



Los acuerdos interinstitucionales en la práctica peruana de derecho internacional The Interinstitutional Agreements in the Peruvian Practice of International Law

SILVIO JESÚS MEZARINA GARCÍA *

Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Perú)

PABLO CÉSAR ROSALES ZAMORA **

Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Perú)

Resumen: En la práctica peruana de derecho internacional, el universo de acuerdos internacionales no se reduce a los tratados. En ese contexto, el presente artículo busca examinar el instrumento internacional por antonomasia que se celebra entre entidades públicas de al menos dos Estados y que, en el marco de la legislación peruana, se denomina «acuerdo interinstitucional». Primero, se estudiarán sus principales características con el fin de identificar su naturaleza jurídica. Posteriormente, se examinarán algunos de los principales desafíos que el uso del acuerdo interinstitucional afronta: (1) la dificultad de catalogarlo como norma jurídica dentro del sistema de fuentes de derecho en el Perú; (2) la posible confusión con otros instrumentos internacionales, como los acuerdos de hermanamiento (una especie del acuerdo interinstitucional), el memorándum de entendimiento o los convenios de colaboración; y (3) las posibles consecuencias del incumplimiento de un acuerdo interinstitucional y su relación con la comisión de un hecho ilícito internacional en el plano de la responsabilidad internacional del Estado.

Palabras clave: acuerdo interinstitucional, tratado, plenos poderes, entidad de la Administración pública, responsabilidad internacional

Abstract: In the Peruvian practice of international law, the universe of international agreements is not reduced merely to treaties. In that context, this article seeks to examine the international instrument *par excellence* that is celebrated between public entities of at least two States. Such accord, within the framework of Peruvian legislation, is called «interinstitutional agreement». First, this paper will study the main characteristics of this kind of agreement with the purpose of identifying its legal nature. Subsequently, it will examine some of the main challenges the use of an interinstitutional agreement faces: (1) the difficulty of classifying an interinstitutional agreement as a legal norm within the Peruvian system of law sources; (2) the possible confusion with other international instruments, such as twinning arrangements (a kind of

* Catedrático de Derecho de la Integración y Organismos Internacionales en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
Código ORCID: 0000-0003-2666-1176. Correo electrónico: smejarinag@rree.gob.pe, sjmezarina@gmail.com

** Catedrático de Derecho Internacional Público en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
Código ORCID: 0000-0003-2608-7995. Correo electrónico: prosalesz@rree.gob.pe, pablo.rosalesz@pucp.pe

interinstitutional agreement), memoranda of understanding or collaboration agreements; (3) the possible consequences than an interinstitutional agreement infers in regard to the commission of an international illicit act in the sphere of the international responsibility of the State.

Key words: interinstitutional agreement, treaty, full powers, entity of the Public Administration, international responsibility

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. DEFINICIÓN.- II.1. ES UN CONVENIO.- II.2. ESTÁ REGIDO POR EL DERECHO INTERNACIONAL O POR EL ORDENAMIENTO INTERNO DE LAS PARTES.- II.3. SE CELEBRA POR ESCRITO.- II.4. LAS PARTES SON UNA ENTIDAD O ENTIDADES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA NACIONAL Y UNO O VARIOS ÓRGANOS GUBERNAMENTALES EXTRANJEROS U ORGANIZACIONES INTERNACIONALES.- II.5. LA DENOMINACIÓN DEL INSTRUMENTO ES IRRELEVANTE.- II.6. PUEDE O NO DERIVAR DE UN TRATADO.- II.7. EL CONTENIDO DEL INSTRUMENTO SE CIRCUNSCRIBE A LAS ATRIBUCIONES PROPIAS DE LA ENTIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (AP) QUE LA SUSCRIBE.- II.8. BAJO NINGUNA CIRCUNSTANCIA PODRÁ VERSAR SOBRE LAS MATERIAS ESTIPULADAS EN EL ARTÍCULO 56 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA.- III. OTROS ELEMENTOS DEL ACUERDO INTERINSTITUCIONAL.- III.1. ESTABLECIMIENTO DE MUTUAS OBLIGACIONES JURÍDICAS.- III.2. CLÁUSULA DE NATURALEZA JURÍDICA.- III.3. ENTRADA EN VIGOR POR «FIRMA DEFINITIVA».- III.4. CLÁUSULA DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS.- IV. PRINCIPALES DESAFÍOS DEL ACUERDO INTERINSTITUCIONAL.- IV.1. SISTEMÁTICA DEL ACUERDO INTERINSTITUCIONAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO NACIONAL.- IV.1.1. EL ACUERDO INTERINSTITUCIONAL NO ES UNA NORMA CON RANGO LEGAL.- IV.1.2. EL ACUERDO INTERINSTITUCIONAL, PESE A NO SER UNA NORMA LEGAL, ES UNA FUENTE DE DERECHO.- IV.2. LA PUBLICIDAD DE LOS ACUERDOS INTERINSTITUCIONALES.- IV.2. FIGURAS JURÍDICAS AFINES A LOS ACUERDOS INTERINSTITUCIONALES.- IV.3.1. CONVENIOS DE COLABORACIÓN.- IV.3.2. CONVENIOS DE ADMINISTRACIÓN DE RECURSOS CON ORGANIZACIONES INTERNACIONALES.- IV.3.3. MEMORÁNDUM DE ENTENDIMIENTO.- IV.3.4. ACUERDOS DE HERMANAMIENTO.- IV.3.5. INSTRUMENTOS DERIVADOS DE TRATADOS.- IV.4. ¿ES POSIBLE HABLAR DE ACUERDOS INTERINSTITUCIONALES Y MEMORÁNDUMS DE ENTENDIMIENTO SUJETOS A RATIFICACIÓN?.- IV.5. LA RESPONSABILIDAD POR EL INCUMPLIMIENTO DEL ACUERDO INTERINSTITUCIONAL.- V. A MODO DE CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

Por la llamada «jerarquía oficiosa» (Comisión de Derecho Internacional, 2006, párrafo 85) que existe entre las fuentes del derecho internacional se podría llegar a pensar que el universo de instrumentos internacionales se concentra, casi exclusivamente, en los tratados. Las estadísticas, *prima*

facie, parecen confirmar esa idea: a la fecha de la presente investigación, la cifra de tratados y acuerdos internacionales registrados ante la Secretaría de Naciones Unidas (2018, pp. 7-11) se eleva a 55 377, aproximándose rápidamente a la cifra de 60 000, y ello sin considerar los tratados que no han sido registrados.

La ubicación privilegiada del tratado en el universo del derecho internacional no supone un impedimento para que los Estados busquen y encuentren otros mecanismos capaces de cubrir sus necesidades de cooperación en la esfera internacional. En efecto, encontramos que la globalización involucra al Estado en su integridad, incluyendo a sus diversos sectores y gobiernos subnacionales, fenómeno que va generando espacios de diálogo en materias especializadas que interesan directamente a cada uno de sus órganos. De ese modo, tales segmentos de la administración pública reclaman para sí un grado de autonomía externa y requieren cada vez con mayor insistencia participar en el escenario internacional, sin pasar necesariamente por el filtro de los órganos de representación usuales del Estado en sus relaciones internacionales, como son el jefe de Estado, el jefe de Gobierno o el ministro de Relaciones Exteriores¹.

La sociedad internacional evoluciona constantemente e incluye, hoy en día, a distintos actores que se suman a los Estados y las organizaciones internacionales, generando una «comunidad internacional» que requiere de nuevas formas de plasmar los acuerdos por ellos alcanzados (Mezarina García, 2015, p. 159). En particular, pensemos en los gobiernos subnacionales y las entidades de la Administración pública. Es en tal contexto que surge una real exigencia de celebración de instrumentos internacionales que sintonicen con los valores de celeridad y especialización que trae consigo la globalización.

A este fenómeno de participación de las entidades públicas de un Estado en el escenario internacional por medio de instrumentos internacionales que no se dan de Estado a Estado sino de una entidad nacional a una entidad extranjera se lo puede denominar como «descentralización de la actuación en el plano internacional de los órganos del Estado»².

1 En el caso del Perú, cabe señalar que, de acuerdo a la Ley 29357 de organización y funciones del Ministerio de Relaciones Exteriores (artículo 5, numeral 6), el Ministerio de Relaciones Exteriores (MRE) ejerce la función rectora respecto de otros niveles de gobierno en todo el territorio nacional y en el ámbito internacional, en la negociación y suscripción de tratados y demás instrumentos internacionales. Asimismo, participa en las negociaciones de aquellos de naturaleza especializada en coordinación con los sectores competentes. Esto significa que toda entidad de la administración pública nacional debería coordinar con el MRE el proceso que conduce a la firma de acuerdos con sus pares extranjeros u organizaciones internacionales.

2 Esta idea fue presentada en el II Seminario de las Revistas Latinoamericanas de Derecho Internacional (2016), en la ponencia de Pablo Rosales Zamora «Características y cláusulas básicas de los acuerdos interinstitucionales celebrados por una entidad de la administración pública peruana con una entidad pública extranjera (o con una organización internacional): análisis comparativo con los tratados y memorandos de entendimiento», como parte de la Mesa «El Perú y el derecho internacional».

373

LOS ACUERDOS
INTERINSTITU-
CIONALES EN LA
PRÁCTICA PERUANA
DE DERECHO INTER-
NACIONALTHE INTERINSTI-
TUTIONAL AGREE-
MENTS IN THE PE-
RUVIAN PRACTICE
OF INTERNATIONAL
LAW

Ahora bien, dada la presencia central del artículo 7 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, bajo el cual se consagra la existencia de plenipotenciarios en la representación del Estado para la celebración de tratados, es entendible que la descentralización que comentamos no goce de una condición especial y se circunscriba a los límites internos de su legislación nacional. Así, la autonomía de estas entidades, en el plano internacional, es «residual» y se da solo si responde a sus competencias legales como entidad pública.

El presente artículo busca examinar la figura del acuerdo interinstitucional en el marco de la legislación peruana, considerándolo como aquel instrumento internacional destinado a cubrir la imperiosa necesidad de las entidades públicas de actuar en el plano internacional, en el marco del fenómeno de descentralización previamente anotado. Para ello, el presente artículo tiene dos propósitos. El primero es estudiar los principales elementos del acuerdo interinstitucional, según el artículo 6 del Decreto Supremo 031-2007-RE —el cual adecúa las normas nacionales sobre otorgamiento de plenos poderes al derecho internacional contemporáneo—, así como aquellos que no han sido considerados por dicho dispositivo.

Como segundo propósito, se busca evaluar algunos de los principales desafíos que afronta el acuerdo interinstitucional. Entre ellos hemos seleccionado, en primer lugar, su posible catalogación como norma jurídica en el sistema jurídico peruano y si, por ello, cuenta con la exigencia de publicidad. En segundo lugar, discutiremos su posible confusión con otros instrumentos internacionales, como los acuerdos de hermanamiento, los convenios de colaboración o el memorándum de entendimiento. Por último, se evaluará la real dimensión del acuerdo interinstitucional en la dinámica de la responsabilidad internacional y si, por ello, el incumplimiento de un acuerdo interinstitucional supone la comisión de un hecho ilícito internacional a nivel del propio Estado.

Advertimos que —si bien el presente artículo se inscribe en una discusión que cobra cada vez mayor interés en la literatura del derecho internacional (Abugattas, 2015; Bonifaz, 2016; Orozco, 2016)— este estudio no desconoce las particularidades propias del derecho administrativo del sistema jurídico peruano. Esto es así porque no existe a nivel de la sociedad internacional un instrumento global que codifique la práctica en torno a esta clase de instrumentos (Bonifaz, 2016, pp. 9-10), como sí ocurre con los tratados, a través de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

Finalmente, cabe aclarar que, metodológicamente, se utilizarán solo aquellos instrumentos internacionales que sean públicos y que puedan encontrarse en portales institucionales oficiales de libre acceso.

