EXP. N.° 00002-2009-PI/TC

SENTENCIA DEL PLENO JURISDICCIONAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

DE 5 DE FEBRERO DE 2010

PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD

40 Congresistas de la República (demandante)

contra

el Poder Ejecutivo (demandado)

Asunto:

Demanda de Inconstitucionalidad interpuesta por 40 Congresistas de la República, contra el Acuerdo de Libre Comercio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República de Chile, que modifica y sustituye el ACE N° 38, sus Anexos, Apéndices, Protocolos y demás instrumentos que hayan sido suscritos a su amparo, ACUERDO DE LIBRE COMERCIO PERÚ-CHILE, que fue ratificado por el Presidente de la República por Decreto Supremo N.° 057-2006-RE, publicado el 26 de agosto de 2006 en el diario oficial *El Peruano*, que fue enmendado mediante el Decreto Supremo N° 052-2008-RE, publicado el 21 de noviembre de 2008 en el diario oficial *El Peruano* y que entró en vigencia a partir del 1 de marzo de 2009, mediante Decreto Supremo N° 10-2009-MINCETUR, expedido el 21 de febrero de 2009 y publicado en el diario oficial *El Peruano* el 22 de febrero de 2009.

VERGARA GOTELLI
MESÍA RAMÍREZ
LANDA ARROYO
BEAUMONT CALLIRGOS
CALLE HAYEN
ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA

SUMARIO

I. ASUNTO

II. DATOS GENERALES

III. ANTECEDENTES
1. Demanda
2. Contestación de la demanda

IV. MATERIAS CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTES

Precisión del petitorio de la demanda

Competencia del Tribunal Constitucional

Análisis de constitucionalidad del ALC PERÚ-CHILE

1. Soberanía del Estado peruano
2. Integridad territorial del Estado peruano
3. Inalienabilidad e inviolabilidad marítima
4. Expropiación por seguridad nacional
5. Mecanismos de solución de controversias
6. Obligaciones financieras y servicios financieros
7. Supuesta aplicación retroactiva del Acuerdo Perú-Chile e inversiones cubiertas
8. Procedimiento de devolución de pago de aranceles
9. Potestad sancionadora del MINCETUR y certificados de origen
10. Procedimiento de despacho rápido de mercancías
11. Las materias competentes de los Tratados
11.a) Tratados aprobados por el Congreso de la República
11.b) Tratados aprobados por el Poder Ejecutivo

V. FUNDAMENTOS

VI. FALLO

EXP. N.° 00002-2009-PI/TC
LIMA
40 CONGRESISTAS DE LA
REPÚBLICA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 5 días del mes de febrero de 2010, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Landa Arroyo, Beaumont Callirgos, Calle Hayen y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto del magistrado Eto Cruz que se adjunta.

I. ASUNTO

Demanda de Inconstitucionalidad interpuesta por Juvenal Ordóñez Salazar y otros congresistas, que en conjunto superan el 25% del número legal de congresistas, contra el Acuerdo de Libre Comercio celebrado entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República de Chile, que modifica y sustituye el ACE N° 38, sus Anexos, Apéndices, Protocolos y demás instrumentos que hayan sido suscritos a su amparo, ACUERDO DE LIBRE COMERCIO PERÚ-CHILE, que fue ratificado por el Presidente de la República por Decreto Supremo N° 057-2006-RE, publicado el 26 de agosto de 2006 en el diario oficial *El Peruano*, que fue enmendado mediante el Decreto Supremo N° 052-2008-RE, publicado el 21 de noviembre de 2008 en el diario oficial *El Peruano*, y que entró en vigencia a partir del 1 de marzo de 2009, mediante Decreto Supremo N° 10-2009-MINCETUR, expedido el 21 de febrero de 2009 y publicado en el diario oficial *El Peruano* el 22 de febrero de 2009.

II. DATOS GENERALES

Tipo de proceso:	Proceso de Inconstitucionalidad
Demandante	Juvenal Ordóñez Salazar y otros.
Norma sometida a control:	Demanda de Inconstitucionalidad interpuesta por Juvenal Ordoñez Salazar y otros congresistas, contra el Acuerdo de Libre Comercio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República de Chile, que modifica y sustituye el ACE N° 38, sus Anexos,

Apéndices, Protocolos y demás instrumentos que hayan sido suscritos a su amparo, ACUERDO DE LIBRE COMERCIO PERÚ-CHILE, que fue ratificado por el Presidente de la República por Decreto Supremo Nº 057-2006-RE, publicado el 26 de agosto de 2006 en el diario oficial *El Peruano*, que fue enmendado mediante el Decreto Supremo Nº 052-2008-RE, publicado el 21 de noviembre de 2008 en el diario oficial *El Peruano* y que entró en vigencia a partir del 1 de marzo de 2009, mediante Decreto Supremo Nº 10-2009-MINCETUR, expedido el 21 de febrero de 2009 y publicado en el diario oficial *El Peruano* el 22 de febrero de 2009.

Normas constitucionales cuya vulneración se alega:	Artículos 51°, 54°, 56°, 102° y 138° de la Constitución Política.
Petitorio:	Se declare la inconstitucionalidad planteada en la demanda de inconstitucionalidad, interpuesta por Juvenal Ordóñez Salazar y otros congresistas, contra el Acuerdo de Libre Comercio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República de Chile, que modifica y sustituye el ACE Nº 38, sus Anexos, Apéndices, Protocolos y demás instrumentos que hayan sido suscritos a su amparo, ACUERDO DE LIBRE COMERCIO PERÚ-CHILE, que fue ratificado por el Presidente de la República por Decreto Supremo Nº 057-2006-RE, publicado el 26 de agosto de 2006 en el diario oficial *El Peruano*, que fue enmendado mediante el Decreto Supremo Nº 052-2008-RE, publicado el 21 de noviembre de 2008 en el diario oficial *El Peruano*, y que entró en vigencia a partir del 1 de marzo de 2009, mediante Decreto Supremo Nº 10-2009-MINCETUR, expedido el 21 de febrero de 2009 y publicado en el diario oficial *El Peruano* el 22 de febrero de 2009.

III. ANTECEDENTES

1. Demanda

El 2 de marzo de 2009 (folio 1), 40 Congresistas de la República interpusieron demanda de inconstitucionalidad contra el Poder Ejecutivo. La disposición que consideran inconstitucional es el Acuerdo de Libre Comercio suscrito entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República de Chile, que modifica y sustituye el Acuerdo de Complementación Económica (ACE N.º 38), sus anexos, apéndices, protocolos y demás instrumentos que hayan sido suscritos a su amparo; el mismo que entró en vigencia el 1 de marzo de 2009 mediante Decreto Supremo N.º 010-2009-MINCETUR, publicado en el diario oficial *El Peruano*, el 22 de febrero de 2009.

Los demandantes consideran que el Acuerdo de Libre Comercio suscrito entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República de Chile (en adelante ALC PERÚ-CHILE) es inconstitucional por cuanto violaría los artículos 51º, 54º, 56º, 102º y 138º de la Constitución. De manera general sostienen que el ALC PERÚ-CHILE debió ser aprobado por el Congreso de la República porque su contenido comporta materias relacionadas con la soberanía nacional, con el dominio del Estado y para su vigencia requerirá necesariamente de un desarrollo legislativo.

