espacio geográfico –territorial, aéreo y marítimo- frente a terceros Estados.

4. Ello es particularmente relevante a la luz del artículo 56° de nuestra Constitución Política, el cual señala la modalidad para el perfeccionamiento interno de los tratados, mencionando expresamente el término «soberanía» como exclusivo de determinados tratados y, por tanto, de un procedimiento específico para ser considerado como válido y vinculante para el ordenamiento peruano. Para ello, es necesario referirnos a algunos conceptos básicos de Derecho Internacional que mencionamos a continuación.
5. Según la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, se entiende por "tratado" a "*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***"¹³ (énfasis añadido).
6. Es decir, será considerado como "tratado" todo aquel documento que encaje dentro de la definición otorgada por dicha Convención, sin importar el nombre que haya recibido por parte de los Sujetos de Derecho Internacional que lo celebraron. En este entendido, en función de sus diferencias formales Miguel de La Lama señala como ejemplos los siguientes:

[...] **Acta:** *instrumento en el que constan las resoluciones adoptadas en una conferencia internacional...*

Convención: *acuerdos multilaterales adoptados en una conferencia internacional convocada especialmente para tal efecto. [...]*¹⁴.

7. En efecto, existe una diversidad de denominaciones que puede asumir un tratado y que, ello importa una "*escasa o nula significación jurídica*"¹⁵. Es decir, es jurídicamente irrelevante el nombre que se le otorgue al tratado, siempre y cuando cumpla con los requisitos para ser considerado como un acuerdo internacional. Como veremos serían actas o memorandas de entendimiento en materia aéreo-comercial que suscribe el Director General de Aeronáutica Civil del Ministerio de Transportes y Comunicaciones con autoridades aeronáuticas de otros Estados.

¹³ Numeral a) del artículo 1 de la referida Convención de Viena de 1969.

¹⁴ DE LA LAMA, Miguel. "Los tratados internacionales en la Constitución de 1979". En *La Constitución política de 1979 y sus problemas de aplicación: 11 estudios interpretativos* (F. Eguiguren). Lima: editorial Cuzco, 1987, p. 472.

¹⁵ NOVAK TALAVERA, Fabián. *Materiales de Derecho Internacional Público*. Parte I. Material de enseñanza para el curso "Derecho Internacional Público" en el semestre 2013-2. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2013, pp. 44 - 45.

8. Ello también ha sido recogido por parte del Derecho interno peruano. En efecto, la Resolución Ministerial N° 0231-RE-2013, brinda una definición de "tratado" acorde con lo señalado por la Convención de Viena de 1969. Veamos:

"Tratado, Convenio o Acuerdo:

*Acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados, o entre Estados y Organizaciones Internacionales, o entre Estados y otros Sujetos de Derecho Internacional con capacidad para ello, regido por el Derecho Internacional, ya conste en un documento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular. Puede ser Bilateral, Plurilateral o Multilateral"*¹⁶.

9. En el ordenamiento jurídico peruano, la Constitución Política de 1993 distingue entre dos tipos de tratados: **(i)** complejos o tratados-leyes (artículo 56) y **(ii)** ejecutivos o tratados simplificados (artículo 57). Si bien tal denominación no consta en ella, sí se ha hecho en otros instrumentos.
10. Los primeros se caracterizan por versar sobre materias expresamente previstas en el artículo 56 de nuestro texto constitucional, requiriendo aprobación del Congreso de la República antes de su ratificación por parte del Presidente de la República. Veamos:

"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".

11. Así, de acuerdo con el artículo 56, los tratados leyes son aquellos que versan sobre **(i)** Derechos Humanos¹⁷; **(ii)** Soberanía, dominio o integridad del Estado;

¹⁶ V.- a.- de la Directiva N° 002-DGT-RE-2013.

¹⁷ De acuerdo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los tratados de Derechos Humanos son aquellos que tienen por fin "la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción". CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-2/82 de fecha 24 de setiembre de 1982.

(*iii*) Defensa Nacional¹⁸ y (*iv*) Obligaciones Financieras del Estado¹⁹; (*v*) si es que crean, modifican o suprimen tributos; (*vi*) exigen modificación o derogación de una ley; o (*vii*) requieren de medidas legislativas para su ejecución.