II. DEFINICIÓN

El acuerdo interinstitucional (AI) es definido en la normativa peruana, de conformidad con el Decreto Supremo 031-2007-RE (artículo 6), de la siguiente manera:

[...] el convenio regido por el derecho internacional público y/o por el ordenamiento interno de las partes, celebrado por escrito, entre cualquier entidad o entidades de la Administración Pública y uno o varios órganos gubernamentales extranjeros u organizaciones internacionales, cualquiera sea su denominación, sea que se derive o no de un tratado previamente adoptado. El ámbito material de los acuerdos interinstitucionales y la capacidad de quienes los suscriban, deberán circunscribirse exclusivamente a las atribuciones propias de las entidades de la Administración Pública que son partes de los acuerdos, y bajo ninguna circunstancia podrán versar sobre las materias a que se refiere el artículo 56 de la Constitución Política ni estar inmersos dentro de las causales señaladas en el segundo párrafo de dicho artículo.

Para efectos del presente artículo se entiende por entidades de la Administración pública a aquellas señaladas en el artículo I del Título Preliminar de la Ley 27444 del Procedimiento Administrativo General.

En la definición glosada podemos observar algunos elementos que delimitan las características de este tipo de acuerdos y que merecen ser resaltados:

- Es un convenio;
- se encuentra regido por el derecho internacional o por el ordenamiento interno de las partes;
- es celebrado por escrito;
- las Partes son una entidad o entidades de la Administración pública peruana, y uno o varios órganos gubernamentales extranjeros, u organizaciones internacionales;
- es irrelevante la denominación del instrumento;
- puede o no derivar de un tratado;
- el contenido del instrumento se circunscribe a las atribuciones propias de la entidad de la Administración pública que la suscribe; y,
- bajo ninguna circunstancia podrá versar sobre las materias estipuladas en el artículo 56 de la Constitución Política del Perú.

A continuación, haremos un breve análisis de los referidos elementos de un AI que surgen del referido Decreto Supremo.

375

LOS ACUERDOS
INTERINSTITU-
CIONALES EN LA
PRÁCTICA PERUANA
DE DERECHO INTER-
NACIONALTHE INTERINSTI-
TUTIONAL AGREE-
MENTS IN THE PE-
RUVIAN PRACTICE
OF INTERNATIONAL
LAW

II.1. Es un convenio

Ello significa que su naturaleza jurídica implica un acuerdo de voluntades al que arriban dos o más sujetos de derecho o entidades legalmente competentes o autorizadas normativamente, de acuerdo con su respectivo ordenamiento, y en base a un objetivo común.

Es necesario que las entidades administrativas peruana y extranjera (o una organización internacional, de ser el caso) coincidan, básicamente, en la voluntad de generarse obligaciones jurídicas *inter se*. Sin esta unanimidad, no sería posible construir un AI. Por lo tanto, ambas partes (o todas las involucradas, en el caso de acuerdo multilateral) deben manifestar fehacientemente que persiguen vincularse jurídicamente mediante este instrumento.

II.2. Está regido por el derecho internacional o por el ordenamiento interno de las partes

La expresión «regido por el derecho internacional público» podría dar la impresión de que con el AI se estarían creando reglas sobre la base de dicho ordenamiento jurídico, que, como sabemos, son generadas exclusivamente por y para sujetos de derecho internacional³. En este caso, entendemos que dicha expresión implica que el AI, para tener relación con el derecho internacional, derivaría de un tratado, es decir, que de las cláusulas de tal instrumento internacional podría nacer o la obligación o la posibilidad de implementar las disposiciones del tratado mediante un AI. Un AI entre entidades públicas regido por el derecho internacional poseería dos características especiales:

- (1) Necesariamente sería un instrumento derivado de un tratado.
- (2) Establecería obligaciones jurídicas entre dos entidades de la Administración pública, en virtud ya no solo de sus competencias funcionales, sino también de lo previamente acordado por sus Estados en el tratado que le da origen, es decir, presentaría una doble restricción en su contenido: funcional y material.

La otra posibilidad a tener en cuenta es que el AI sea simplemente generado por la voluntad de dos entidades públicas, una peruana y otra extranjera, sin que le anteceda un tratado. En este último caso, el AI no derivaría de una norma convencional de derecho internacional y solo sería generadora de obligaciones jurídicas entre tales entidades públicas, lo que configuraría un encuentro de voluntades basadas en ordenamientos jurídicos extranjeros (o una en el ordenamiento jurídico

³ En la definición de tratado, según la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (artículo 2, numeral 1, literal a), se emplea también la frase «regido por el derecho internacional».

nacional y otra en el cuerpo jurídico proveniente de una organización internacional- OI).

Podríamos afirmar que, producto de las obligaciones nacidas de un AI, se estaría generando que los efectos de la legislación nacional se proyecten en un determinado ordenamiento jurídico extranjero, en calidad de un aspecto fenomenológico del «derecho público internacional» (Calvo & Carrascosa, 2014, p. 47). Es decir, se arribaría a un reconocimiento tácito de las competencias de las entidades de la Administración pública peruana (y por ende de su normativa) y de los efectos que ella pudiera tener en un particular sistema jurídico extranjero. Sin embargo, como veremos en los acápites II.7 y II.8, tal proyección internacional no implica el accionar de la entidad pública fuera de las competencias establecidas en su respectiva legislación.

II.3. Se celebra por escrito

Si bien, según la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (artículo 3), podrían celebrarse acuerdos internacionales de forma no escrita (Distefano, 2015, p. 20), un requisito esencial para la existencia de un AI es que el mismo se encuentre plasmado, de forma solemne, en un documento. Esto impide la posibilidad de que se pueda configurar un AI tácito u oral.

II.4. Las partes son una entidad o entidades de la Administración pública nacional y uno o varios órganos gubernamentales extranjeros u organizaciones internacionales

El Decreto Supremo 031-2007-RE de 2007 remite a la Ley 27444 del procedimiento administrativo general⁴, por lo cual es pertinente señalar que deben ser instituciones con autonomía administrativa y funcional, es decir, «[...] entidades y órganos que, de manera originaria o derivada ejercen la denominada función administrativa» (Martín Tirado, 2011, p. 105). Es relevante que tales entidades puedan poseer personería jurídica propia o, en todo caso, habilitación legal para llevar a cabo acuerdos con otras entidades, ya sea nacionales o extranjeras, a fin de que sean posibles de participar en un AI.

Respecto del concepto de «entidad pública», en su momento se dio una definición de la misma, vía Resolución Ministerial 374-2010-PCM, que aprobó la directiva «Disposiciones relacionadas a la definición del

4 A la fecha, la Ley 27444 ha sido objeto de dos Textos Únicos Ordenados: el aprobado por el Decreto Supremo 006-2017-MINJUS de 2017 y el más reciente, aprobado por Decreto Supremo 004-2019-MINJUS de 2019. En ese sentido, cuando se aluda, en el texto, a la Ley 27444 de procedimiento administrativo general se estará haciendo referencia a este último decreto supremo.

concepto de entidad pública y la validación del registro preliminar de las entidades públicas del Estado peruano» de 2010, la misma que fue derogada por el Decreto Supremo 118-2013-PCM de 2013 (artículo 3). En dicha norma se definió a la «entidad pública» del modo siguiente:

toda organización del Estado Peruano, con Personería Jurídica de Derecho Público, creada por norma expresa en la que se le confiere atribuciones, mediante la administración de recursos públicos, para contribuir a la satisfacción de las necesidades y expectativas de la sociedad, y como tal está sujeta al control, fiscalización y rendición de cuentas.

Dicho concepto fue criticado, entre otras cosas, porque se entendió que mediante una directiva no sería posible «crear o determinar la existencia de [e]ntidades [p]úblicas» y porque solo se estaría considerando a organismos del Estado con personería jurídica de derecho público, dejando de lado órganos que «sin tener una estructura compleja, en los hechos se desempeñan como una entidad pública más en el ordenamiento jurídico peruano» (Martín Tirado, 2011, p. 118). Así, bajo esta crítica, la personalidad jurídica no sería un requisito indispensable para ser una «entidad pública», puesto que el desempeño y ejercicio de funciones y potestades administrativas es una característica fundamental de las mismas (2011, p. 119). No obstante, la remisión al Título preliminar de la Ley 27444 de procedimiento administrativo general (artículo I) alivia la tarea de determinar qué es una entidad pública para efectos del Decreto Supremo 031-2007-RE.

Por otra parte, existen algunas dificultades respecto de quiénes podrían ser considerados como órganos gubernamentales extranjeros y OI. En primer lugar, porque existen Estados con sistemas particularmente complejos (federales, sobre todo) que tienen un funcionamiento bastante distinto del que posee el Perú. Por ejemplo, en el caso de las universidades nacionales, puede citarse un sistema como el de los Estados Unidos de América, en el que este tipo de instituciones académicas no se encuentra ligado al gobierno federal, sino al de los Estados de la unión⁵. Por otro lado, la referencia a las OI no se encuentra exenta de dificultades, debido a que este concepto comprende diversas entidades con estructura, objeto y competencias no necesariamente asimilables entre sí, y sujetas a una evolución incansable (Díez de Velasco, 2016, p. 43). Asimismo, los elementos de la noción de OI se traslucen en la siguiente definición: «[U]na organización instituida por un tratado u otro instrumento regido por el derecho internacional y dotada de personalidad jurídica internacional propia. Además de los Estados, las organizaciones internacionales pueden contar entre sus miembros con

5 En el caso del Perú, como en el de otros Estados unitarios, las universidades públicas se comportan como entidades de la Administración pública y llevan a cabo acuerdos de naturaleza interinstitucional.

otras entidades» («Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales», artículo 2, literal a). De este modo, se estaría dejando de lado otros sujetos de derecho internacional que no necesariamente encajarían en tal categoría.

II.5. La denominación del instrumento es irrelevante

Como se aprecia, tal irrelevancia de la denominación de un AI es, sin duda, similar a la que se establece respecto de los tratados en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (artículo 2, numeral 1, literal a), la que posee una disposición en ese mismo sentido. La denominación de un acuerdo no determina su naturaleza, en tanto son las cláusulas de tal instrumento las que le otorgan su identidad jurídica. Se trata de una prevalencia del contenido sobre el nombre. No obstante, es menester recordar que, a fin de establecer cuál es la voluntad de las partes, el título puede llegar a ser un importante indicio de tal común intención (Schenker, 2015, ítems 20 y 21).

En la práctica se observa que el título puede fácilmente confundir a los operadores encargados de la aplicación de un determinado instrumento. Así, un AI puede denominarse «Memorándum de Entendimiento» o «Convenio Internacional» y no dejar de ser un AI. El rótulo no alteraría su naturaleza, pero sí podría servir como un dato revelador del margen y las posibilidades de negociación de los que intervienen en la elaboración del instrumento. Así, en tanto el AI es una figura del derecho peruano que puede tener símiles en otros países, los matices y diferencias se verán reflejados en su estructura y denominación (*nomen iuris*). En otras palabras, la voluntad política por alcanzar un acuerdo puede llevar a que las entidades suscribientes se hagan mutuas concesiones y que ello incida también en la denominación del instrumento, en tanto que en otros Estados no se conoce a los acuerdos internacionales entre entidades públicas con la designación por la que opta la legislación peruana (Abugattas, 2015, p. 257).