Un primer argumento de los demandantes es que las materias contenidas en el ALC PERÚ-CHILE afectan la soberanía nacional. Consideran que la definición de territorio previsto en el artículo 2.2 del citado Acuerdo viola el artículo 54º de la Constitución porque no alude a las 200 millas, que la definición de territorio establecida para el Gobierno de la República de Chile resulta más beneficiosa para este país, y que con ello también se afecta también el artículo 44º de la Constitución.

En segundo lugar, para los demandantes, el Capítulo 16 del ALC PERÚ-CHILE es inconstitucional porque si surgieran controversias entre las Partes no resueltas por las consultas recíprocas y negociaciones directas, deberán recurrir obligatoriamente a un arbitraje internacional ad hoc, eludiendo el hecho de que la Constitución prevé la posibilidad de recurrir a los tribunales nacionales o que se defina libremente la mejor vía a seguir; más aún cuando en el capítulo mencionado se establece que ningún particular tiene derecho de acción frente a la otra Parte, sino a través de los respectivos Estados. I ndican que con ello se restringiría el derecho de los ciudadanos peruanos de recurrir a los tribunales nacionales y solicitar tutela jurisdiccional, y que se estaría renunciando a la jurisdicción nacional para someterse a una nueva forma de solución de controversias. En ese sentido, sostiene que el Acuerdo, al suprimir las instancias judiciales internas de solución de controversias, viola el artículo 138º y 139º inciso 1 de la Constitución.

En tercer lugar, los demandantes estiman inconstitucional el artículo 20.5 (puntos 2 y 3) del ALC PERÚ-CHILE en atención a que de él se derivarían obligaciones financieras para el Estado peruano, al establecer que dentro de un año se incluirá en el Acuerdo un Capítulo referido a los Servicios Financieros y a las Zonas Francas, y que se requerirá una serie de modificaciones o derogaciones legislativas, a fin de que la legislación nacional se adecue a la ejecución del Acuerdo. Consideran pues que, a la luz del artículo 56º de la Constitución, el Acuerdo resulta inconstitucional.

En cuarto lugar, sostienen que la naturaleza jurídica del ALC PERÚ-CHILE no es el de ser un tratado ejecutivo, sino de uno que debió seguir para su aprobación y ratificación el procedimiento establecido en el artículo 56° de la Constitucional nacional. Más aún si se considera que el Acuerdo en cuestión no puede ser considerado, desde ningún punto de vista, uno ejecutorio del Tratado de Montevideo de 1980. Ello porque, según los demandantes, el Tratado de Montevideo no establece directa ni indirectamente obligaciones como las que se derivan del Acuerdo ahora impugnado, no tuvo como objetivo el establecimiento de una zona de libre comercio, y tampoco reguló materias como las de servicios, propiedad intelectual, inversiones, solución de controversias, entre otras.

En el escrito de 1 de octubre de 2009, los demandantes esgrimen argumentos adicionales para sustentar su demanda de inconstitucionalidad. Así, consideran inconstitucional también la parte de Acuerdo en la que se prevé la figura de las inversiones cubiertas. Sostienen que ello es inconstitucional si se considera lo prescrito en el artículo 103° de la Constitución, y que el tratamiento que confiere el Acuerdo a las inversiones cubiertas implica su aplicación retroactiva siendo que el mencionado artículo de la Constitución establece precisamente todo lo contrario. Afirman que esto es manifiestamente más ventajoso para Chile, cuyas inversiones llegan a US$ 6,500 millones de dólares, frente a los US$ 500 millones de dólares de inversión peruana.

Es igualmente inconstitucional para los demandantes el artículo 4.12 del ALC PERÚ-CHILE en la medida que este artículo conlleva necesariamente una modificación del artículo 157° del Decreto Legislativo N.° 1053, Ley General de Aduanas, la misma que prevé sólo dos supuestos de devolución de pago de aranceles (pago indebido y pago en exceso), mientras que el Acuerdo prevé un tercer supuesto, cuya implementación requeriría de una modificación legislativa. Otro dispositivo impugnado por los demandantes tiene que ver con los "envíos de entrega rápida" previsto en el artículo 5.7 del Acuerdo, no obstante que en el artículo 131° del Decreto Legislativo N.° 1053, Ley General de Aduanas, no se prevé este tipo de procedimiento, con lo cual será necesario recurrir a una modificación legislativa.

Se cuestiona también el artículo 4.16.2 del Acuerdo, que tiene que ver con sanciones y responsabilidades. Los demandantes argumentan que dicho artículo es inconstitucional porque en el Acuerdo se establece, en lo que concierne al Perú, que la autoridad acreditada para imponer sanciones frente a un supuesto en que un importador haga declaraciones falsas es el MINCETUR, entidad que no tiene dentro de sus funciones la de imponer este tipo de sanciones, más aún si el artículo 231° de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, establece que la potestad sancionadora solo puede ser otorgada por ley expresa. Precisan que para ello, se requería una modificación legislativa, pues en nuestro ordenamiento jurídico la potestad sancionadora para estos casos lo ostenta la SUNAT, y no el MINCETUR.

2. Contestación de la demanda

El 25 de mayo de 2009, la Procuradora Pública Ad Hoc encargada de la defensa del Poder Ejecutivo contesta la demanda, contradiciéndola y negándola en todos sus extremos, en base a los siguientes fundamentos. En primer lugar, sostiene que la facultad conferida al Presidente de la República por el artículo 118° inciso 11 de la Constitución para celebrar tratados comprende no solamente la capacidad para la suscripción de los mismos, sino que también supone la capacidad para conducir la negociación, adopción y autenticación del texto del tratado, sin la necesidad de recibir instrucciones para ello por parte del Congreso de la República. Que, asimismo, si se concuerda el mencionado artículo con los artículos 56° y 57° de la Constitución, queda claramente en evidencia que la ratificación de los tratados es también potestad del Presidente de la República, con la particularidad de que en aquellos casos referidos a (i) derechos humanos; (ii) soberanía, dominio e integridad del Estado; (iii) defensa nacional; y (iv) obligaciones financieras del Estado, se requerirá la previa aprobación del Congreso; y que en aquellos casos en los que se requiera una modificación constitucional, se deberá seguir el procedimiento establecido para aprobar una reforma constitucional.

Agregar que el Acuerdo de Libre Comercio celebrado entre el Perú y Chile, en tanto se inscribe en el marco general del Tratado de Montevideo de 1980 aprobado por el Congreso de la República, a modo de ampliación y sustitución del Acuerdo de Alcance Parcial de Complementación Económica N.° 38 (ACE N.° 38), y cuyo objeto es constituir una zona de libre comercio entre ambos países, no está comprendido en ninguno de los supuestos mencionados. Por tanto, no requería de la intervención del Congreso para ser ratificado, por lo que, al haber sido celebrado y ratificado por el Presidente Constitucional de la República, en ejercicio de las atribuciones conferidas por las artículos 118°, inciso 11 y 57° de la Constitución, no adolece de causal de inconstitucionalidad alguna.