12. Detengámonos en el punto referido a la «soberanía», pues es claro que debemos circunscribir sus alcances para poder descartar aquellos conceptos de soberanía que no ingresan en este punto. **Del tenor expreso de este artículo, podemos convenir en que se refiere a la soberanía como protección del territorio en tanto inviolabilidad de las fronteras de un Estado y la obligación de los demás Estados de abstenerse de ejercer el poder en dicho espacio territorial**²⁰. No sería posible, *prima facie*, extenderlo a otros ámbitos del concepto de lo que se entiende por «soberanía».
13. Por tanto, atendiendo al caso concreto de los tratados internacionales y la regulación del artículo 56° de nuestra Constitución, consideramos que los tratados que ingresan en esta categoría, enunciativamente, son los siguientes: (*i*) los tratados de paz; (*ii*) de límites territoriales, demarcación y delimitación de fronteras; (*iii*) de cesión de territorio; (*iv*) los de establecimiento de relaciones diplomáticas y de relaciones consulares, (*v*) los constitutivos de Organizaciones Internacionales. En consecuencia, **un tratado que no verse sobre esta materia puede ser considerado como un tratado ejecutivo**.
14. Al respecto, los tratados ejecutivos –previstos en el artículo 57– son todos aquellos que no versan sobre los temas que regula el artículo 56, quedando exentos de la aprobación previa del Congreso de la República, aunque con la exigencia de dar cuenta a dicho órgano legislativo. Veamos:

"Artículo 57.- *El Presidente de la República puede celebrar o ratificar tratados o adherir a éstos sin el requisito de la aprobación previa del Congreso en materias no contempladas en el artículo precedente. En todos esos casos, debe dar cuenta al Congreso. [...]"* (énfasis añadido).

Según el Reglamento del Congreso, son denominados "Tratados Internacionales Ejecutivos", lo cual veremos más adelante.

15. En el derecho comparado se diferencia entre tratado —*treaty* o *Vertrag*— y acuerdo simplificado —*executive agreements* o *Vereinbarungen*—. Así, mientras

¹⁸ "La defensa nacional es la política que garantiza la seguridad integral y ésta es definida por la doctrina militar peruana como (...) una situación en la cual el Estado tiene garantizada su existencia, la integridad de su patrimonio, sus intereses nacionales, así como su soberanía e independencia; entendida ésta como la facultad de actuar con plena autonomía en el campo externo y libre de toda subordinación en el campo externo". RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Tomo V. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, pp. 307-308.

¹⁹ Este inciso está relacionado con el artículo 102, incisos 4 y 5 de la Constitución, que otorga al Congreso de la República la facultad de aprobar el presupuesto y la Cuenta General de la República.

²⁰ NOVAK TALAVERA, Fabián. *Materiales de Derecho Internacional Público...*, op. cit., p. 16.

el primero "es el acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regidos por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos y cualquiera que sea su denominación particular"²¹; el segundo es concebido como una forma más de los acuerdos internacionales, es decir, "como una forma elegida para las relaciones del derecho internacional, como el tratado, convenio, convención, protocolo, pacto, etc."²². Sin embargo, su uso no siempre es muy claro, por eso se ha dicho que, a veces, el tratado simplificado surge "por razones de mera conveniencia, como cuando se trata de un acuerdo de carácter puramente administrativo y técnico"²³.

16. En consecuencia, **será un tratado simplificado todo aquel que verse sobre materias que se encuentran consagradas en el artículo 57 de la Constitución, cualesquiera sea su denominación.** Como señalamos anteriormente, dichos tratados deben ser celebrados, aprobados y adheridos por el Presidente de la República; es decir por el Poder Ejecutivo.
17. Ello queda claro si atendemos a lo estipulado por la Ley N° 26647, cuando se señala que:

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

Quando los tratados no requieran la aprobación legislativa, el Presidente de la República los ratifica directamente, mediante Decreto Supremo, de acuerdo a lo previsto en el Artículo 57 de la Constitución.

En ambos casos, el Presidente de la República emite, además, el respectivo instrumento de ratificación".