II.6. Puede o no derivar de un tratado

Un AI, para existir, no requiere estar precedido por un tratado: la validez de uno es independiente de la del otro. No obstante, cabría agregar que la responsabilidad por el incumplimiento de un AI dependería de su condición de instrumento derivado o de acuerdo autónomo, como se verá más adelante.

379

LOS ACUERDOS
INTERINSTITU-
CIONALES EN LA
PRÁCTICA PERUANA
DE DERECHO INTER-
NACIONALTHE INTERINSTI-
TUTIONAL AGREE-
MENTS IN THE PE-
RUVIAN PRACTICE
OF INTERNATIONAL
LAW

II.7. El contenido del instrumento se circunscribe a las atribuciones propias de la entidad de la Administración pública (AP) que la suscribe

Se entiende que cada entidad de la AP posee competencias propias, las mismas que se encuentran en su regulación normativa correspondiente. En el caso de la legislación peruana, cada entidad pública se regula por su ley de organización y funciones (LOF) y por su reglamento de organización y funciones (ROF).

Si las partes se abocan a tratar materias que competen a más de una entidad de la AP, ello puede implicar dos cosas:

- (1) Que el contenido del instrumento deba ser abordado en un tratado; o,
- (2) que el contenido del instrumento sea objeto de un AI multilateral.

En principio, nada impide la celebración de un AI multilateral; sin embargo, este es muy poco frecuente en la práctica. En efecto, es más empleado el AI bilateral, razón por la cual un instrumento que comprenda a más de un sector de la AP podría ser preferiblemente contenido en un tratado.

II.8. Bajo ninguna circunstancia podrá versar sobre las materias estipuladas en el artículo 56 de la Constitución Política

Para entender el significado de esta frase, cabe remitirnos a la Constitución Política de 1993 (artículo 56), que establece lo siguiente:

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

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

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

Los denominados «tratados ejecutivos», regulados por el artículo 57 de la Constitución Política (1993), quedan fuera del ámbito de este artículo. Tales tratados refieren a las «materias no contempladas» en

el artículo 56 de la referida Carta Magna. Esta disposición, entonces, permite entrever la verdadera naturaleza de un AI. Toda área que sea pasible de ingresar en un tratado ejecutivo podría ser objeto de un AI. Es decir, se encuentran vedadas para ingresar en un AI las siguientes materias: derechos humanos; soberanía, dominio o integridad del Estado; defensa nacional; obligaciones financieras del Estado; creación, modificación o supresión de tributos; modificación o derogación de alguna ley; y aquellas que requieran medidas legislativas. Todo lo demás puede ser acordado en el marco de un AI; claro está, a condición de que no comprometan competencias de otras entidades.

III. OTROS ELEMENTOS DEL ACUERDO INTERINSTITUCIONAL

De la práctica peruana en la elaboración de los AI se pueden extraer elementos que no se encuentran en la definición del Decreto Supremo 031-2007-RE (artículo 6), pero que, ciertamente, son característicos de dicho tipo de instrumento. Algunos de ellos son los siguientes:

III.1. Establecimiento de mutuas obligaciones jurídicas

A diferencia de un memorándum de entendimiento (MOU), un AI necesariamente deberá establecer mutuas obligaciones jurídicas entre las partes, las mismas que deberán ser cumplidas de buena fe por estas.

III.2. Cláusula de naturaleza jurídica

Es ilustrativo que, para clarificar el papel del Estado en relación con las obligaciones contenidas en un AI, se recurra a una cláusula específica que pretenda aclarar la naturaleza jurídica del instrumento. De por sí, en el caso de un tratado, no se requiere, en general, de una cláusula similar que afirme que se está frente a esta fuente del derecho internacional.

La cláusula a la que nos referimos se puede observar en el «Acuerdo interinstitucional internacional para la cooperación en materia de inocuidad de los alimentos procesados industrialmente entre el Ministerio de Salud de la República del Perú [...] y el Ministerio de Desarrollo Rural y Tierras del Estado Plurinacional de Bolivia», suscrito el 1 de setiembre de 2017, que en su artículo VI señala lo siguiente:

El presente Acuerdo [interinstitucional] y las actividades que de él se deriven, se desarrollarán en el ámbito de las competencias funcionales de las Partes, se interpreta y ejecuta conforme a sus respectivas legislaciones nacionales y no genera obligaciones internacionales para sus respectivos Estados.

No obstante que los AI han sido elaborados y pensados para no comprometer al Estado en su conjunto, podría considerarse que una

381

LOS ACUERDOS
INTERINSTITU-
CIONALES EN LA
PRÁCTICA PERUANA
DE DERECHO INTER-
NACIONALTHE INTERINSTI-
TUTIONAL AGREE-
MENTS IN THE PE-
RUVIAN PRACTICE
OF INTERNATIONAL
LAW

obligación jurídica asumida por una entidad de la AP estatal no deja de ser una obligación jurídica contraída por el Estado, «aunque debe hacerse la salvedad que sería solo de una parte o porción del mismo o, si se quiere, para un determinado ámbito de acción estatal». Después de todo, el Estado es uno e indivisible (Constitución Política, artículo 56) y las «pequeñas obligaciones» u «obligaciones sectoriales» no dejan de ser exigibles a una entidad estatal. Dicho lo anterior, y reconociendo que el Estado como sujeto de derecho internacional no se encontraría obligado por un AI, por ser este sectorial, es menester recordar que, como se verá con mayor detenimiento más adelante, «[s]e considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado [...]» («Proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos», artículo 4, numeral 1).

III.3. Entrada en vigor por «firma definitiva»

A diferencia del tratado, que usualmente entra en vigor después de un procedimiento de ratificación, el AI solo requiere de la suscripción del mismo para desplegar sus efectos jurídicos.

El titular de la entidad es el encargado de representarla y quien suscribe el AI a nombre de la institución. No obstante, cabe considerar lo siguiente:

[L]os titulares de los órganos administrativos pueden delegar mediante comunicación escrita la firma de actos y decisiones de su competencia en sus inmediatos subalternos, o a los titulares de los órganos o unidades administrativas que de ellos dependan, salvo en caso de resoluciones de procedimientos sancionadores, o aquellas que agoten la vía administrativa (Ley 27444, artículo 83, numeral 1).

En el caso de los ministerios, los ministros pueden delegar ciertas atribuciones a los funcionarios de su propia cartera (Ley 29158, ley orgánica del Poder Ejecutivo, artículo 25 *in fine*). Ello no debe ser confundido con la figura del derecho de los tratados denominada «plenos poderes», la cual es un documento que emana del presidente de la República del Perú (la autoridad competente de acuerdo al Decreto Supremo 031-2007-RE), por el que se autoriza a una persona para la suscripción de un tratado⁶.

Un caso interesante a discutir es el «Acuerdo interinstitucional de cooperación científica y técnica entre el Instituto Nacional de Meteorología e Hidrología de la República del Ecuador y el Servicio Nacional de Meteorología e Hidrología de la República del Perú», donde se aprecia que los respectivos ministros de Relaciones Exteriores

⁶ En ese sentido, debe considerarse que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (artículo 2, numeral 1, literal c) es mucho más amplia en el campo de fases de celebración de un tratado que lo prescrito en el Decreto Supremo 031-2007-RE de 2007.

firman a nombre de las entidades nacionales. Si bien es cierto que se trata de un instrumento derivado del «Convenio básico de cooperación técnica y científica entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República del Perú» de 1999 —es decir, de un tratado ratificado por Decreto Supremo 053-99-RE y en vigor desde el 17 de enero de 2001⁷—, este un instrumento anterior al Decreto Supremo 031-2007-RE.

En efecto, en 1999 no se concebía el AI tal como lo conocemos desde el año 2007. Por lo tanto, desde la publicación de esta norma y su entrada en vigencia, el Canciller peruano no estaría habilitado para firmar el AI que compromete a otro sector, porque, desde el punto de vista del derecho administrativo, únicamente tendría la capacidad de representar a su propia entidad (el Ministerio de Relaciones Exteriores), debiendo haber sido firmado por los titulares de las respectivas entidades de la AP.

El «Convenio básico de cooperación» recién citado establece, en su artículo 1, párrafo tercero, lo siguiente: «[L]as Partes podrán, con base al presente Convenio, celebrar acuerdos complementarios de cooperación técnica y científica en áreas específicas de interés común, los que formarán parte integrante del presente Acuerdo». Como vemos, se presentan aquí algunos problemas respecto del AI resultante como instrumento derivado de un tratado. En primer lugar, si los acuerdos complementarios van a formar parte del tratado, ninguno de estos podría ser un AI, en los términos del Decreto Supremo 031-2007-RE (artículo 6). Ello porque, en general, un acuerdo complementario o instrumento derivado no podría ser, al mismo tiempo, un AI y formar parte del tratado. Sería un contrasentido. Cuando un AI deriva de un tratado mantiene su naturaleza jurídica particular, porque esta derivación configura, finalmente, una cláusula de autorización para que se celebre tal tipo de instrumento internacional. En ese sentido, si bien es cierto que procede del tratado o fluye de él, no es uno con el tratado.

Por otra parte, la firma del ministro de Relaciones Exteriores a nombre del Servicio Nacional de Meteorología e Hidrología de la República del Perú invalidaría el AI, en tanto el titular de dicha entidad es su Presidente Ejecutivo. Hoy en día, de acuerdo con el Reglamento de organización y funciones (ROF) del Servicio Nacional de Meteorología e Hidrología del Perú —SENAMHI— (2016, artículo 10), dicho funcionario es la máxima autoridad ejecutiva, titular del pliego y quien ejerce la representación de la entidad ante las entidades públicas y privadas a escala nacional e internacional.

En resumen, aunque un AI derive de un tratado, el jefe de Estado o el canciller no estarían autorizados para firmar dicho instrumento a

7 Se consultó, para este punto, el Archivo Nacional de Tratados Juan Miguel Bákula Patiño.

nombre de la institución, en razón de que poseen competencias para representar al Estado como un todo a escala internacional, por lo que, en el ordenamiento jurídico peruano, el legitimado para actuar a nombre de cada entidad pública es su respectivo titular, de acuerdo con la norma o el funcionario que se designe de acuerdo con la ley.

En estos casos, no cabe la aplicación del principio *ab maioris ad minus* («el que puede lo más, puede lo menos»), en favor del presidente de la República y del canciller, en tanto que, «[l]as autoridades administrativas deben actuar [...] dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas» (Ley 2744 artículo IV, numeral 1.1 del Título Preliminar). En ese sentido, si la Constitución Política y la Ley 29158 —ley orgánica del Poder Ejecutivo— facultan al jefe de Estado para dictar decretos legislativos y/o decretos de urgencia, ello no significa que el primer mandatario esté facultado para dar normas de rango inferior tales como resoluciones ministeriales y/o resoluciones viceministeriales.

III.4. Cláusula de solución de diferencias

Cabe indicar que para todo instrumento que recoja la voluntad confluyente de dos o más partes —ya sea un contrato de naturaleza civil, un compromiso de carácter administrativo, un tratado, un acuerdo interinstitucional, etcétera— se vuelve imprescindible contar con un mecanismo que procese cualquier posible divergencia entre las partes a la hora de interpretar o ejecutar lo convenido.

La práctica nacional en el diseño del AI se inclina por no recurrir a medios de solución de diferencias heterocompositivos (judiciales o arbitrales), ni a medios autocompositivos con intervención de terceros (conciliación, mediación, buenos oficios), sino únicamente a medios autocompositivos sin intervención de terceros (negociación). En este contexto, las cláusulas tipo suelen estipular que las partes resolverán sus diferencias mediante consultas y negociaciones recíprocas.