En segundo lugar, aduce que la definición de "territorio" recogida en el Acuerdo de Libre Comercio no supone una contravención de la definición establecida en el artículo 54° de la Constitución, por cuanto el alcance de las definiciones de territorio incluidas en los acuerdo comerciales internacionales no apuntan a definir el territorio en términos de categoría constitutiva del Estado, sino a definir el ámbito de aplicación geográfica del tratado. Así, en algunas oportunidades, el territorio aduanero de un Estado puede ser más o menos extenso que el territorio del Estado en sentido estricto. Además, la propia definición de territorio que recoge el Acuerdo de Libre Comercio ha sido hecha en referencia al derecho nacional, es decir, a la noción de dominio marítimo reconocida en la Constitución, y al Derecho Internacional, es decir, a la extensión del territorio conforme a los tratados de límites vigentes y a los demás derechos de los que goza el Estado según el derecho de gentes.

En tercer lugar, alega que el hecho de que el Acuerdo de Libre Comercio permita acudir a tribunales arbitrales internacionales no implica una afectación a la soberanía nacional, ya que el propio artículo 63° de la Constitución faculta al Estado y a las demás personas de derecho público a someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. A modo de ejemplo, destaca que el Perú es parte del Convenio de Washington de 1965, que establece el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) como sede para dirimir controversias

En cuarto lugar, señala que el cuestionamiento de la parte demandante respecto a los mecanismos de solución de controversias, en el sentido de que se está privando a los particulares de la facultad de recurrir primero a los tribunales nacionales donde se originó el problema y de su facultad para definir libremente la mejor vía a seguir, carece completamente de fundamento, ya que confunde los dos Capítulos que contiene el ALC referidos a los mecanismos de solución de controversias: (i) El 16, correspondiente a las diferencias que se presenten entres los Estados partes, las cuales por su naturaleza corresponde ser resueltas en el ámbito internacional, para el cual se ha tomado como base el esquema contenido en el *Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias* de la Organización Mundial de Comercio; y (ii) El 11, correspondiente a las diferencias entre un inversionista de una Parte y del otro Estado Parte, cuyo mecanismo (arbitraje internacional) puede activarse en caso cualquiera de los Estados (Perú o Chile) viole alguna obligación y/o compromiso asumido en el Capítulo que otorgue derechos a los inversionistas. Este estándar se encuentra reconocido tanto por el artículo 63° de la Constitución como por el artículo 48° del Decreto Legislativo N.° 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada.

En conclusión, el demandante sostiene que el Acuerdo de Libre Comercio no adolece de vicio alguno de inconstitucionalidad de forma o de fondo, toda vez que el Tratado se ha negociado, celebrado y se ha hecho entrar en vigor respetando escrupulosamente la normativa constitucional e infraconstitucional vigente.

IV. MATERIAS CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTES

Análisis de constitucionalidad del ALC PERÚ-CHILE

1. Soberanía del Estado peruano
2. Integridad territorial del Estado peruano
3. Inalienabilidad e inviolabilidad marítima
4. Expropiación por seguridad nacional
5. Mecanismos de solución de controversias
6. Obligaciones financieras y servicios financieros
7. Supuesta aplicación retroactiva del Acuerdo Perú-Chile e inversiones cubiertas
8. Procedimiento de devolución de pago de aranceles
9. Potestad sancionadora del MINCETUR y certificados de origen
10. Procedimiento de despacho rápido de mercancías
11. Las materias competentes de los Tratados

11.a) Tratados aprobados por el Congreso de la República

11.b) Tratados aprobados por el Poder Ejecutivo.

V. FUNDAMENTOS

Precisión del petitorio de la demanda

1. Del análisis de lo actuado en el presente proceso constitucional de control abstracto, se deriva que los demandantes pretenden que el Tribunal Constitucional declare la inconstitucionalidad del Acuerdo de Libre Comercio suscrito entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República de Chile, que modifica y sustituye el Acuerdo de Complementación Económica (ACE N.° 38), sus anexos, apéndices, protocolos y demás instrumentos que hayan sido suscritos a su amparo; el mismo que entró en vigencia el 1 de marzo de 2009 mediante Decreto Supremo N.° 010-2009-MINCETUR, publicado en el diario oficial *El Peruano*, el 22 de febrero de 2009.

Competencia del Tribunal Constitucional

2. De conformidad con el artículo 200° inciso 4 y con el artículo y 202° inciso 1, el Tribunal Constitucional tiene la competencia para realizar, a pedido de parte, el control Constitucional de los tratados. Debe precisarse que dicho control es posible de ser realizado por cuanto, de conformidad con el artículo 55° de la Constitución, "los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional". Con ello, puede señalarse que "[a] diferencia de las demás formas normativas que se producen en el ámbito del derecho interno peruano, los tratados son fuente normativa, no porque se produzcan internamente, sino porque la Constitución así lo dispone. Para ello, la Constitución, a diferencia de las otras formas normativas, prevé la técnica de la recepción o integración de los tratados en el derecho interno peruano" STC 00047-2004-AI/TC (fundamento 19).

3. El Tribunal Constitucional ha señalado en la STC 00047-2004-AI/TC (fundamentos 19) que los tratados tienen "algunas características especiales que lo diferencian de las otras fuentes normativas. Ello porque, por un lado, los órganos de producción de dicha fuente (esto es, los Estados y los organismos internacionales que celebran el tratado), desarrollan su actividad productora en el ámbito del Derecho Internacional, y por otro, porque su modo de producción (por ejemplo las reglas de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados –negociación, aprobación y ratificación) se rige por el derecho internacional público".

Análisis de constitucionalidad del ALC PERÚ-CHILE

1. Soberanía del Estado peruano

4. De inicio los demandantes sostienen que el ALC PERÚ-CHILE debió ser aprobado por el Congreso de la República porque su contenido comporta materias relacionadas con la soberanía nacional, que requerirá necesariamente de un desarrollo legislativo. El Tribunal Constitucional, al respecto, debe hacer algunas precisiones. En primer lugar, el Tratado en el Capítulo 2.° "Definiciones Generales", artículo 2.2.°, establece la "Definición específica del país", literal a), que establece una definición del territorio del Perú de la siguiente forma: "(a) con respecto al Perú, el territorio continental, las islas, los espacios marítimos y

el espacio aéreo bajo su soberanía o derechos de soberanía y jurisdicción, de acuerdo con el Derecho Internacional y el derecho nacional".

5. Como se puede advertir, resulta claro que la definición sobre "territorio" contenida en el Tratado materia de cuestionamiento no es la misma que la establecida en el artículo 54.° de la Constitución Política del Perú, que señala lo siguiente: "[e]l territorio del Estado es inalienable e inviolable. Comprende el suelo, el subsuelo, el dominio marítimo y el espacio aéreo que los cubre. El dominio marítimo del Estado comprende el mar adyacente a sus costas, así como su lecho y subsuelo, hasta la distancia de doscientas millas marinas medidas desde las líneas de base que establece la ley.

6. En su dominio marítimo, el Estado ejerce soberanía y jurisdicción, sin perjuicio de las libertades de comunicación internacional, de acuerdo con la ley y con los tratados ratificados por el Estado. El Estado ejerce soberanía y jurisdicción sobre el espacio aéreo que cubre su territorio y el mar adyacente hasta el límite de las doscientas millas, sin perjuicio de las libertades de comunicación internacional de conformidad con la ley y con los tratados ratificados por el Estado".