18. De conformidad con lo dispuesto por la Constitución Política de 1993 y por la Ley N° 26647, podemos señalar que el esquema de actos por los que deben transitar los tratados internacionales para surtir efectos en nuestro ordenamiento jurídico interno es el siguiente:
- a. **Tratados legislativos:** *(i)* Celebración o Adhesión por parte del Poder Ejecutivo; *(ii)* aprobación del Congreso vía Resolución Legislativa, siguiendo el procedimiento interno; *(iii)* ratificación por parte del Poder

²¹ PASTOR RIDRUEJO, José. *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Madrid: Tecnos, 1996, p. 112; REUTER, Paul. *Introduction au droit des traités*. Paris: PUF, 1995, pp. 26 ss.; asimismo, KROPHOLLER, Jan. "Völkerrecht Vertrag und Drittstaaten". En TOMUSCHAT/NEUHOLD/KROPHOLLER. *Völkerrechtliche Vertrag und Drittstaaten*. Heidelberg: C.F. MÜLLER, 1988, pp. 105 ss.

²² HELM-BUSH, Franziska. *Executive Agreements im US-amerikanischen Verfassungsrecht*. München: Heymanns Verlag, 1995, p. 10; McCLURE, Wallace. *International Executive Agreements*. New York: Columbia University Press, 1941, pp. 30 ss

²³ SORENSEN, Max. *Manual de Derecho Internacional Público*. México: FCE, 1985, p. 157.

- Ejecutivo, vía Decreto Supremo; y **(iv)** emisión de los instrumentos de ratificación, para depositarlos.
- b. **Tratados ejecutivos:** **(i)** Celebración o Adhesión por parte del Poder Ejecutivo; **(ii)** ratificación por parte del Poder Ejecutivo, vía Decreto Supremo; y **(iii)** emisión de los instrumentos de ratificación, para depositarlos, en tanto corresponda.
19. Ahora bien, es importante recalcar que de acuerdo con la Constitución Política de 1993, se desprende que "los tratados simplificados son los acuerdos internacionales sobre materias de dominio propio del Poder Ejecutivo; tales como, los acuerdos arancelarios o de libre circulación de personas y mercaderías entre países, que son claramente asuntos que atañen al Poder Ejecutivo".²⁴ Así como, las actas o memorandas de entendimiento en materia aéreo-comercial con autoridades aeronáuticas de otros Estados.
20. Pero, si persistiera la duda, es importante precisar que, como indica el Tribunal Constitucional, estas cláusulas constitucionales deben entenderse armónicamente, a efectos de determinar cuál es el poder del Estado competente para obligar internacionalmente al Estado Peruano. Veamos:
- "71. [...] si existieran dudas sobre el titular de la competencia o atribución, cabe aplicar otro sub examen y apelar a la naturaleza o contenido fundamental de las materias objeto de controversia, mediante el **principio de la cláusula residual**. Esto es, **que la presunción sobre qué poder del Estado es competente para obligar internacionalmente a todo el Estado, en materias que no son exclusivas sino que pueden ser compartidas, debe operar a favor del Poder Ejecutivo, que es quien gobierna y gestiona los servicios públicos más cercanos al ciudadano; este principio pro homine se colige del artículo 1º de la Constitución, en la medida que el Estado y la sociedad tienen como fin supremo la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad**"²⁵ (énfasis añadido).*
21. De este modo, **si un tratado versa sobre una materia que no se encuentra dentro de los supuestos agravados del artículo 56º de la Constitución, debe ser aprobado por el Poder Ejecutivo, en tanto es un tratado ejecutivo o simplificado**. Sólo así podríamos entender que se está respetando el principio de cláusula residual, garantizado, implícitamente, por una interpretación conjunta y armónica de los artículos 56º y 57º de la Constitución, del supremo intérprete de nuestra Constitución.

²⁴ LANDA ARROYO, César. *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. Lima: Palestra, tercera edición, 2007, p. 896.

²⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 00002-2009-AI, del 05 de febrero de 2010.