Si bien las partes podrían contemplar la inclusión de una cláusula heterocompositiva de solución de controversias, tal disposición podría ir en contra de la agilidad de la que se busca dotar al instrumento, desnaturalizando, de este modo, su esencia y los propósitos que animaron su creación.

IV. PRINCIPALES DESAFÍOS DEL ACUERDO INTERINSTITUCIONAL

La presente sección está destinada a explicar algunos de los principales problemas que enfrenta el AI.

IV.1. Sistemática del acuerdo interinstitucional en el ordenamiento jurídico nacional

En este acápite, se determinará por qué el AI no puede considerarse una norma con rango de ley, como ocurre con el tratado (IV.1.1), para luego examinar por qué no deja de ser una fuente de derecho (IV.1.2).

IV.1.1. El acuerdo interinstitucional no es una norma con rango legal

Las fuentes del derecho en el sistema jurídico peruano son, principalmente, la Constitución, las leyes y los reglamentos. La relación entre estas normas está basada, fundamentalmente, en el principio de jerarquía: la Constitución como norma fundamental del ordenamiento jurídico se encuentra por encima de las leyes y estas por encima de los reglamentos (Constitución Política, artículo 51).

Este principio sostiene la unidad del sistema jurídico peruano y genera una configuración normativa bajo la cual los reglamentos no pueden ir más allá de lo previsto en las leyes y lo normado en estas no puede exceder lo establecido en la Constitución (Arce, 2013, pp. 68-69). En este marco, ¿cómo se configura la relación con el AI? ¿Posee este la calidad de norma jurídica? Para entender este punto, se procederá a visualizar primero lo que ocurre con los tratados. Se sostendrá, a continuación, que los tratados cuentan con efectos verticales y horizontales, para luego sustentar que tales efectos no se traducen necesariamente para los AI.

Los tratados, que son acuerdos internacionales escritos celebrados por Estados y regidos por el derecho internacional⁸, se ubican, mayoritariamente, en el sistema jurídico peruano bajo un rango legal. A manera de excepción, cabe indicar que los tratados de derechos humanos, a diferencia de los otros tipos de tratados, ostentan un rango constitucional. La ubicación de los tratados en el ordenamiento jurídico peruano es una decisión soberana y se desprende de una lectura sistemática de las normas constitucionales (Constitución Política, artículos 55 y 200.4), así como de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (José Claver Nina-Quispe Hernández c. el Congreso de la República).

Que un tratado sea considerado una norma con rango legal implica que su incorporación, bajo el sistema jurídico peruano, se da en calidad de norma jurídica legal o constitucional, según corresponda. Vale aclarar que, si bien el tratado se ubica en tales rangos, este hecho no implica que pierda su carácter de fuente de derecho internacional (Kolb, 2016, p. 169). Por eso, sostener que la mayoría de los tratados ocupan un rango legal no supone que su incumplimiento deje de generar responsabilidad internacional para el Estado peruano. La ubicación de los tratados en

385

LOS ACUERDOS
INTERINSTITU-
CIONALES EN LA
PRÁCTICA PERUANA
DE DERECHO INTER-
NACIONALTHE INTERINSTI-
TUTIONAL AGREE-
MENTS IN THE PE-
RUVIAN PRACTICE
OF INTERNATIONAL
LAW

⁸ Véase Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (artículo 2, numeral 1, literal a).

el derecho interno no extingue los efectos jurídicos que estos acuerdos surten en el plano internacional.

¿Cuál es nuestra posición en torno a que los tratados en el Perú sean normas con rango de ley? ¿Resulta adecuado para el cumplimiento de las obligaciones internacionales de tal Estado? En nuestra opinión, los efectos de un tratado para el Estado que haya manifestado su consentimiento en obligarse pueden clasificarse en horizontales y verticales. Tales efectos se desprenden del principio *pacta sunt servanda*, consagrado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (artículo 26). Asimismo, estos se sujetan a la voluntad de las partes que cuentan con libertad para dotar de contenido al tratado.

Con «efectos horizontales» nos referimos a que las obligaciones del tratado se extienden a toda la AP peruana, de tal modo que ningún órgano del Estado peruano puede desconocer lo plasmado en aquel, porque con su consentimiento el Estado se ve involucrado *in toto*. Con ello no se pretende afirmar que el tratado no pueda especificar que algún órgano público se encargue de su implementación, sino que la dación del consentimiento no provendrá de un solo órgano, sino de todo el Estado. Por lo tanto, ningún órgano de aquel puede activar algún mecanismo de *contracting out* respecto al tratado.

Por otra parte, con «efectos verticales» aludimos a que el tratado se aplica a la población, cuando así se desprende del tratado en concreto, y al territorio del Estado en su totalidad, salvo que se haya pactado algo distinto. En este sentido, tales efectos van más allá de la AP interna del Estado y se dirigen a estos otros dos elementos centrales del Estado.

La calidad de los efectos horizontales y verticales que tendrían los tratados bajo el ordenamiento jurídico peruano nos lleva a concluir que la elección del legislador de ubicarlos, mayoritariamente, en el rango legal ha sido adecuada, porque la norma jurídica en nuestro ordenamiento es abstracta y, por lo tanto, cumple con los efectos mencionados. En tal sentido, una ley se entiende como obligatoria y abstracta, y, por ello, su ámbito de aplicación se dirige, *prima facie*, a toda la AP peruana, y a toda la población, abarcando todo el territorio. Esta cercanía entre las características de la ley y el tratado convierte a la primera en un plano jurídico adecuado para la incorporación del tratado en nuestro ordenamiento jurídico.

Partiendo de esta diferenciación de los efectos jurídicos de un tratado, se postulará que el AI escapa a tales efectos horizontales y verticales. En primer lugar, de la definición de este tipo de instrumento internacional no se desprende *expresamente*, a diferencia del tratado, que constituya una norma jurídica que se inscriba en el ordenamiento jurídico peruano. Por lo tanto, no se puede deducir que tenga una ubicación específica

bajo un rango constitucional, legal o reglamentario, sin que ello impida que se le pueda considerar como una fuente del derecho nacional, como veremos en el siguiente acápite.

La razón de que no le resulte adecuado el tratamiento normativo se debe a que carece de los efectos horizontales y verticales de los tratados ya explicados. Para empezar, un AI no se extiende a toda la administración pública peruana, sino *solo* a la entidad pública que se compromete por medio de tal acuerdo, por lo que carece de los llamados «efectos horizontales». Respecto a los efectos verticales, la aplicación no sería tan exacta, puesto que los AI no se aplican a la población, sino a la entidad pública directamente —entidad cuyas funciones solo pueden realizarse en el ámbito territorial del Estado al cual pertenece—.

Sin embargo, este límite territorial del AI no lo genera este instrumento en sí mismo, porque, antes de su celebración, se entiende por el principio de no intervención (Carta de las Naciones Unidas, artículo 2, párrafo 7) que las funciones de una determinada entidad pública no pueden extenderse compulsivamente sobre el territorio de otro Estado. Concebir al AI como una vía para que un órgano del Estado actúe fuera de su circunscripción territorial atentaría contra tal principio constitucional del derecho internacional o supondría una simulación de tratado.

En conclusión, si bien un tratado, usualmente, se introduce en el ordenamiento jurídico peruano en calidad de norma legal, esto no se produce con el AI, tal cual está regulado en el Decreto Supremo 031-2007-RE (artículo 6). Por ello, el AI, al carecer de los efectos horizontales y verticales explicados, no puede ser considerado una norma con rango legal, sin que ello sea un impedimento para que sea considerada como una fuente del derecho nacional.

IV.1.2. El acuerdo interinstitucional, pese a no ser una norma legal, es una fuente de Derecho

En primer lugar, la norma que contiene la definición es el ya citado Decreto Supremo 031-2007-RE (artículo 6). Esta disposición busca, de manera general, regular el otorgamiento de plenos poderes de acuerdo con el derecho internacional. La presencia de una definición de AI en tal contexto se explica por el objetivo de puntualizar que no se requiere obtener plenos poderes para suscribir tal tipo de instrumento. Esta es una regulación por descarte o pensada con una connotación negativa, por lo que consideramos que hubiera sido adecuado contar con una norma con rango de ley en la que se plasme autónomamente las características esenciales del AI.

Encontramos una segunda definición de AI en la Directiva 002-DGT/RE-2013 que establece los «Lineamientos generales sobre la suscripción,

387

LOS ACUERDOS
INTERINSTITU-
CIONALES EN LA
PRÁCTICA PERUANA
DE DERECHO INTER-
NACIONALTHE INTERINSTI-
TUTIONAL AGREE-
MENTS IN THE PE-
RUVIAN PRACTICE
OF INTERNATIONAL
LAW

perfeccionamiento interno y registro de los tratados» (numeral V, literal b). Tal directiva mantiene una definición sustancialmente idéntica a la del Decreto Supremo 031-2007-RE (artículo 6): solo varía el uso del vocablo «Convenio» en lugar de «Acuerdo».

Es importante resaltar que la referida Directiva 002-DGT/RE-2013 (punto VI, numeral 6.3) establece la obligación expresa de no «comprometer obligaciones a nombre del Estado peruano» ni celebrarlos a su nombre, ni incluir menciones al «Gobierno peruano». Asimismo, se dispone que el Secretario General de la entidad o el que haga las veces de este deberá remitir al Ministerio de Relaciones Exteriores (MRE) copia autenticada del instrumento para fines de registro y archivo.

Es evidente que la práctica en la materia, el día a día del trabajo en torno a los AI, reveló que, muchas veces, las entidades de la AP, indebidamente y muy posiblemente por desconocimiento de los alcances de este tipo de instrumentos, llevaban a cabo la suscripción de documentos excediendo sus competencias o actuando indebidamente en «representación del Estado peruano». Por ello surge la necesidad de puntualizar los límites de las entidades al respecto y la de llevar un registro de los AI suscritos como forma de controlar este aspecto de la política exterior nacional.

Resulta pertinente recalcar que, entre las funciones rectoras de dicho Ministerio, se encuentra, *inter alia*, la de «[n]egociar y suscribir tratados y demás instrumentos internacionales, así como participar en las negociaciones de aquellos de naturaleza especializada en coordinación con los sectores competentes» (Ley 29357, artículo 5, numeral 6). Por ello, en el entendido de que la suscripción de un AI no deja de ser materia de la política exterior nacional, las distintas entidades de la AP peruana deberían hacer llegar al MRE los proyectos de AI que pretenden llevar a cabo, a fin de recibir asesoría especializada en la materia.

En otras realidades como la colombiana, los AI son conocidos como «acuerdos interadministrativos» (o «convenios interadministrativos») y son definidos del modo siguiente: «(...) acuerdos de voluntades entre personas jurídicas de derecho público u órganos públicos con capacidad para contratar, celebrados con personas jurídicas públicas o con personas naturales y jurídicas de carácter privado, ya sean nacionales o extranjeras» (Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, s.f., p. 48).

Es importante notar que dichos «acuerdos interadministrativos» (ACIN) prevén la posibilidad de que las entidades de la administración pública colombiana con capacidad para contratar celebren acuerdos con las siguientes contrapartes:

- (3) Personas jurídicas públicas colombianas;

- (4) personas jurídicas públicas extranjeras;
- (5) personas jurídicas de carácter privado colombianas;
- (6) personas jurídicas de carácter privado extranjeras;
- (7) personas naturales colombianas; y,
- (8) personas naturales extranjeras.

En razón de tal amplitud, es entendible que no se considere que los ACIN sean regulados por el derecho internacional público (Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, s.f., p. 49). Igualmente, la Ley 1150 de 2007 de dicho país «prevé la posibilidad de que entidades colombianas de derecho público celebren contratos y convenios interadministrativos con organismos internacionales y con personas extranjeras de derecho público» (Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, s.f., p. 51).