7. Como se advierte, el Tratado específicamente no hace referencia al dominio marítimo del Perú, ni a su extensión de 200 millas marinas, entre otros aspectos esenciales de la integridad territorial, lo que para los demandantes resulta inaceptable, por cuanto se estaría violando la definición constitucional del territorio del artículo 54° de la Constitución. Ponen de relieve que Chile define su territorio, en el Tratado, como "(...) el espacio terrestre, marítimo y aéreo bajo su soberanía y la zona económica exclusiva y la plataforma continental sobre las cuales ejerce derechos soberanos y jurisdicción, de acuerdo con el derecho internacional y su legislación interna". Además, señalan los demandantes que esto incidiría claramente en la demanda internacional planteada ante la Corte de Justicia de La Haya de la República del Perú contra la República de Chile, sobre la delimitación marítima internacional.

8. La teoría constitucional clásica reconoce la existencia de un Estado a partir de tres elementos esenciales: pueblo, poder y territorio. El territorio es definido como "la tierra sobre que se levanta la comunidad Estado, considerada desde su aspecto jurídico, significa el espacio en que el poder del Estado puede desenvolver su actividad específica, o sea la del poder público" (Jellinek, George, *Teoría general del Estado*. Buenos Aires: Edit. Albatros, 1954, p. 135). En consecuencia, en una interpretación acorde con nuestra Constitución el territorio comprende tanto la tierra como el mar y el espacio aéreo, en los límites que el Derecho nacional establece y el Derecho Internacional reconoce.

2. Integridad territorial del Estado peruano

9. En relación a la primera objeción constitucional de los demandantes respecto al incumplimiento literal del mandato constitucional del artículo 54° sobre el territorio en el Tratado de Libre Comercio con Chile, la parte demandada ha señalado que dicho tratado, atendiendo a su objeto y finalidad, define su naturaleza jurídica como uno de libre

comercio. En él cual la definición del espacio de aplicación del tratado se realiza para fines de naturaleza exclusivamente comercial; por eso, en los tratados de libre comercio suscritos por el Perú con los Estados Unidos de América este incorpora comercialmente a Puerto Rico, no siendo constitucionalmente parte de los cincuenta Estados de la Unión, sino un Estado Libre asociado; por ejemplo los Tratados comerciales con la República Popular China, en los que se excluye comercialmente a Hong Kong o Macao, a pesar de ser parte del territorio soberano de dicho país.

10. No obstante lo señalado, el hecho que se configure un espacio comercial sobre la base de un territorio definido en la Constitución resulta necesario para cualquier tratado que sea compatible con el ordenamiento jurídico nacional; ello porque, como es obvio, el Estado peruano ejerce soberanía y jurisdicción sobre la tierra, mar y aire que conforma su territorio. Territorio que es constitutivo del Estado, sin el cual o con menoscabo del mismo se afecta la integridad, inalienabilidad e inviolabilidad del propio Estado. Como ya ha señalado el Tribunal Constitucional en el Exp. Nº 2689-2004-AA:

> "La inalienabilidad significa que el territorio del Estado no es enajenable, esto es, que no se puede traspasar derecho alguno sobre él, ya sea a título oneroso o gratuito. La inviolabilidad implica, por un lado, la obligación del Estado de no permitir profanación o violación alguna sobre su territorio y, en caso de suceder así, tiene el derecho de sancionar judicialmente a sus infractores; de otro lado, también supone la obligación de los otros Estados de respetar su integridad territorial" (fundamento. 2. Voto concurrente).

11. Desde esta concepción constitucional del territorio la presunción de constitucionalidad de los tratados internacionales, celebrados y en vigor por el Estado peruano, quedaría desvirtuada en la medida que no sería manifestación o expresión del mandato del artículo 54º de la Constitución, por cuanto el ALC PERÚ-CHILE desconoce las doscientas millas de dominio marítimo peruano sobre el Mar de Grau. Sin embargo, esta antinomia aparente entre la disposición del ALC PERÚ-CHILE y de la Constitución en materia territorial, no resulta determinante por su enunciado literal, sino a partir de la llamada antinomia sustantiva; es decir de las diferencias sustanciales o contradictorias entre las reglas jurídicas que de la interpretación de las mismas se desprendan.

12. Así las cosas, al Tribunal Constitucional le corresponde realizar una interpretación de los distintos significados de la norma impugnada para establecer si al menos una de ellas es conforme a la Constitución, antes de declarar su inconstitucionalidad literal. De modo que, a menos que una interpretación del artículo impugnado del ALC PERÚ-CHILE sea compatible con el artículo 54º de la Constitución, la declaración de inconstitucionalidad cederá a la declaración interpretativa conforme a la Constitución. Por ello, es pacífico en la jurisprudencia constitucional que no toda declaración de inconstitucionalidad acarree la nulidad de la disposición normativa, no obstante no ser compatible con la Constitución, sino que requerirá para mantener su vigencia una interpretación de ser posible conforme a la Constitución.

13. A mayor abundamiento, en la medida que los tratados celebrados por el Estado peruano y en vigor forma parte del derecho nacional, según el artículo 55° de la Constitución, cabe resaltar que la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, estipula en su artículo 27° que: "Un tratado será obligatorio para cada una de las partes por lo que respecta a la totalidad de su territorio, salvo que la intención diferente se desprenda de él o conste de otro modo". Este es el caso del ALC PERÚ-CHILE, en el que la voluntad de las partes ha sido no excluir espacios o ámbitos de sus territorios.

14. En consecuencia, en este extremo, la demanda debe ser declara infundada, debido a que el literal a) del artículo 2.2.°, sobre la "Definición específica del país", del Capítulo 2.° "Definiciones Generales" del ALC PERÚ-CHILE, es constitucional en tanto que, interpretativamente, el concepto de "territorio continental, las islas, los espacios marítimos y el espacio aéreo bajo su soberanía (…)" se conciba de conformidad con el artículo 54° de la Constitución; es decir, que se entienda que la soberanía y jurisdicción que le compete al Estado peruano abarca al dominio marítimo que ejerce sobre las doscientas millas marinas adyacentes a sus costas, como parte del espacio territorial en el que se aplicará el Tratado de Libre Comercio con Chile.

3. Inalienabilidad e inviolabilidad marítima

15. En relación a la segunda objeción constitucional respecto a la incidencia de dicha limitada definición del territorio peruano para efectos comerciales en la controversia del Estado peruano ante la Corte Internacional de Justicia de La Haya contra el Estado de Chile, referida a la delimitación entre las zonas marítimas de ambos Estado, cabe precisar que los límites fronterizos entre el Perú y Chile fueron establecidos en el Tratado de Lima de 1929, en el cual, de acuerdo a su artículo segundo: "(…) La línea divisoria entre dichas partes y, en consecuencia, la frontera entre los territorios del Perú y Chile, partirá de un punto de la costa que se denominará Concordia". De ahí que el punto de inicio de la frontera marítima a delimitar nazca del punto de la Concordia como señala dicho Tratado. Más aún si en el artículo 19.2. del Capítulo 19 Disposiciones Generales del ALC PERÚ-CHILE se señala que:

> "3. El Tratado de Lima de 1929 y su Protocolo complementario, el Acta de Ejecución del 13 de noviembre de 1999 y su Reglamento, así como el Acuerdo entre la Empresa Portuaria Arica y la Empresa Nacional de Puertos S.A. de 1999, y el Acuerdo Interinstitucional sobre Solución de Controversias de 1999, prevalecerán sobre las disposiciones del presente Acuerdo".