22. Dicho ello, es importante destacar que las fases por las que transita un tratado internacional antes de surtir efectos en el actual ordenamiento jurídico peruano son varias, sea que nos encontremos frente a un tratado legislativo o frente a un tratado ejecutivo. Por tanto, nos corresponde definir qué significa cada una de ellas.
23. Con relación a la "celebración" de un tratado, esta fase es entendida como "*el acto o conjunto de actos (procedimientos) por cuyo intermedio un sujeto de Derecho Internacional manifiesta [...] su consentimiento en obligarse por un tratado frente a su contraparte*"²⁶. Tradicionalmente se entiende que la celebración implica discutir el contenido y los alcances del acuerdo, por lo que el término suele reservarse para aquellos sujetos de Derecho Internacional que formaron parte de las tratativas originarias.
24. En cambio, para aquellos sujetos de Derecho Internacional que no participaron desde el inicio, se emplea el término "adhesión". Según señala Fabián Novak Talavera, la adhesión implica que pese a que "*un Estado que no ha participado en la negociación, adopción, autenticación ni en la firma de un tratado, deviene en Parte de él*"²⁷.
25. Ahora bien, tanto la celebración como la adhesión deben ser realizadas por una persona natural que cuente con "plenos poderes". Y es que si bien todo Estado (en tanto sujeto de Derecho Internacional) tiene capacidad para celebrar tratados²⁸, para que la persona que firma pueda hacerlo en representación de su Estado y obligue efectivamente al mismo, ésta debe contar con plenos poderes.
26. La Convención de Viena define plenos poderes como "*un documento que emana de la autoridad competente de un Estado y por el que se designa a una o varias personas para representar al Estado en la negociación, la adopción o la autenticación del texto de un tratado*". Así, el propósito de los plenos poderes es expresar "*el consentimiento del Estado en obligarse por un tratado, o para ejecutar cualquier otro acto con respecto a un tratado*"²⁹.
27. De conformidad con el artículo 7.2 de la Convención, se presume que tanto el Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno y el Ministro de Relaciones Exteriores cuentan con poderes para la ejecutar todos los actos relativos a la celebración de un tratado. En nuestro ordenamiento jurídico interno, ello ha sido establecido expresamente tanto para el Presidente de la República³⁰ como para el Ministro de Relaciones Exteriores³¹.

²⁶ NOVAK TALAVERA, Fabián. *Materiales de Derecho Internacional Público*. ..., op. cit, p. 49.

²⁷ Idid., p. 66.

²⁸ Artículo 6 de la Convención de Viena de 1969.

²⁹ Artículo 2 (c) de la Convención de Viena de 1969.

³⁰ Constitución Política de 1993.

"Artículo 118.- *Corresponde al Presidente de la República: [...]*

11. Dirigir la política exterior y las relaciones internacionales; y celebrar y ratificar tratados".

³¹ Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Relaciones Exteriores.

28. Como es evidente, no siempre el Presidente de la República o el Ministerio de Relaciones Exteriores estarán disponibles para suscribir o adherirse a tratados internacionales. Es por ello que el Decreto Supremo N° 031-2007-RE ha establecido mecanismos por los cuales se pueden otorgar plenos poderes a otras personas distintas a estos altos funcionarios³².
29. Por su parte, la "aprobación" es un término reciente dentro del Derecho Internacional, entendida como la práctica constitucional que existe en algunos países (como el Perú) para aceptar la suscripción de un tratado internacional. De este modo, la aceptación inicial no es vinculante, pues queda supeditada a que sea aprobada por el órgano constitucional competente³³.
30. Tal y como hemos visto anteriormente, un tratado internacional debe ser aprobado por el Congreso de la República siempre y cuando éste tenga una naturaleza legislativa o complejo, es decir, mientras verse sobre las materias señaladas en el artículo 56 de la Constitución Política de 1993.
31. Con relación a la "ratificación", en el caso peruano es un acto de Derecho Interno que se hace necesario realizar antes de la emisión de los instrumentos correspondientes³⁴. Con ello se busca reafirmar la voluntad del Estado en vincularse jurídicamente con los otros sujetos de Derecho Internacional que formen parte del tratado.
32. Dentro del ordenamiento jurídico peruano, tanto la Constitución Política de 1993 como la Ley N° 26647 señalan que la ratificación de un tratado internacional se realiza vía Decreto Supremo. Según la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, el Decreto Supremo es rubricado por el Presidente de la República y uno o más ministros a cuyo ámbito de competencia correspondan³⁵.
33. Finalmente, la "emisión de los instrumentos correspondientes de ratificación" implica poner en conocimiento la decisión final a las demás partes del tratado internacional. Dependiendo de cada caso en concreto, la forma de llevar ello a

" Artículo 5.- Funciones Rectoras

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

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

³² " Artículo 2.- Otorgamiento de Plenos Poderes

[...] Los plenos poderes son otorgados mediante Resolución Suprema refrendada por el Ministro de Relaciones Exteriores, a través de un diploma que la acompaña. Los mismos deberán ser precisos en cuanto a la denominación oficial del tratado o tratados que les da origen".