Un punto a destacar es la posibilidad que otorga el artículo 20 de la Ley 1150 de 2007, en el caso de las mencionadas «personas jurídicas extranjeras», respecto de «[...] someter el respectivo acuerdo a la normatividad extranjera» (Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, s.f., p. 53), una disposición que no se encuentra en los AI del Decreto Supremo 031-2007-RE. En realidad, consideramos que tal disposición es un reconocimiento expreso de la vigencia de las normas jurídicas extranjeras en las instituciones jurídicas colombianas, posibilidad que no está prohibida ni permitida por nuestros AI. Cabe recordar que el derecho internacional no proscribe, de manera general, la extensión de la jurisdicción espacial de la legislación de un Estado ni que sus autoridades se declaren competentes en la aplicación de sus leyes —sin desconocer que cada Estado ejerce jurisdicción y soberanía exclusiva en su propio territorio— (Monroy, 2012, p. 35). En otras palabras, los AI, por el solo hecho de ser negociados con una contraparte extranjera, podrían incorporar y validar reglas, instituciones y figuras jurídicas extranjeras, en la medida en que ello no implique interferencia con las normas nacionales de orden público.

Volviendo a la realidad nacional, y en relación con la pertenencia de los AI al ordenamiento jurídico peruano, es pertinente recordar que —si bien es cierto no se los incorporaría al sistema jurídico como una norma jurídica con efectos generales, tal como sucede con un tratado que, en principio, se entiende que posee rango legal por disposición constitucional— sí podría considerarse que los AI son fuente de derecho nacional. Recuérdese que el Tribunal Constitucional ha señalado que el contrato es expresión de la autonomía de la voluntad y fuente del derecho y tiene su fundamento en normas constitucionales tales como el inciso 14 del artículo 2 de la Constitución, el cual señala que toda persona tiene derecho a contratar con fines lícitos; y el inciso

389

LOS ACUERDOS
INTERINSTITU-
CIONALES EN LA
PRÁCTICA PERUANA
DE DERECHO INTER-
NACIONALTHE INTERINSTI-
TUTIONAL AGREE-
MENTS IN THE PE-
RUVIAN PRACTICE
OF INTERNATIONAL
LAW

3 del artículo 28 de la Constitución, el cual dice que la convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de los concertados. En otras palabras, debe admitirse que no solo existen normas generales, sino también normas particulares creadas por individuos (José Claver Nina-Quispe Hernández c. el Congreso de la República). En el caso de los AI, se trataría de normas de efecto particular creadas entre una entidad de la AP nacional y una entidad extranjera (o una OI) al establecerse mutuas obligaciones jurídicas que, en caso de ser incumplidas, generarían responsabilidad, por ello, no a nivel del derecho internacional *prima facie* —para ello tendría que incumplirse un AI nacido como instrumento derivado, como se verá en el acápite IV.5—, pero sí a nivel de efectos en dos ordenamientos jurídicos distintos, el nacional y el extranjero. Esto se debería al hecho de que un determinado AI en particular se encuentra sujeto al ordenamiento jurídico que le da origen y a su sistema de solución de diferencias. No obstante, al existir una cláusula de solución de diferencias autocompositiva sin intervención de terceros, se estaría salvando tales dificultades al obligar a las partes a solucionar cualquier disputa vía negociación entre las mismas sin recurrir a terceros.

Ahora bien, si un AI es expresión de la conjunción de voluntades de entidades de la AP de dos Estados distintos, a diferencia de un acuerdo de voluntades entre particulares que solo afecta a los directamente interesados, lo convenido en un AI puede tener determinados efectos en la sociedad⁹. Así, un AI podría ingresar en la categoría de los acuerdos que movilizan recursos humanos, logísticos y económicos estatales en razón de una obligación jurídica contraída convencionalmente y que posee efectos generalizados en medianos o amplios sectores del quehacer social.

IV.2. La publicidad de los acuerdos interinstitucionales

A nivel de la Constitución peruana (artículo 51) se indica que «[l]a publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado». Con la idea de «publicidad» se quiere hacer referencia a que la norma debe hacerse de conocimiento de toda la población a través de un medio de comunicación oficial, que, en el caso peruano, es el *Diario Oficial El Peruano*.

Dado que el AI no es sino una norma con efectos particulares, no se puede exigir la publicidad de este tipo de acuerdos. Por lo tanto, un AI no requiere ser publicado en el *Diario Oficial El Peruano*, como sí ocurre con un tratado del cual la República del Perú ha manifestado su consentimiento y está en vigor (Constitución, artículo 55). Bajo este panorama, ¿quiénes deberían conocer el contenido y la existencia de

9 Marcial Rubio (2009, p. 209) pone como ejemplo de ello a los contratos de financiación y refinanciación de la deuda externa y los compromisos adoptados con organismos financieros internacionales.

los AI suscritos y vigentes? En primer lugar, las partes de tales acuerdos, que serían las entidades públicas que lo suscriben. En segundo lugar, a nivel de la AP peruana, los conocería, en principio, el Ministerio de Relaciones Exteriores (MRE) de la República del Perú —en tanto este ministerio ejerce las funciones rectoras, respecto de otros niveles de gobierno en todo el territorio nacional y en el ámbito internacional, en la negociación y la suscripción de tratados y demás instrumentos internacionales (Ley 29357, artículo 5, numeral 6)—.

En ese contexto, la Oficina de Derecho Internacional Público (ODI), unidad orgánica de la Oficina General de Asuntos Legales, se encarga de revisar los proyectos de AI que esperan suscribir otras entidades públicas de la AP peruana¹⁰, siempre que estas entidades alcancen tales proyectos de instrumentos internacionales a los órganos de línea del MRE. Esta tarea se ve complementada con la revisión que realiza la Dirección General de Tratados (DGT), en el marco de sus competencias. La DGT tiene entre sus funciones custodiar las copias de los AI que suscribe el MRE¹¹ y de aquellas que las otras entidades públicas del Perú llevan a cabo y envían para conocimiento y registro («Reglamento de organización y funciones del Ministerio de Relaciones Exteriores, artículo 129, literal j»). Si bien no se ha identificado una obligación jurídica expresa respecto a la remisión de tales proyectos para ser evaluados, esta práctica sería recomendable por el alto nivel de especialización de ambas dependencias de la Cancillería peruana.

¿Los AI deberían ser conocidos por la población en general? Como ya se especificó, tales instrumentos no requieren ser publicados en el *Diario Oficial El Peruano*. No obstante, habría dos alternativas para que un AI sea de conocimiento del público. La primera es que cada entidad publique los AI que suscribe, aunque dicha posibilidad dependerá de la voluntad de sus funcionarios, al no existir mandato legal que exija su publicación. La segunda es que una determinada persona solicite tal información, en base al Texto único ordenado de la Ley 27806 de transparencia y acceso a la información pública de 2003.

De acuerdo con el dispositivo citado, toda persona debería tener acceso a la información del Estado porque esta se presume pública (artículo 3), salvo que sea catalogada como secreta (artículo 15), reservada (artículo 16) o confidencial (artículo 17). La denegatoria al acceso de la información basada en los artículos 15, 16 y 17 es

10 Es preciso indicar que la ODI emite «opinión legal en cuestiones vinculadas al derecho internacional público» y, específicamente, se pronuncia «sobre los tratados y otros instrumentos internacionales que suscriba el Perú» («Reglamento de organización y funciones del Ministerio de Relaciones Exteriores, artículo 29, literales a y c»).

11 En este contexto, la Dirección General de Tratados se encarga de «[m]antener el registro y archivo de los convenios entre el Ministerio [de Relaciones Exteriores] y otras instituciones extranjeras o nacionales» (Reglamento de organización y funciones del Ministerio de Relaciones Exteriores, artículo 129, literal o).

excepcional (artículo 18). Esta interpretación restrictiva de los supuestos contemplados en calidad de información secreta, reservada o confidencial se produce por la presunción de publicidad (artículo 3, numeral 1) y debido a que el «[...] Estado tiene la obligación de entregar la información que demanden las personas en aplicación del principio de publicidad» (artículo 3, numeral 3). Bajo estos parámetros, entonces, cualquier persona podría solicitar conocer los AI que celebra una determinada entidad de la administración pública peruana y esta se vería en la obligación de entregar esta información, siempre y cuando no sea clasificada bajo las categorías recién señaladas.

Otro aspecto importante referido a la publicación recae en la interrogante sobre qué ocurre en el caso de un AI que deriva de un tratado¹², ¿debería ser publicado? Actualmente, no se ha previsto tal obligación en la legislación peruana; no obstante, es un aspecto que sería adecuado regular. *De lege ferenda*, un AI debería ser público cuando se comporta como desarrollo de un tratado. Esto es así porque, en primer lugar, el tratado es una norma jurídica con rango de ley y debe publicarse; y, en segundo lugar, porque si el AI desarrolla el tratado adquiere estatus normativo y no se podría tener un conocimiento completo de este sin la publicación de aquel. *A contrario sensu*, no se exigiría lo mismo en caso de que el AI no derive de un tratado, por lo que, en este último caso, quedaría la alternativa de acudir al Texto único ordenado de la Ley 27806 de transparencia y acceso a la información pública de 2003.

IV.3. Figuras jurídicas afines a los acuerdos interinstitucionales

Los AI pueden ser confundidos con distintos tipos de acuerdos, por lo que corresponde diferenciarlos. El propósito de esta sección no es exhaustivo; por el contrario, se busca seleccionar aquellos otros tipos de instrumentos que también celebran las entidades públicas, comenzando por los convenios de colaboración (IV.3.1) y los convenios de administración de recursos (IV.3.2). Luego, se pasará a examinar las figuras de memorándum de entendimiento (IV.3.3), acuerdos de hermanamiento (IV.3.4) e instrumentos derivados (IV.3.5).

IV.3.1. Convenios de colaboración

Los denominados «convenios de colaboración» (CDC) se dan en el caso de que una entidad de la AP peruana lleve a cabo un acuerdo con una entidad que no sea un órgano gubernamental extranjero ni una OI, es decir, una persona jurídica de derecho privado nacional o extranjera. Un AI nunca se podría celebrar con una entidad privada.

¹² En el acápite VI.5 sobre la responsabilidad internacional se examina la diferencia entre un acuerdo interinstitucional que deriva de un tratado y uno que, simplemente, no deriva de este.

Es claro que, para los efectos de la política exterior nacional, lo relevante sería el estudio de un CDC con una Organización no gubernamental (ONG) de carácter internacional, es decir, un actor de las relaciones internacionales o —cuando menos— una ONG extranjera que, por medio de un CDC, busca presencia en el Perú. En efecto, «las entidades [de la Administración Pública] pueden celebrar convenios con las instituciones del sector privado, siempre que con ello se logre el cumplimiento de su finalidad y no se vulnere normas de orden público» (Ley 2744, artículo 86, numeral 4). Así, las entidades de la AP llevan a cabo los CDC a través de sus representantes autorizados, dentro de la ley, en el ámbito de su respectiva competencia, de naturaleza obligatoria para las partes y con cláusula expresa de libre adhesión y separación.

Como se observa, a diferencia de los AI, los CDC poseen expresamente y de manera obligatoria por norma una cláusula de libre adhesión y una de libre separación. Respecto de la primera, aparentemente sería redundante. Respecto de la segunda, se buscaría cautelar la posibilidad de separarse de un convenio que pudiera resultar ser poco favorable a los intereses de la entidad.