16. En este entendido los tratados de límites fronterizos con Chile son específicos, como el Tratado de Lima de 1929; y no el que se ha suscrito comercialmente, como tampoco los tratados pesqueros celebrados por ambos países (Declaración de Santiago de 1952, suscrita por Chile, Ecuador y Perú y el Convenio sobre la Zona Especial Marítima de 1954), no obstante que en este último se haya establecido coordenadas marinas entre los países, pero con fines de evitar la desorientación de los pescadores.

17. Como es evidente, en esa época el objeto de dicho Convenio era la regulación administrativa en materia pesquera cuando por carecer de conocimiento o de instrumentos

los pescadores artesanales y las pequeñas embarcaciones de la zona de frontera de ambos países traspasaran accidentalmente la zona marítima fronteriza, que no estaba delimitada, a pesar que dicho Convenio usara artificialmente el término límite marítimo.

18. Ello es así, en la medida que no era finalidad de dichos tratados pesqueros establecer límites fronterizos marítimos, y tampoco pueden ser convalidados por el uso o la costumbre, si ello supone una disminución o recorte de la integridad territorial de uno de los Estados parte. Las doscientas millas de mar adyacente a la zona fronteriza sobre la que se asienta el Estado peruano y el Estado chileno, consideradas equitativamente, constituye el dominio marítimo sobre el cual cada Estado puede ejercer su poder público *–ius imperium-*.

19. Por ello, es violatorio de la Constitución peruana y sobre todo de los usos y costumbres del Derecho Internacional, que el Estado chileno en la zona fronteriza con el Perú asegure sus doscientas millas marinas en base al trazado de líneas paralelas a sus costas, en detrimento de las doscientas millas marinas de la zona peruana. Por cuanto, se llegaría al absurdo jurídico de que el Perú hubiera aceptado que su dominio marítimo de 200 millas reconocido por Chile y viceversa, se reduzca en la zona fronteriza de la Región Tacna a sólo 14 millas en la Caleta Vila Vila: en la Región Moquegua a 46 millas en Punta Coles y en la Región Arequipa a 80 millas en Mollendo y 120 millas en Camaná.

20. Pretender que Chile mantenga íntegramente su dominio marítimo de 200 millas en todo el espacio de mar frente a sus costas fronterizas con el Perú, en la actualidad es contrario a la Convención del Mar (CONVEMAR), que ha consagrado jurídicamente el *principio de solución equitativa* para resolver controversias limítrofes marítimas. Lo cual es *ius cogens* en el Derecho Internacional, y aunque el Perú aún no la haya ratificado no por ello ha dejado de reconocer su vigencia y, en consecuencia, darle valor jurídico a través de la ratificación de otros instrumentos internacionales (Resoluciones Legislativas Nos. 27174, 27554, 28281, básicamente).

21. En consecuencia, estos argumentos en calidad de *obiter dicta* confirman que la demanda en ese extremo debe ser desestimada, por no ser contraria directa ni indirectamente al mandato constitucional del artículo 54° de la Constitución.

4. Expropiación por seguridad nacional

22. Los demandantes han señalado que en el punto 11.10 del ALC PERÚ-CHILE se dice que: "1. Ninguna parte expropiará ni nacionalizará una inversión cubierta, sea directa o indirectamente mediante medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización ("expropiación"), salvo que sea: (a) por causa de utilidad pública o propósito público". Lo cual prescinde de las causales constitucionales de "seguridad nacional" previstas en el artículo 70° de la Constitución. Los demandantes objetan la inconstitucionalidad del ALC PERÚ-CHILE porque impediríala expropiación por razones de seguridad nacional.

23. En efecto, el artículo 70° de la Constitución señala que: "[e]l derecho de propiedad es inviolable. El Estado la garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarado por ley y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio" (*énfasis agregado*).

24. La regulación de las garantías de la propiedad y las causales de su expropiación en el ALC PERÚ-CHILE requiere que se otorgue estabilidad y seguridad jurídica a la propiedad de los peruanos en el marco de la Constitución y de las obligaciones internacionales; sin embargo, en la medida que "los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional" (artículo 55° de la Constitución), cabe señalar que: "Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado (…)", según el artículo 26° de la Convención de Viena de 1969.

25. No obstante, la declaración de incompatibilidad del literal a) del punto 11.10 del ALC PERÚ-CHILE con el artículo 70° de la Constitución, requiere de una previa precisión, en la medida que el mencionado literal a), tiene una llamada número once a pie de página que dice: "Para los efectos de este artículo el término propósito público se refiere, en el caso de la Parte peruana a un concepto de derecho internacional consuetudinario. La legislación interna puede expresar este concepto o uno similar usando diferentes términos, tales como utilidad pública, necesidad pública o interés público". Si bien se incorpora a la necesidad pública en dicha nota, en cambio se deja de mencionar a la seguridad nacional en dicha relación. Lo cual hace que el literal a) del dicho artículo no sea plenamente conforme con el artículo 70° de la Constitución.

26. Sin embargo, también es cierto que dicha relación, tal como está formulada, no sería taxativa ni excluyente de otros supuestos expropiatorios, en la medida que el "propósito público" no es incompatible con el supuesto de seguridad nacional, de interés social o del interés general. El Tribunal debe declarar infundada la demanda en este extremo, pues aunque la expropiación por razones de seguridad nacional prevista en la Constitución no está considerada expresamente, eso no lleva a expulsar de nuestro ordenamiento jurídico el literal a) del artículo 11.10 del ALC PERÚ-CHILE, sino que debe otorgársele un sentido interpretativo que incorpora a la seguridad nacional como supuesto jurídico de expropiación de la causal de "propósito público", acorde con la Constitución y el Convenio de Viena.

5. Mecanismos de solución de controversias

27. Para los demandantes el Capítulo 16 del ALC PERÚ-CHILE es inconstitucional porque, de existir controversias entre las Partes no resueltas por las consultas recíprocas y negociaciones directas, deberán recurrir obligatoriamente a un arbitraje internacional *ad hoc*, dejando de lado que la Constitución prevé la posibilidad de recurrir a los tribunales

nacionales o que se defina libremente la mejor vía a seguir. Más aún cuando en el Capítulo mencionado se establece que ningún particular tiene derecho de acción frente a la otra Parte, sino a través de los respectivos Estados. Con ello, según alegan, se restringe el derecho de ciudadanos peruanos de recurrir a los tribunales nacionales y solicitar tutela jurisdiccional, y se estaría renunciando a la jurisdicción nacional para someterse a una nueva forma de solución de controversias. Enfatiza, pues, que el Acuerdo, al suprimir las instancias judiciales internas de solución de controversias, viola los artículos 138° y 139° inciso 1 de la Constitución.

28. Existen en este argumento dos cuestiones que deben ser precisadas por este Colegiado. En primer lugar, debe determinarse si es que el hecho que el Estado peruano haya ratificado lo previsto en el Capítulo 16 del Acuerdo supone una renuncia a su soberanía. Como ha quedado establecido en la jurisprudencia constitucional, el arbitraje tiene una naturaleza constitucional, en la medida que, sin perjuicio de la función jurisdiccional del Poder Judicial, se prevé la existencia de jurisdicción arbitral y militar, según dispone el artículo 139°-1 de la Constitución. Asimismo, el comercio internacional exige seguridad y rapidez en las transacciones, con procedimientos simples, neutrales y eficaces de solución de las controversias que surjan entre las partes. De allí que, en las relaciones de comercio internacional, está asentada la institución del arbitraje internacional, antes que la jurisdicción interna prevista para los conflictos derivados del derecho interno.