³³ NOVAK TALAVERA, Fabián. *Materiales de Derecho Internacional Público...*, op. cit. p. 65.

³⁴ Ibid., p. 61.

³⁵ Numeral 3 del artículo 11.

cabo podrá ser mediante el canje, el depósito o la notificación de los instrumentos de ratificación³⁶.

34. En el ordenamiento jurídico peruano, los instrumentos internacionales de aceptación, adhesión y ratificación de tratados, entre otros, son emitidos por la Dirección General de Tratados del Ministerio de Relaciones Exteriores. Veamos:

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

Son funciones específicas de la Dirección General de Tratados: [...]

i) Elaborar los instrumentos de ratificación, adhesión y aceptación de los tratados y demás instrumentos internacionales³⁷.

35. Además, debemos considerar que, de conformidad con el artículo 92° del Reglamento del Congreso de la República, el trámite para la aprobación de los tratados ejecutivos es el siguiente:
- a. Celebración y/o adhesión del tratado.
 - b. Dentro de los tres (03) días útiles posteriores a ello, el Presidente de la República da cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente del tratado.
 - c. Realizado el trámite anterior, y dentro de los tres (03) días útiles siguientes, se remite copia del tratado a la Comisión de Constitución y Reglamento y a la Comisión de Relaciones Exteriores.
 - d. Las dos Comisiones estudian y dictaminan el tratado en el plazo de treinta (30) días, a efectos de verificar si se ha cumplido con lo señalado por los artículos 56° y 57° de la Constitución, así como por el Reglamento del Congreso.
 - e. Si el dictamen es positivo, el trámite queda ahí, permitiéndole al Presidente de la República su ratificación mediante Decreto Supremo³⁸.
36. Así las cosas, podemos señalar que incluso cuando los tratados internacionales no requieran de la aprobación del Congreso de la República, es decir, sean "tratados ejecutivos", el procedimiento interno que ha establecido el ordenamiento jurídico peruano implica la participación de diversos órganos del Estado, como el Congreso de la República, pero respetando el principio de la cláusula residual.

III. LA LEY DE AERONÁUTICA CIVIL Y SU REGLAMENTO, A LA LUZ DE LA CONSTITUCIÓN

³⁶ NOVAK TALAVERA, Fabián. *Materiales de Derecho Internacional Público...*, op. cit. p. 66.

³⁷ Decreto Supremo N° 135-2010-RE.

³⁸ REGLAMENTO DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Edición Oficial. Marzo 2015, pp. 143-145.

1. Como indicamos anteriormente, el artículo 56° de la Constitución reserva a la aprobación del Congreso de la República a aquellos tratados internacionales que versan sobre la soberanía, entendida como **protección del territorio en tanto inviolabilidad de las fronteras de un Estado y la obligación de los demás Estados de abstenerse de ejercer el poder en dicho espacio territorial**³⁹.
2. Al respecto, se nos consulta si las actas o memorandas de entendimiento en materia aéreo-comercial con autoridades aeronáuticas de otros Estados que suscribe Director General de Aeronáutica Civil del Ministerio de Transportes y Comunicaciones calza como un supuesto de tratado reservado al Congreso de la República. A nuestra consideración, **consideramos que la respuesta es negativa, por cuanto dichos acuerdos no afectarían la soberanía estatal.**
3. En primer lugar, debemos señalar que estos acuerdos son tratados internacionales a través los cuales dos o más estados firmantes establecen autorizaciones mutuas para desarrollar rutas aéreas, sujetas a un número de frecuencias semanales y de compañías que las operarán. Asimismo, se fijan en dicho acuerdo los puntos autorizados de origen, tránsito y destino y el tipo de operaciones aéreas permitidas (libertades del aire) entre los territorios de los países suscriptores.
4. ¿Cuál es el parámetro internacional y constitucional para determinar su validez? En el plano internacional, el Convenio de Aviación Civil Internacional –conocido como la Convención de Chicago–, dispone lo siguiente:

"Artículo 1° Soberanía. Los Estados contratantes reconocen que todo Estado tiene soberanía plena y exclusiva en el espacio aéreo situado sobre su territorio.