Asimismo, es de recordar que el MRE ha dado la «Directiva sobre lineamientos para la elaboración y suscripción de convenios de colaboración y/o cooperación interinstitucional» (2015). Dicha Directiva, aplicable solo para los CDC que suscriba el MRE, establece que, a fin de que la Oficina General de Asuntos Legales emita opinión sobre el proyecto de Convenio, se deberá acompañar la siguiente documentación:

- Proyecto de convenio, en físico y en formato digital, debidamente visado por el titular del órgano que lo propone;
- informe de viabilidad técnica, sustentando los beneficios del convenio;
- opinión favorable de la Oficina General de Planeamiento y Presupuesto respecto a la disponibilidad de recursos, en los casos que corresponda;
- documentos o antecedentes generados por las partes durante la etapa de negociación del convenio; y,
- documentos que acrediten la representación legal del representante de la entidad con la que se celebrará el convenio.

IV.3.2. Convenios de administración de recursos con organizaciones internacionales

La Ley 30356, ley que fortalece la transparencia y el control en los convenios de administración de recursos con organizaciones internacionales, de 2015 establece que las entidades públicas y las

empresas integrantes de la actividad empresarial del Estado que, de manera excepcional y autorizada por norma con rango de ley, llevan a cabo convenios de administración de recursos (CAR) con una OI, para proveerse de bienes, servicios u obras con cargo a recursos públicos (artículo 1), deberán contener las siguientes cláusulas (artículo 3):

- (1) Sometimiento del CAR a la referida ley, sin que ello implique desconocer los derechos y obligaciones asumidos por el Estado en el plano internacional ni los privilegios e inmunidades de la OI.
- (9) El CAR no genera efectos u obligaciones en el plano internacional ni compromete al Estado, sino solo a la entidad en el marco de sus atribuciones legales.
- (10) El compromiso de la OI de utilizar los mejores procesos de selección a nivel internacional y el cumplimiento de los principios de la contratación pública.
- (11) La indicación de las razones y condiciones que sustentan la entrega de recursos públicos al organismo internacional (cabe notar que se usa indistintamente organización y organismo).
- (12) El compromiso de la OI de suministrar a la entidad, en el plazo máximo de 5 días hábiles de formulada la solicitud, toda o parte de la documentación que se genere como resultado de la ejecución del CAR.

En tal sentido, es preciso entender que, si bien el CAR y el AI poseen cierta semejanza en tanto ninguno de los dos se celebra a un nivel estatal como un tratado, el primero se diferencia del segundo esencialmente en su objeto. Por lo tanto, si una entidad pública busca, sobre la base de recursos públicos, proveerse de bienes, servicios u obras, por parte de una OI, estará comprendida en el ámbito de la Ley 30356.

IV.3.3. Memorándum de entendimiento

Los memorándum de entendimiento (o MOU, por sus siglas en inglés) son instrumentos de carácter bilateral o multilateral que pertenecen al universo del *soft law*. Por lo dicho, los MOU no establecen obligaciones jurídicas, sino solo recogen la voluntad de los participantes de esforzarse por llevar a cabo las tareas o planes conjuntos propuestos, sin que incurran en responsabilidad jurídica por su incumplimiento.

No obstante lo señalado, en la práctica se ha podido comprobar que las entidades de la AP recurren a los MOU como si de un AI de baja intensidad se tratara, confundiendo uno con otro tipo de instrumento. Para evitar la confusión entre un AI y un MOU es preciso identificar el uso del lenguaje. En el caso de un AI, este contiene un lenguaje esencialmente compromisorio, mientras que un MOU se compone

de uno de índole desiderativo. En este marco, es necesario subrayar algunos elementos que no podrían ser considerados en un instrumento de carácter no vinculante como un MOU. Por ejemplo, el compromiso de mantener la confidencialidad de la información. Otro elemento es la especificación de planes financieros y/o compromisos de carácter económico. En realidad, el detalle de procedimientos o actividades específicas pormenorizadas, así como el uso de cláusulas de solución de diferencias, si bien no desnaturalizarían necesariamente un MOU, sí podrían generar dudas sobre su naturaleza jurídica, colocando al instrumento en una zona gris. Asimismo, disposiciones de entrada en vigor, duración y denuncia son propias de tratados. Parece lógico admitir que un MOU, por razones de practicidad, posea una cláusula en la que se indique desde cuándo empieza a surtir efectos y cuando deja de hacerlo (Schenker, 2015, ítem 21).

De cualquier manera, suele ser usual que en los instrumentos de *soft law* se utilice una cláusula que especifique que el instrumento no genera obligaciones jurídicas para los participantes. Al respecto, es menester comentar que tal disposición, en oposición a la manifestación de sendas obligaciones jurídicas en el resto del instrumento, aparecería como carente de coherencia e incluso, y dependiendo del contexto, podría resultar ser ineficaz (Schenker, 2015, ítem 20). En todo caso, cabe señalar que, para la práctica jurídica internacional de algunos Estados, los MOU pueden ser considerados instrumentos de carácter jurídico vinculante—incluso las Naciones Unidas considera a los MOU como vinculantes y sujetos a registro (Naciones Unidas, 2013, p. 71)—. Lo determinante será la revisión del contenido del instrumento, antes que su denominación (memorando de entendimiento, carta de intenciones, etcétera), para identificar si contiene o no obligaciones jurídicas.

IV.3.4. Acuerdos de hermanamiento

Se trata de una figura jurídica que, cronológicamente, precede al Decreto Supremo 031-2007-RE y que fue regulada por medio del Decreto Supremo 052-2005-RE, que crea el Archivo de Acuerdos de Hermanamiento y/o Colaboración entre ciudades peruanas y sus similares en el exterior. En dicha norma se señala que los acuerdos de hermanamiento son «acuerdos interinstitucionales entre entidades descentralizadas de [dos] Estados» (tercer considerando). Dichos acuerdos, al ser mecanismos de cooperación que vinculan a los Gobiernos Locales peruanos con sus similares extranjeros «forman parte de la política exterior [del Perú]» (cuarto considerando).

Lo señalado nos deja entrever que los AI—al vincular a entidades de la AP con sus similares en el exterior o con OI—, en tanto forman parte de la política exterior nacional, deben ser considerados como instrumentos de la mayor importancia jurídica y política y, por ello, deben ser

395

LOS ACUERDOS
INTERINSTITU-
CIONALES EN LA
PRÁCTICA PERUANA
DE DERECHO INTER-
NACIONALTHE INTERINSTI-
TUTIONAL AGREE-
MENTS IN THE PE-
RUVIAN PRACTICE
OF INTERNATIONAL
LAW

cuidadosamente negociados, a fin de dotar al Estado de herramientas de desarrollo y posicionamiento estratégico a escala internacional. Actualmente, dependiendo de si su contenido es o no obligatorio, los acuerdos de hermanamiento asumen la calidad de AI o de acuerdo no vinculante (MOU), respectivamente.

IV.3.5. Instrumentos derivados de tratados

Un instrumento derivado (ID) constituye un instrumento que no tiene la naturaleza jurídica de tratado, pero que permite dar operatividad a algunas de sus cláusulas, ostentando contenido jurídicamente vinculante. Tales instrumentos, al no generar nuevas obligaciones jurídicas, no requieren seguir el procedimiento de aprobación ni perfeccionamiento requerido para los tratados que se encuentra en la Constitución (1993, artículos 56 y 57).

Dichos ID pueden ser acordados entre los Estados que suscribieron el tratado original o entre las entidades que el tratado establece como habilitadas para ello por las partes. En consecuencia, en este contexto, un AI podría ser considerado como un ID. Estos ID o «acuerdos ulteriores» para la aplicación de las disposiciones del tratado (que sirven para la interpretación de un tratado) no deben confundirse con los «acuerdos ulteriores» *sobre* la interpretación del tratado, cuya base jurídica reside también en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (artículo 31, numeral 3, literal a)¹³. Si bien es cierto que el significado de «acuerdo ulterior» puede ser amplio, la intención de la primera parte de la disposición citada es considerar, para efectos de una interpretación auténtica, aquellos acuerdos «[específicos] sobre la interpretación del tratado [...] al que hayan llegado las partes después de la celebración del tratado» (Comisión de Derecho Internacional, 2018, conclusión 4). Así, lo relevante en estos casos es conocer si las partes en un tratado han alcanzado un acuerdo sobre lo que significan sus disposiciones. Por lo tanto, tales acuerdos tampoco se registrarán necesariamente en forma de tratado (Gardiner, 2008, p. 217).

En otras palabras, el ID al que hacemos referencia podría considerarse como una especie dentro de la posible gama de acuerdos ulteriores que se caracteriza por los siguientes elementos: no tener naturaleza de tratado, no versar sobre la interpretación de estos y encontrarse expresamente considerado como posibilidad por las partes en un tratado matriz.

13 «Juntamente con el contexto [del tratado y a efectos de su interpretación] habrá de tenerse en cuenta [...] todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones [...]».

IV.4. ¿Es posible hablar de AI y MOU sujetos a ratificación?

Este punto merece especial atención por las dificultades que reviste. El «Reglamento de la Ley de aeronáutica civil» de 2001 (artículo 12) señala que

[e]l 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 (MTC). Asimismo, puede negociar y suscribir actas o memoranda de entendimiento, los que para entrar en vigencia deben ser ratificados por el [referido] Ministro [...]¹⁴.

El artículo citado distingue dos tipos de instrumento internacional. Por un lado, «acuerdos en materia comercial» y, por otro lado, «actas o memoranda de entendimiento». Los primeros, en tanto contienen obligaciones jurídicas a nivel interestatal, tendrían que seguir el procedimiento de ratificación reservado a los tratados, con la eventual ratificación por Decreto Supremo, porque su naturaleza correspondería precisamente a la de un tratado. Respecto de las segundas, entendemos que entrarían en la categoría de los AI. De usar un lenguaje no vinculante, cosa improbable por la naturaleza de la materia aerocomercial, serían MOU ratificados para ser considerados como «intenciones vigentes».

Se trataría de una especie de AI que no podría entrar en vigor a sola firma, constituyéndose de esta manera en un instrumento que participaría de la jerarquía de la norma que la aprueba (una resolución ministerial). Se recuerda que las resoluciones ministeriales son de rango infralegal y llevan solo la firma del ministro del sector (ocasionalmente más de un ministro) (Rubio, 2009, 141).

Es menester traer a la memoria que, de acuerdo al ROF del MTC (artículo 46), la Dirección General de Aeronáutica Civil ejerce la autoridad aeronáutica civil del Perú y «se encarga de fomentar, normar y administrar el desarrollo de las actividades del transporte aéreo y la navegación aérea civil dentro del territorio peruano». En tal sentido, dicha Dirección tiene como funciones específicas «negociar y suscribir acuerdos en materia aeronáutica de índole técnico o aerocomercial» (artículo 47, incisos f y n). En tanto solo el presidente de la República o el canciller, según estipula la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (artículo 7), pueden suscribir tratados —aunque alternativamente otro funcionario premunido de plenos poderes puede ser autorizado a suscribir tratados a nombre del Estado en razón de lo señalado en el artículo de la Convención de Viena citada y el Decreto

14 En ese mismo sentido, ver la Ley 27261 de aeronáutica civil (artículo 9, literal n; artículo 82).

Supremo 0031-2007-RE (artículo 2)—, debemos entender que tales «acuerdos en materia aeronáutica de índole técnico o aerocomercial» deberían ser una suerte de AI, sujeto a «ratificación» vía resolución ministerial.