29. La Constitución peruana no ha sido ajena a esta realidad jurídica internacional; por ello, en el artículo 62° se ha señalado que "(…) Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley". Y en el artículo 63° *in fine* de la Constitución se ha perceptuado también que "(…) El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley".

30. La legitimidad constitucional del arbitraje se ha visto confirmada en la Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo N° 1071, que regula el arbitraje nacional y el arbitraje internacional, sin perjuicio de lo establecido en tratados o acuerdos internacionales sobre arbitraje, en cuyo caso el Decreto Legislativo será de aplicación supletoria.

31. La determinación de la constitucionalidad y legalidad del arbitraje internacional es importante a efectos de esclarecer si la renuncia a la jurisdicción del Poder Judicial según los demandantes (sin entrar a caracterizar el estado de la justicia, prevista en el Capítulo 16 del ACL PERÚ-CHILE) supone una renuncia a la soberanía jurisdiccional del Estado peruano.

32. Al respecto, la clásica unidad y exclusividad del Poder Judicial para impartir justicia en nombre del pueblo, en que se sustentó el Estado Liberal de Derecho; ha ido

transformándose hacia nuevas formas centrífugas y centrípetas de la justicia en el Perú. En efecto, el Estado democrático y social de Derecho, consagrado en la Constitución de 1979, reconoció junto al Poder Judicial, la existencia a nivel externo de la jurisdicción internacional de la Corte Interamericana de Derecho Humanos, y a nivel interno de la jurisdicción constitucional, arbitral y militar.

33. La Constitución de 1993 no ha podido apartarse del constitucionalismo histórico y además de mantener la justicia internacional de derechos humanos (artículo 205°) y una renovada, jurisdicción constitucional, en este Tribunal Constitucional (artículos 200°-205°), al igual que la jurisdicción arbitral y militar (artículo 139° inciso 1), también ha reconocido a la justicia en materia electoral (artículo 178° inciso 4) y las funciones jurisdiccionales de las Comunidades Campesinas y Nativas (artículo 149°).

34. En consecuencia, la soberanía jurisdiccional no significa monopolio o exclusividad del Poder Judicial en la impartición de justicia en nombre del pueblo; sino más bien pluralidad de administraciones de justicia autónomas en función de su especialidad, pero subordinadas en última instancia al principio de unidad y supremacía constitucional, en un Estado de Derecho como el nuestro. Tampoco el arbitraje supone el reemplazo del Poder Judicial, sino un mecanismo adicional de impartición de justicia en materia fundamentalmente económica.

35. Ahora bien, "agotada la jurisdicción interna, quien se considere lesionado en sus derechos que la Constitución reconoce puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados o convenios de los que el Perú es parte" señala el artículo 205° de la Constitución. En consecuencia, como afirman los demandantes "El Tratado al suprimir las instancias judiciales internas para la solución de controversias y sustituirlas por modalidades internacionales, como el arbitraje, está incidiendo en el ejercicio jurisdiccional de las competencias soberanas del estado. Está creando excepciones a la competencia territorial de las jurisdicción del Estado".

36. Sobre el particular, es pertinente distinguir, por un lado las controversias entre los Estados parte reguladas por el Capítulo 16, y entre un particular inversionista y un Estado, regulada en el Capítulo 11 del ALC PERÚ-CHILE; y esto porque, las relaciones jurídicas entre los Estados y la solución de sus controversias se regulan por el Derecho Internacional y no por el derecho interno de uno u otro país, siempre que sea conforme con la Constitución. De aquí que, para la solución a eventuales controversias económicas internacionales pactadas en dicho tratado, resulta razonable que sea resuelta por un tribunal arbitral internacional, y no por un tribunal nacional o extranjero de una de las partes.

37. En consecuencia, los tratados internacionales sobre la solución de controversias económicas entre Estados son los que establecen los mecanismos jurisdiccionales adecuados de composición intereses. Así, el ALC PERÚ-CHILE ha sido diseñado sobre la base del esquema del "Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por la que se rige la solución de Diferencias de la Organización Mundial de Comercio", el cual forma

parte de los acuerdos de la Organización Mundial de Comercio, incorporados a nuestro ordenamiento mediante Resolución Legislativa Nº 26407; el mismo que forma parte del derecho nacional de conformidad con el artículo 55º de la Constitución.

38. Atendiendo a ello, debe quedar desestimado el extremo de la demanda en el sentido que las controversias interestatales que surjan del marco de la aplicación del ALC PERU-CHILE deben ser resueltas por lo prescrito en el Capítulo 16 de dicho tratado, por tratarse de materias y sujetos sometidos al Derecho Internacional, reglas que no son incompatibles con los artículos 55º, 56º y 57º de la Constitución.

39. En segundo lugar, se alega que el ALC PERÚ-CHILE restringe el derecho de los ciudadanos peruanos de recurrir a los tribunales nacionales a solicitar tutela jurisdiccional, en la medida que el artículo 16.8 del Acuerdo establece que "ninguna Parte podrá otorgar derecho de acción en su legislación nacional contra la otra Parte con fundamento en que una medida de la otra Parte es incompatible con este Acuerdo". El Tribunal Constitucional, con respecto a esta afirmación de los demandantes, debe decir que las reglas de solución de controversias de la relación inversionista-Estado no son las que están previstas en el Capítulo 16 del Acuerdo, sino más bien en la Sección B del Capítulo 11 del mismo.

40. Ahora, desde la perspectiva de la Constitución, el arbitraje es considerado como una excepción a los principios de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. Por el *principio democrático*, el fundamento constitucional del arbitraje viene determinado por la voluntad del constituyente de 1993; es decir, no es el legislador el que ha previsto la institución del arbitraje en nuestro ordenamiento jurídico, sino la propia Constitución en tanto expresión final del poder constituyente. La institución del arbitraje también halla su fundamento constitucional en el principio de *autonomía de la voluntad* (artículo 2 inciso 24, literal a).

41. Cuando los demandantes señalan que el ALC PERÚ-CHILE restringe el derecho de los ciudadanos peruanos a recurrir a los tribunales nacionales, incurren en una afirmación que no se ajusta a la naturaleza de los mecanismos de solución de controversias inversionista-Estado. De la previsión normativa de dicho Acuerdo, no se deriva que exista prohibición para que un inversionista o empresa peruana pueda demandar ante los tribunales nacionales al Estado chileno, y a la inversa; se trata de mecanismos alternativos voluntarios de solución de controversias que ha previsto el propio constituyente. En ese sentido, lo alegado a este respecto por los demandantes no puede ser acogido por este Colegiado.