Artículo 2° Territorio. A los fines del presente Convenio se consideran como territorio de un Estado las áreas terrestres y las aguas territoriales adyacentes a ellas que se encuentren bajo la soberanía, dominio, protección o mandato de dicho Estado".

De este modo, el referido Convenio reconoce que la soberanía y el territorio de los Estados deben ser respetados, pues **es evidente que el paso pacífico de aeronaves por el espacio aéreo implica, como es obvio, transitar por encima del territorio de un país**; lo cual no significa, desde luego, que se afecte su territorio ni que se ponga en peligro su existencia como sujeto de Derecho Internacional.

5. Al respecto, la misma Ley de Aeronáutica Civil dispone que el Estado ejerce soberanía y jurisdicción sobre el espacio aéreo, pero respetando la Constitución y las normas aplicables del derecho internacional:

³⁹ NOVAK TALAVERA, Fabián. *Materiales de Derecho Internacional Público...* op. cit., p. 16.

*"Artículo 3.- De la soberanía y jurisdicción sobre el espacio aéreo
El Estado peruano ejerce soberanía y jurisdicción sobre el espacio aéreo que cubre su territorio y mar adyacente, **de conformidad con la Constitución Política del Perú y las normas aplicables de derecho internacional**" (énfasis agregado).*

6. En el caso peruano, la facultad de la Dirección General de Aeronáutica Civil para suscribir este tipo de tratados internacionales posee **sustento legal expreso**, pues es materia de regulación de la Ley de Aeronáutica Civil:

*"Artículo 9.- De la competencia de la Dirección General de Aeronáutica Civil
La Dirección General de Aeronáutica Civil es competente para: [...] n) Ejecutar la política aérea nacional, así como **negociar y suscribir acuerdos en materia aeronáutica de índole técnico o aerocomercial**; [...] p) **Celebrar convenios de cooperación y asistencia técnica en materia aeronáutica ya sean nacionales o internacionales**; [...]" (énfasis añadido).*

7. A su vez, ello es desarrollado expresamente por el Reglamento de dicha norma, cuando establece que:

*"Artículo 12.- El Director General de Aeronáutica Civil puede **negociar y suscribir convenios de cooperación y asistencia en materia de aeronáutica civil de índole técnico**.
El Director General de Aeronáutica Civil, en coordinación con el Ministerio de Relaciones Exteriores, **puede negociar y suscribir acuerdos en materia aerocomercial, los que para entrar en vigencia, deben ser ratificados mediante Decreto Supremo debidamente refrendado por el Ministro de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción**" (énfasis añadido).*

8. De ello, se colige que **el propósito de esta norma reglamentaria es que se coordine con el Ministerio de Relaciones Exteriores para evitar, precisamente, regulaciones que verdaderamente afecten la soberanía o que sean distorsionados**. En efecto, como vimos en el acápite anterior, los tratados ejecutivos se dan cuenta al Congreso de la República, a efectos de verificar que se hayan respetado sus competencias.
9. En este caso, el propósito de esta norma es que se mantengan las competencias en la Dirección General de Aeronáutica Civil, siempre y cuando no se "camufle" un tratado legislativo como un tratado ejecutivo, que son aquellos que está

autorizado a suscribir la Dirección General de Aeronáutica Civil del Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

10. ¿Por qué se le otorga esta facultad a una dependencia que forma parte del Poder Ejecutivo? Por la sencilla razón de que ello no se vulnera la soberanía estatal, como lo recoge claramente su Dictamen, el cual analiza lo dispuesto por el Convenio de Chicago:

"Según del Derecho Internacional, el espacio aéreo situado sobre el territorio de un Estado es objeto de la soberanía territorial del Estado, con exclusión de la de otros Estados; es por tanto territorio del Estado subyacente.