Ahora bien, en el caso de un AI «ordinario» como aquellos a los que hace referencia el Decreto Supremo 031-2007-RE, ¿se podría establecer el requisito de la «ratificación» o del cumplimiento de alguna condición para que tal instrumento entre en vigor o despliegue sus efectos jurídicos? En teoría, podríamos decir que sí es posible, aun cuando no se haya dado en la práctica. En todo caso, no existe prohibición al respecto ni en el Decreto Supremo citado ni en la normativa revisada, por lo que, hipotéticamente, la norma que serviría eventualmente para confirmar la validez de lo acordado en un AI, podría ser una resolución ministerial.

Volviendo al caso de los AI y los MOU sujetos a ratificación en el ámbito de la Ley 27261 de aeronáutica civil de 2001, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de la República conoció de un proceso de acción popular incoado contra la Resolución Ministerial 412-2011-MTC/02 de 2011, por la cual se ratificó el «Memorándum de entendimiento entre las autoridades aeronáuticas civiles de la República del Perú y la República de Chile» (Roberto Edmundo Angulo Álvarez c. Ministerio de Transportes y Comunicaciones). En relación con este asunto, es menester señalar que el instrumento, que fue suscrito el Director General de Aeronáutica Civil del MTC y aprobado por resolución ministerial firmada por el Ministro de Transportes y Comunicaciones, contiene obligaciones jurídicas, por lo que su naturaleza se asimilaría a la de un AI, antes que a la de un MOU.

IV.5. La responsabilidad por el incumplimiento del acuerdo interinstitucional

Uno de los temas más complejos en el estudio del AI es el de determinar si su incumplimiento supone la vulneración de una obligación internacional y si, por ello, configura la responsabilidad internacional del Estado. De acuerdo con el «Proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos» de 2001 (PAREHII), «[t]odo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional». Es decir, si un Estado comete un hecho internacionalmente ilícito (HII), se produce *ipso facto* su responsabilidad internacional. Para que se configure un hecho ilícito internacional, es necesario un comportamiento, sea una acción o una omisión, que posea los dos siguientes elementos: (1) que sea atribuible a un determinado Estado conforme al derecho internacional; y (2) que constituya una violación de una obligación internacional de ese Estado (PAREHII,

2001, artículo 3). Siguiendo a Sferrazza Taibi (2017, pp. 276-279), el primer elemento refiere a la imputabilidad y el segundo, a la ilicitud.

En primer lugar, un AI *per se* no constituye una «nueva» fuente del derecho internacional, porque no surge de sujetos de derecho internacional en cuanto tales y tampoco es un mecanismo formal por el cual se construyan normas jurídicas internacionales. Si no es una fuente del derecho internacional, entonces, no debería generar obligaciones internacionales, salvo que se pudieran presentarse cualquiera de las siguientes situaciones:

- (1) Los Estados quisieran valerse de sus entidades administrativas para contraer obligaciones internacionales; o,
- (2) se trate de un AI como instrumento derivado de un tratado.

En el caso del punto (1) no estaríamos ante AI propiamente dichos, sino ante tratados. En este punto, es interesante notar que —revisando el Archivo Nacional de Tratados— se ha podido verificar que, antes de la dación del Decreto Supremo 031-2007-RE de 2007, el Estado peruano llevaba a cabo tratados que se asemejaban, por la redacción empleada, a los AI, en tanto que aparentemente se establecían relaciones jurídicas entre una entidad de la AP nacional con su par extranjero. Y es pertinente hacer énfasis en que los acuerdos previos a la dación del AI —los cuales involucraban a entidades de la AP nacional (las que en apariencia eran partes en el mismo) y que eran firmados por el canciller o el presidente de la República, y que incluso eran luego sometidos a un proceso de ratificación interna— no podrían ser considerados como AI en el sentido del Decreto Supremo 031-2007-RE (2007), en razón del principio de no retroactividad de las normas jurídicas, en armonía con lo establecido en la Constitución Política del Perú (artículo 103).

Sin embargo, en lo que se refiere al punto (2), como se desprende del Decreto Supremo 031-2007-RE (artículo 6), un AI puede «deriv[ar] [...] de un tratado previamente adoptado», con lo que, en caso de ser incumplido, se estaría de manera indirecta incumpliendo con una obligación internacional, aunque ello no debe ser confundido con la fuente de derecho internacional de la obligación —que no es el AI, sino el tratado—. En otras palabras, al no cumplir con lo dispuesto en el AI (acción de implementación de lo acordado en el tratado, no fuente) no se cumpliría con el tratado (la fuente de derecho internacional).

En tal sentido, cuando un AI no se ve precedido por un tratado, no es posible sostener que exista algún tipo de obligación internacional en juego, sino solo obligaciones jurídicas entre las entidades públicas. Sin embargo, no se puede señalar lo mismo de un AI que sí se ve precedido de un tratado y que deriva de este. En este caso, el AI funciona como un desarrollo reglamentario del tratado, puesto que versará sobre algún

399

LOS ACUERDOS
INTERINSTITU-
CIONALES EN LA
PRÁCTICA PERUANA
DE DERECHO INTER-
NACIONALTHE INTERINSTI-
TUTIONAL AGREE-
MENTS IN THE PE-
RUVIAN PRACTICE
OF INTERNATIONAL
LAW

aspecto en específico de este en el que, únicamente, se involucre el despliegue de las competencias de los órganos de las partes del tratado que hayan sido identificados en su texto.

Un ejemplo que clarifica este punto es lo dispuesto en el «Convenio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la Federación Rusa sobre cooperación y asistencia mutua en asuntos aduaneros», que fue suscrito el 7 de julio de 2011 y entró en vigor del 22 de noviembre de 2013. El objeto de este tratado se especifica en su propio título y se destina, *inter alia*, a prevenir infracciones aduaneras y garantizar la debida recaudación de tributos. En su artículo 18.1 (implementación), se señala lo siguiente: «La asistencia brindada en virtud del presente Convenio será proporcionada directamente por las Administraciones Aduaneras, las *que podrán convenir acuerdos específicos con ese fin*» (cursivas agregadas).

En efecto, el artículo 18.1 establece que las Administraciones Aduaneras de la República del Perú y de la Federación Rusa pueden celebrar «acuerdos específicos» destinados a proporcionar asistencia. Desde una interpretación literal de tal disposición, no se obtiene que tales acuerdos específicos se celebren a nivel de Estados, sino solo en el plano de las Administraciones Aduaneras. De esta manera, el artículo comentado estaría autorizando la suscripción de AI entre tales entidades públicas con el fin de implementar la asistencia prevista en el Convenio. Por lo tanto, se trataría de unos AI que cumplen la función de reglamentar el Convenio citado.

Tales AI no crean obligaciones internacionales *per se*, pero, al desprenderse de un tratado como el del ejemplo, su incumplimiento no solo debería ser analizado desde una óptica interinstitucional, sino en el plano convencional internacional. Por lo tanto, si se incumple un acuerdo interinstitucional derivado del artículo 18.1 del Convenio, si bien este es celebrado por entidades públicas, puede generarse responsabilidad internacional de los Estados partes del Convenio. Esto es así porque no se debe olvidar que una entidad pública es un órgano del Estado y, para efectos de la responsabilidad internacional, «[s]e considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado» (PAREHII, 2001, artículo 4.1). Por lo tanto, la actuación de cada Administración Aduanera de nuestro ejemplo no puede entenderse aisladamente, sino que su desenvolvimiento debe ser examinado a la luz de la dimensión del cumplimiento de las obligaciones que tienen la República del Perú

y la Federación Rusa, en su calidad de partes del Convenio, dado el principio *pacta sunt servanda*.

Ahora bien, ¿qué sucedería si en el AI se pactase que el incumplimiento de tal acuerdo no supone la violación de una obligación internacional? ¿Se podría acordar tal cláusula de exoneración? Esta pregunta es fundamental y permite aclarar aspectos adicionales del alcance que tiene un AI. En el caso de un AI que no está precedido por un tratado, puede que, aparentemente, no haya mayor dificultad, puesto que, si no existe una obligación internacional que sirva de contexto de tal instrumento, entonces no podrá afirmarse que se configura la violación de una obligación internacional con el incumplimiento del AI. En consecuencia, la cláusula de exoneración podría, inclusive, no estar expresamente pactada y no habría mayor riesgo, tratándose de una salvaguarda que nos remitiría directamente a la experiencia pasada —ya anotada *supra*—, en la que ciertos tratados eran, por su redacción, similares a los actuales AI.

En lo que concierne a un AI que se desprende de un tratado, el incumplimiento de aquel puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, al suponer la violación de una obligación internacional convencional. Si el AI cumple la función de reglamentar el tratado, la presencia de una cláusula de exoneración en aquel supondría afirmar que ciertos incumplimientos del tratado, que se producen en el contexto del referido AI, no serían concebibles como vulneraciones a sus obligaciones convencionales internacionales.

Este panorama introduciría un aspecto verdaderamente problemático que atacaría directamente la distinción entre «acuerdo celebrado entre Estados» y «acuerdo celebrado entre entidades públicas de tales Estados», dado que este segundo instrumento está funcionando para evaluar el cumplimiento del primero. Esto nos lleva a la conclusión que no es posible celebrar una cláusula de exoneración de responsabilidad internacional, sino que, más bien, lo que se tiene son dos posibilidades a examinar:

- (1) Se puede pactar una cláusula por la cual se señale que el AI *no crea* obligaciones internacionales. Esta disposición sería admitida porque tal aseveración sería sintomática a la propia definición del AI: un instrumento internacional de este tipo no genera nuevas obligaciones internacionales, al no ser fuente del derecho internacional.
- (2) Se opte por prescindir de una cláusula por la cual se señale que el AI no es obligatorio desde el punto de vista internacional. Ello en tanto que el AI derivado del tratado, al provenir de esta

401

LOS ACUERDOS
INTERINSTITU-
CIONALES EN LA
PRÁCTICA PERUANA
DE DERECHO INTER-
NACIONALTHE INTERINSTI-
TUTIONAL AGREE-
MENTS IN THE PE-
RUVIAN PRACTICE
OF INTERNATIONAL
LAW

fuerza y servir a la misma para su ejecución, posee obligaciones internacionales derivadas.

En suma, el AI no es un mecanismo destinado a derruir el principio del *pacta sunt servanda*, sino que el tratado del que se deriva se seguirá considerando obligatorio. Además, cabe añadir que las entidades de la AP, no pueden, por medio de un AI, modificar la voluntad de los Estados de implementar el tratado matriz. Al invocar la irresponsabilidad del Estado en caso de incumplimiento del AI por parte de las entidades de la AP, estas se estarían extralimitando y yendo contra la *ratio* del tratado.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

El derecho internacional no es, de ningún modo estático. El AI responde a esta evolución a la que se somete el derecho internacional en su afán por regular la sociedad internacional (*ubi societas, ibi ius*). El AI es, por lo tanto, un instrumento internacional que responde a las necesidades de especialización de las entidades públicas en el contexto de la globalización. La posibilidad de celebrar un instrumento de este tipo es bastante restrictiva, al menos para la legislación peruana, puesto que tal factibilidad reside en las competencias materiales de la correspondiente entidad pública.

La presencia del AI en la sociedad internacional, a raíz de su uso cada vez mayor, no supone de ninguna manera la desaparición del tratado ni tampoco lo sustituye. Esto es así porque el tratado involucra al Estado como un todo y el AI solo a las entidades públicas en específico, por lo que este tipo de acuerdo encuentra todavía un lugar secundario entre los instrumentos internacionales conocidos.