6. Obligaciones financieras y servicios financieros

42. Los demandantes también estiman inconstitucional el artículo 20.5 (puntos 2 y 3) del ALC PERÚ-CHILE por cuanto, a su entender, de dicho artículo se derivarían obligaciones financieras para el Estado peruano, al establecer que dentro de un año se incluirá en el Acuerdo un Capítulo referido a los Servicios Financieros y a las Zonas Francas. Con lo cual se requerirá una serie de modificaciones o derogaciones legislativas, a fin de que la

legislación nacional se adecue a la ejecución del Acuerdo. En este sentido, consideran que, a la luz del artículo 56° de la Constitución, resulta inconstitucional.

43. El artículo 20.5 del ALC PERÚ-CHILE establece que:

> "(…)
> *Servicios Financieros*
> 2. Las Partes se reunirán 1 año después de la entrada en vigor del presente Acuerdo para negociar un capítulo de servicios financieros sobre una base mutuamente conveniente. Para este efecto, las autoridades competentes llevarán a cabo previamente las coordinaciones correspondientes.
> (…)".

44. El artículo 56° inciso 4 de la Constitución prevé que los tratados que versen sobre "[o]bligaciones financieras del Estado" deben ser aprobados por el Congreso de la República antes de su ratificación por el Presidente de la República. De acuerdo con este artículo, los tratados que generen obligaciones financieras al Estado peruano requieren de su aprobación por parte el Congreso de la República antes de que el tratado sea ratificado por el Presidente de la República. La previsión de tal trámite especial de aprobación concuerda con lo dispuesto por el artículo 102° inciso 4 de la Constitución, que reconoce al Congreso de la República la atribución de aprobar el presupuesto y la cuenta general de la República.

45. La determinación de lo que deba entenderse por "obligaciones financieras del Estado" es relevante para establecer si el ALC PERÚ-CHILE se inserta dentro de lo previsto en el artículo 56 inciso 4 de la Constitución. A juicio de este Colegiado, y a efectos de la interpretación de dicho artículo, se entiende que un tratado genera obligaciones financieras cuando éstas exigen al Estado erogaciones económicas internas o externas a fin de implementar su aplicación. Desde este punto de vista, no es exacto cuando los demandantes señalan que del artículo 20.5.2 se derivan obligaciones financieras para el Estado peruano, pues cuando se refiere a *servicios financieros*, alude a lo señalado en el mismo Acuerdo (artículo 12.13) en el sentido de comprender "todos los servicios de seguros y relacionados con seguros, y todos los servicios bancarios y demás servicios financieros (con excepción de los seguros), así como todos los servicios accesorios o auxiliares a un servicio de naturaleza financiera". En este sentido, el argumento de los demandantes en este extremo debe ser desestimado.

7. Supuesta aplicación retroactiva del Acuerdo Perú-Chile e inversiones cubiertas

46. Los demandantes también argumentan que es inconstitucional la parte del Acuerdo en el que se prevé la figura de las *inversiones cubiertas*. Sostienen que ello es incompatible con el artículo 103° de la Constitución, pues el tratamiento que da el Acuerdo a las inversiones cubiertas implica la aplicación retroactiva del Acuerdo, siendo que el mencionado artículo de la Constitución establece precisamente todo lo contrario. Y que ello es manifiestamente más ventajoso para Chile, cuyas inversiones llegan a US$ 6,500 millones de dólares, frente a los US$ 500 millones de dólares de inversión peruana.

47. El Tribunal Constitucional no concuerda con este argumento de los demandantes. De conformidad con el Anexo 11-E del ALC PERÚ-CHILE,

> "1. Sin perjuicio de lo establecido en el párrafo 2, las Partes acuerdan que el "*Convenio entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de la República del Perú para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones*" y su Protocolo, en adelante el "APPI", suscrito en Lima, con fecha 2 de Febrero de 2002, terminará su vigencia en la fecha de entrada en vigor del presente Acuerdo, así como todos los derechos y obligaciones derivados del APPI.
> 2. Toda inversión realizada de conformidad a lo dispuesto en el APPI, en un período anterior a la entrada en vigor del presente Acuerdo, se regirá por las normas de aquel acuerdo respecto de cualquier acto, hecho o situación originados durante la vigencia del mismo. Un inversionista sólo podrá someter una reclamación a arbitraje de acuerdo al artículo 8 del APPI, por actos, hechos o situaciones originados durante la vigencia de dicho acuerdo, en conformidad a las normas y procedimientos establecidos en el APPI y siempre que no hayan transcurrido más de 3 años a partir de la fecha de entrada en vigor del presente Acuerdo".

48. Desde este punto de vista, puede verse que el Acuerdo impugnado no supone la violación del artículo 103° de la Constitución en la parte que establece que "[l]a ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. (…)". En efecto, del Anexo 11-E no se aprecia que el Acuerdo contenga una disposición que prevea su aplicación retroactiva; por el contrario, se prevé que el *Convenio entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de la República del Perú para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones*" y su Protocolo, suscrito en Lima, con fecha 2 de febrero de 2002, rige hasta la entrada en vigencia del presente Acuerdo, y que las inversiones realizadas de conformidad con el APPI, en un período anterior a la entrada en vigor del presente Acuerdo, se regirán por las normas de aquel acuerdo respecto de cualquier acto, hecho o situación originados durante la vigencia del mismo. En ese sentido, no es de recibo el argumento de los demandantes que consideran vulnerado el artículo 103° de la Constitución.

8. Procedimiento de devolución de pago de aranceles

49. Para los demandantes es también inconstitucional el artículo 4.12 del ALC PERÚ-CHILE en la medida que este artículo conlleva necesariamente a una modificación del artículo 157° del Decreto Legislativo N.° 1053, Ley General de Aduanas, la misma que prevé sólo dos supuestos de devolución de pago de aranceles (pago indebido y pago en exceso), mientras que el Acuerdo prevé un tercer supuesto, cuya implementación requeriría de una modificación legislativa.

50. El artículo 4.12 del ALC PERÚ-CHILE señala que:

> "1. Cada Parte dispondrá que, en aquellos casos en que no se hubiere solicitado trato arancelario preferencial para una mercancía importada al territorio de la otra Parte que hubiese calificado como originaria, el importador de la mercancía, en un plazo no

> superior a un año a contar de la fecha de la importación, pueda solicitar la devolución de los aranceles pagados **en exceso** por no haberse otorgado trato arancelario preferencial a la mercancía, siempre que la solicitud vaya acompañada de:
> (a) una declaración por escrito manifestando que la mercancía cumplía con todas las disposiciones del presente Capítulo al momento de la importación;
> (b) el certificado de origen; y
> (c) cualquier documentación adicional relacionada con la importación de la mercancía, según lo requiera la autoridad aduanera" (énfasis agregado).

13. Por su parte, el Artículo 157 de la Ley General de Aduanas (Decreto Legislativo N.º 1053) prevé que

> "Las devoluciones por pagos realizados *en forma indebida* o **en exceso** se efectuarán mediante cheques no negociables, documentos valorados denominados Notas de Crédito Negociables y/o abono en cuenta corriente o de ahorros, aplicándose los intereses moratorios correspondientes a partir del día siguiente de la fecha en que se efectuó el pago indebido o en exceso y hasta la fecha en que se ponga a disposición del solicitante la devolución respectiva. Cuando en una solicitud de devolución por pagos indebidos o en exceso se impugne un acto administrativo, dicha solicitud será tramitada según el procedimiento contencioso tributario" (énfasis agregado).