El paso inofensivo de las aeronaves no destruye el principio de la soberanía, por el contrario es perfectamente conciliable como lo demuestra la práctica de la legislación internacional existente [...]

*El principio inspirador del Convenio de Chicago es la **libertad de circulación, cuyos límites son los siguientes: razones militares o de seguridad nacional y de control o interés público.** El derecho al establecimiento de zonas prohibidas implica la restricción o prohibición uniforme de los vuelos de las aeronaves de otros Estados sobre ciertas zonas de su territorio, siempre que no se establezcan distinciones a este respecto entre las aeronaves del Estado de cuyo territorio se trate. (Art. 15º)" (subrayado añadido).*

11. En el caso de la aviación comercial, es evidente que no se trata de aeronaves con capacidad de comprometer o poner en peligro la seguridad que el Estado debe asegurarse a sí mismo y a las personas que habitan en su territorio. Un avión comercial, por el contrario, es una **aeronave que transporta pasajeros o carga de un destino a otro**, debiendo, necesariamente, transitar por el espacio aéreo de un país para poder cumplir su propósito, sin que ello implique poner en peligro la soberanía, dominio o integridad del territorio de un Estado sobre el cual vuela o aterriza. Por ello, la doctrina peruana señala que un claro ejemplo de tratado ejecutivo o simplificado lo constituye, precisamente, los acuerdos aéreos⁴⁰.
12. En otras palabras, la suscripción de actas o memorandas de entendimiento en materia aéreo-comercial por parte del Director General de Aeronáutica Civil del Ministerio de Transportes y Comunicaciones no menoscaba la soberanía del Estado y debe ser aprobada por tratado ejecutivo, atendiendo a lo señalado en el artículo 57º de la Constitución.

⁴⁰ NOVAK TALAVERA, Fabián; y Luis GARCÍA CORROCHANO. "Derecho Internacional Público". Tomo I. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2000. p. 148.

IV. CONCLUSIONES

1. El concepto de soberanía no es unívoco, por cuanto tiene varios significados según nuestra Constitución Política de 1993. Uno de ellos está referido a lo que se entiende como tal en el artículo 56° de nuestra Constitución.
2. A nuestro parecer, el concepto de soberanía reservado para los tratados complejos o que deben ser aprobados por el Congreso de la República se refieren a enunciativamente, a: **(i)** los tratados de paz; **(ii)** de límites territoriales, demarcación y delimitación de fronteras; **(iii)** de cesión de territorio; **(iv)** los de establecimiento de relaciones diplomáticas y de relaciones consulares, **(v)** los constitutivos de Organizaciones Internacionales. En consecuencia, un tratado que no verse sobre esta materia puede ser considerado como un tratado ejecutivo.
3. En la línea de lo anteriormente expuesto, y atendiendo a la regulación internacional y nacional sobre la materia, consideramos que las actas o memorandas de entendimiento en materia aéreo-comercial con autoridades aeronáuticas de otros Estados que puede suscribir el Director General de Aeronáutica Civil del Ministerio de Transportes y Comunicaciones no vulneran la soberanía estatal, y por tanto corresponden ser suscritos por el Poder Ejecutivo, en virtud del principio de la cláusula residual, reconocido por el Tribunal Constitucional en materia de tratados internacionales.
4. Finalmente, debemos recordar que "*[...] un mundo globalizado no es obstáculo para mantener incólume la soberanía de un país, sino que, por el contrario, gracias a que los Estados mantienen su carácter de soberanos pueden interactuar con otros Estados estableciendo compromisos internacionales*"⁴¹. Uno de esos compromisos son, claramente, los que puede suscribir el Director General de Aeronáutica Civil del Ministerio de Transportes y Comunicaciones

Sin más sobre el particular, me despido de usted.

Atentamente,



Dr. César Landa Arroyo

⁴¹ MORENO DURAZO, Luis Carlos. "Soberanía Nacional, Globalización y Regionalización". En: BROWER, Charles N. (Coordinador). "El Papel del Derecho Internacional en América. La soberanía nacional en la era de la integración regional". México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. 1997. p. 266.