En el presente trabajo, se han analizado algunos de los principales desafíos que supone el AI como figura jurídica. De todos ellos, cabe destacar aquí el de su relación con el tratado, cuando deriva de este, y de la posible generación de responsabilidad internacional en caso de incumplimiento de un AI ligado al tratado. En el primer caso, el desarrollo del tratado a través de un AI debería estar autorizado por alguna cláusula habilitante que se encuentre en él. En este contexto, el AI se vuelve un modo de reglamentación ágil del tratado, pero que, por esa misma razón, debería publicarse, pese a que la regulación actual en la materia no se pronuncie expresamente al respecto. En el segundo caso, no se puede desconocer la regla que establece que un órgano del Estado es el Estado en sí mismo, a efectos de la atribución de su responsabilidad internacional. Este aspecto, aunque sea de difícil resolución al día de hoy, nos invita a reflexionar sobre la pertinencia de incluir cláusulas de exoneración de responsabilidad internacional en un AI, lo que se nos presenta como una especie de admisión tácita de la proyección internacional de porciones

del Estado (las entidades de la administración pública) sin este, en calidad de sujeto de derecho internacional. La inoperancia o deslegitimación de tales cláusulas destruiría la diferencia entre acuerdos interestatales (tratados) y acuerdos entre entidades públicas de diferentes Estados (AI), tal vez dándole mayor coherencia al concepto de obligación internacional, pero privando al Estado de una herramienta ágil y eficaz en sus relaciones exteriores, ignorando de paso la cada vez mayor y más profunda complejidad de las relaciones internacionales.

REFERENCIAS

Abugattas, G. (2015). Acuerdos internacionales administrativos y acuerdos interinstitucionales: Comentarios a las regulaciones española, mexicana y peruana. *Ars Iuris Salmanticensis*, 3, 257-261.

Arce, E. (2013). *Teoría del derecho*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Bonifaz, G. (2016). Los acuerdos interinstitucionales. *Revista Política Internacional*, 122, 9-42.

Calvo, A. & Carrascosa, J. (2014). *Derecho internacional privado*. Volumen 1. Granada: Comares.

Comisión de Derecho Internacional. (2006). *Fragmentación del derecho internacional: Dificultades provenientes de la diversificación y expansión del derecho internacional*. Doc. A/CN.4/L.682. Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional, finalizado por Martti Koskeniemi.

Comisión de Derecho Internacional. (2008). *Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados*. A/RES/73/202. Resolución aprobada por la Asamblea General el 20 de diciembre de 2018.

Díez de Velasco, M. (2016). *Las organizaciones internacionales*. Madrid: Tecnos.

Distefano, G. (2015). L'accord tacite ou l'univers parallèle du droit des traités. *Questions of International Law, Zoom-in*, 18, 17-37.

Gardiner, R. (2008). *Treaty Interpretation*. Oxford: Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/law/9780199597048.001.0001>

Kolb, R. (2016). *The Law of Treaties. An Introduction*. Northampton: Elgar. <https://doi.org/10.4337/9781785360152>

Martín Tirado, R. (2011). El concepto de entidad pública en el ordenamiento jurídico peruano y su incidencia en el régimen de organización de la Administración pública. *Derecho & Sociedad*, 36, 103-119.

Mezarina García, S. (2015). Paz y seguridad en la Sociedad Internacional. *Docentia et investigatio*, 17(2), 149-162.

Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia (s.f.). *Guía jurídica de instrumentos internacionales y acuerdos interadministrativos*. Dirección de Asuntos

403

LOS ACUERDOS
INTERINSTITU-
CIONALES EN LA
PRÁCTICA PERUANA
DE DERECHO INTER-
NACIONALTHE INTERINSTI-
TUTIONAL AGREE-
MENTS IN THE PE-
RUVIAN PRACTICE
OF INTERNATIONAL
LAW

Jurídicos Internacionales. Recuperado de <https://www.cancilleria.gov.co/juridicainternacional/tratados/guia>

Monroy, M. (2012). *Tratado de derecho internacional privado*. Bogotá: Temis.

Naciones Unidas (2013). *Manual de tratados*. Recuperado de <https://treaties.un.org/doc/source/publications/thb/spanish.pdf>

Orozco, L. (2016). Carácter y alcance de los acuerdos interinstitucionales en el sistema jurídico mexicano. *Cuestiones Constitucionales*, 34, 27-63. <https://doi.org/10.1016/j.rmdc.2016.07.002>

Rubio, M. (2009). *El sistema jurídico. Introducción al derecho*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Schenker, C. (2015). *Practice Guide to International Treaties*. Berna: Federal Department of Foreign Affairs de la Confederación Suiza.

Secretaría de las Naciones Unidas (2018). *Statement of Treaties and International Agreements Registered or Filed and Recorded with the Secretariat during the Month of September 2018*. ST/LEG/SER.A/859. Recuperado de <https://treaties.un.org/doc/Publication/Monthly%20Statement/2018/09/monstate.PDF>

Sferrazza Taibi, P. (2017). Hecho ilícito internacional. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 13, 271-282. <https://doi.org/10.20318/eunomia.2017.3823>

JURISPRUDENCIA, NORMATIVA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Acuerdo interinstitucional de cooperación científica y técnica entre el Instituto Nacional de Meteorología e Hidrología de la República del Ecuador y el Servicio Nacional de Meteorología e Hidrología de la República del Perú. Recuperado de https://www.mindef.gob.pe/informacion/documentos/16.12.199_acuerdoSENAMI.pdf

Acuerdo interinstitucional internacional para la cooperación en materia de inocuidad de los alimentos procesados industrialmente entre el Ministerio de Salud de la República del Perú, a través de la Dirección General de Salud Ambiental e Inocuidad Alimentaria, y el Ministerio de Desarrollo Rural y Tierras del Estado Plurinacional de Bolivia a través del Servicio Nacional de Sanidad Agropecuaria e Inocuidad Alimentaria. Suscrito el 1 de setiembre de 2017. Recuperado de http://www.digesa.minsa.gob.pe/convenios/ACUERDO_PERU_BOLIVIA.pdf

Carta de las Naciones Unidas y Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. 26 de junio de 1945.

Constitución Política del Perú.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Doc. A/CONF39/27. 23 de mayo de 1969.

Convenio básico de cooperación técnica y científica entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República del Perú. Ratificado por Decreto Supremo 053-99-RE. En vigor desde el día 17 de enero de 2001

Convenio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la Federación Rusa sobre cooperación y asistencia mutua en asuntos aduaneros. Suscrito el 7 de julio de 2011. Entrada en vigor: 22 de noviembre de 2013.

Decreto Supremo 004-2019-MINJUS. Texto único ordenado de la Ley 27444. 22 de enero de 2019. *Diario Oficial El Peruano*, 25 de enero de 2019.

Decreto Supremo 006-2017-MINJUS. Texto único ordenado de la Ley 27444. 17 de marzo de 2017. *Diario Oficial El Peruano*, 20 de marzo de 2017.

Decreto Supremo 031-2007-RE. Adecuan normas nacionales sobre otorgamiento de plenos poderes al derecho internacional contemporáneo. 21 de mayo de 2007. *Diario Oficial El Peruano*, 22 de mayo de 2007.

Decreto Supremo 052-2005-RE. Creación del Archivo de Acuerdos de Hermanamiento y/o Colaboración entre ciudades peruanas y sus similares en el exterior. 5 de julio de 2005.

Decreto Supremo 118-2013-PCM. Decreto Supremo que dispone la difusión de las normas de alcance general sin vigencia del Poder Ejecutivo —periodo enero 2001 a enero 2013— e inicia la segunda etapa del proceso de depuración de normas sin vigencia del Poder Ejecutivo. 30 de octubre de 2013. *Diario Oficial El Peruano*, 1 de noviembre de 2013.

Directiva 002-DGT/RE-2013. Lineamientos generales internos sobre la suscripción, perfeccionamiento interno y registro de los tratados. Ministerio de Relaciones Exteriores. 16 de marzo de 2013.

Directiva sobre lineamientos para la elaboración y suscripción de convenios de colaboración y/o cooperación interinstitucional. Resolución 976 de la Secretaría General del Ministerio de Relaciones Exteriores. 25 de mayo de 2015.

Disposiciones relacionadas a la definición del concepto de entidad pública y la validación del registro preliminar de las entidades públicas del Estado peruano. Directiva 002-2010-PCM/SGP. 16 de diciembre de 2010.

José Claver Nina-Quispe Hernández c. Congreso de la República. Tribunal Constitucional del Perú. Expediente 047-2004-AI/TC. 24 de abril de 2006.

Ley 1150 de 2007 [Colombia]. Ley por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos. 16 de julio de 2017.

Ley 27261 de aeronáutica civil. 8 de marzo de 2000. *Diario Oficial El Peruano*, 10 de mayo de 2000.

Ley 27444. Ley del procedimiento administrativo general. Aprobada por Decreto Supremo 031-2019-JUS. 22 de enero de 2019. *Diario Oficial El Peruano*, 25 de enero de 2019.

Ley 27806. Texto Único Ordenado de la Ley de transparencia y acceso a la información pública. Aprobado por el Decreto Supremo 043-2003-PCM. 22 de abril de 2003. *Diario Oficial El Peruano*, 24 de abril de 2003.

405

LOS ACUERDOS
INTERINSTITU-
CIONALES EN LA
PRÁCTICA PERUANA
DE DERECHO INTER-
NACIONALTHE INTERINSTI-
TUTIONAL AGREE-
MENTS IN THE PE-
RUVIAN PRACTICE
OF INTERNATIONAL
LAW

Ley 29158. Ley Orgánica del Poder Ejecutivo. 19 de diciembre de 2007. *Diario Oficial El Peruano*, 20 de diciembre de 2007.

Ley 29357 de organización y funciones del Ministerio de Relaciones Exteriores. 30 de abril de 2009. *Diario Oficial El Peruano*, 12 de mayo de 2009.

Ley 30356. Ley que fortalece la transparencia y el control en los convenios de administración de recursos con organizaciones internacionales. 15 de octubre de 2015. *Diario Oficial El Peruano*, 5 de noviembre de 2015.

Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados. Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas. Texto de los proyectos de conclusión aprobados por el Comité de Redacción en segunda lectura. A/CN.4/L.907. 70 periodo de sesiones, 2018.

Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales. Aprobado por la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas. A/56/10. 2011.

Proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas AG/56/83. 12 de diciembre de 2001.

Reglamento de la Ley 27261 de aeronáutica civil. Aprobado por la Resolución Ministerial 412-2011-MTC/02 (2011). Incluye la ratificación del Memorándum de entendimiento entre las autoridades aeronáuticas civiles de la República del Perú y la República de Chile. 10 de junio de 2011.

Reglamento de organización y funciones del Ministerio de Relaciones Exteriores. Decreto Supremo 135-2010-RE. 17 de diciembre de 2010. *Diario Oficial El Peruano*, 18 de diciembre de 2010.

Reglamento de organización y funciones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones. Aprobado por Decreto Supremo 021-2007-MTC. 6 de julio de 2007. (2007)

Reglamento de organización y funciones del Servicio Nacional de Meteorología e Hidrología del Perú -SENAMHI. Decreto Supremo 003-2016-MINAM. 24 de mayo de 2016. *Diario Oficial El Peruano*, 25 de mayo de 2016.

Resolución Ministerial 374-2010-PCM. Aprobación de la directiva Disposiciones relacionadas a la definición del concepto de entidad pública y la validación del registro preliminar de las entidades públicas del Estado Peruano. 14 de diciembre de 2010.

Roberto Edmundo Angulo Álvarez c. Ministerio de Transportes y Comunicaciones. Corte Suprema de Justicia de la República-Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente. Sentencia A.P. 19149-2016. 28 de junio de 2017.

Recibido: 14/01/2019

Aprobado: 15/04/2019