51. El Tribunal Constitucional considera que la regulación introducida por el artículo 4.12.1 del ALC PERÚ-CHILE no establece un "tercer supuesto" de devolución de pagos, como sostienen los demandantes, pues éste se refiere a la figura de la devolución de pagos realizados *en exceso*; el mismo que es un supuesto contemplado expresamente, como se puede ver, en el artículo 157º de la Ley General de Aduanas. En consecuencia, no puede acogerse el argumento de los demandantes según el cual se requiere una modificación legislativa para comprender "el tercer supuesto" que habría introducido el Acuerdo que ahora se impugna.

9. Potestad sancionadora del MINCETUR y certificados de origen

52. De otro lado, se cuestiona también la constitucionalidad del artículo 4.16 del Acuerdo. Los demandantes argumentan que dicho artículo es inconstitucional porque en el Acuerdo se establece, en lo que concierne al Perú, que la autoridad acreditada para imponer sanciones frente a un supuesto en que un importador haga declaraciones falsas es el MINCETUR, siendo que esta entidad no tiene dentro de sus funciones el de imponer este tipo de sanciones, más aún si el artículo 231º de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, establece que la potestad sancionadora sólo puede ser otorgada por ley expresa. Agregan que, se requería una modificación legislativa, pues en nuestro ordenamiento jurídico la potestad sancionadora para estos casos lo ostenta la SUNAT y no el MINCETUR.

53. El Artículo 4.16 del Acuerdo señala que

> "1. Cuando se comprobare que el certificado de origen no se ajusta a las disposiciones contenidas en el presente Capítulo o se detectare, en él o en sus antecedentes u otros documentos relativos al origen de las mercancías, falsificación, adulteración o

cualquiera otra circunstancia que dé lugar a perjuicio fiscal o económico, las Partes podrán adoptar las sanciones que correspondan de conformidad a su legislación.
2. Cada Parte dispondrá que el exportador o productor que proporcione información falsa a la entidad encargada de emitir el certificado de origen, en el sentido que la mercancía califica como originaria, estará sujeta a sanciones equivalentes a aquellas que aplicarían a un importador en su territorio que haga declaraciones o manifestaciones falsas en relación con una importación, con las modificaciones que requieran las circunstancias.
3. Si antes de iniciar una verificación, un importador tiene motivos para creer que el certificado de origen en que se sustenta la declaración contiene información incorrecta, podrá presentar una declaración corregida, pagar los derechos aduaneros e impuestos correspondientes y acogerse a lo dispuesto en la legislación de la Parte importadora en lo referente a la reducción o eliminación de sanciones.

54. A criterio de este Colegiado, los demandantes incurren en una inexactitud en lo que se refiere a este artículo del Acuerdo. En efecto, de acuerdo con el artículo 4.17 del Acuerdo, para los efectos de este artículo por autoridad competente se entiende "(…) (a) en el caso de Chile, la Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales; y (b) en el caso del Perú, la Dirección Nacional de Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo; (…)". Aparentemente, el MINCETUR se estaría arrogando competencias que no tiene, pues de acuerdo con el artículo 199° de la Ley General de Aduanas, "[l]a Administración Tributaria, es el único organismo facultado para imponer las sanciones señaladas en la presente Ley y su Reglamento".

55. Sin embargo, debe advertirse que el artículo 4.16 del Acuerdo se refiere a los *certificados de origen*. No debe perderse de vista que los certificados de origen constituyen títulos jurídicos, mediante los cuales se acredita la procedencia de una mercancía. La infracción a la que daría lugar el falseamiento de dicho certificado no da lugar a una sanción tributario-aduanera, sino más bien a una sanción cuya imposición, contrariamente a lo que señalan los demandantes, está reconocida a favor del MINCETUR en la Ley N° 28412, la misma que otorga a dicho Ministerio la potestad de sancionar a los importadores, exportadores, productores o entidades que infrinjan las normas de certificación de origen en el marco de los acuerdos comerciales y regímenes preferenciales. Además, resulta aplicable el Decreto Legislativo N.° 1056 para la implementación de los asuntos relativos al cumplimiento del régimen de origen de las mercancías en el marco de los acuerdos comerciales suscritos por el Perú. Con lo cual, el argumento de los demandantes en este extremo carece de fundamento.

10. Procedimiento de despacho rápido de mercancías

56. Un argumento adicional que esgrimen los demandantes tiene que ver con la afirmación de que los "envíos de entrega rápida" previsto en el artículo 5.7 del Acuerdo, no obstante que en el artículo 131° del Decreto Legislativo N.° 1053, Ley General de Aduanas no se prevé este tipo de procedimiento, con lo cual sería necesario recurrir a una modificación legislativa. Ante tal argumento, el Tribunal Constitucional considera necesario precisar que el artículo mencionado establece que

"1. Cada Parte adoptará o mantendrá procedimientos aduaneros separados y expeditos para los envíos de entrega rápida y que permitan a la vez mantener una adecuada selección y control por parte de aduanas. Estos procedimientos deberán permitir:
(a) que la información necesaria para el despacho del envío pueda ser presentada y procesada por la autoridad aduanera de la Parte, antes de la llegada del envío;
(b) que un embarcador presente un manifiesto o documento único que ampare todas las mercancías contenidas en un envío transportado mediante un servicio de entrega rápida, de ser posible a través de medios electrónicos;
(c) que, en la medida de lo posible, reduzca la documentación requerida para el despacho del envío; y
(d) que, bajo circunstancias normales, el despacho del envío se realice dentro de un plazo no mayor de seis horas contadas a partir de la presentación de toda la documentación requerida por la aduana para dicho despacho".

57. Al respecto, el Artículo 131° de la Ley General de Aduanas prevé la modalidades del despacho aduanero: "Las declaraciones se tramitan bajo las siguientes modalidades de despacho aduanero: a) Anticipado; b) Urgente; o c) Excepcional. En Cualquiera de sus modalidades el despacho concluirá dentro de los tres meses siguientes contados desde la fecha de la destinación aduanera, pudiendo ampliarse hasta un año en casos debidamente justificados". Es verdad que este artículo no contempla la modalidad de los envíos de entrega rápida; sin embargo, el artículo 168° de dicha Ley sí prevé que "[l]a Administración aduanera dispondrá de un procedimiento aduanero separado y expedito para los envíos de entrega rápida que en circunstancias normales permita su despacho aduanero dentro de las seis (06) horas siguientes a la presentación de los documentos aduaneros necesarios, siempre que el envío haya arribado".

58. Por lo tanto, este Tribunal concluye que los envíos de entrega rápida no han sido introducidos por el Tratado, sino por el artículo 168° de la Ley General de Aduanas, por lo que este extremo de la demanda debe desestimarse.

11. Las materias competentes de los Tratados

59. La Constitución ha consagrado en el Capítulo II De los Tratados del Título II Del Estado y la Nación un modelo dual de regulación de los tratados internacionales, donde se parte de reconocer en al artículo 55° que "los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional", para luego regular los tratados que deben ser aprobado por el Congreso y los tratados que pueden ser aprobados por el Poder Ejecutivo.

11.a) Tratados aprobados por el Congreso de la República

60. Los tratados-ley son: "Los tratados [que] 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", de conformidad con el artículo 56° de la Constitución.

61. Estos *traités-lois,* al establecer reglas generales como lo hace toda ley, permiten que una materia aprobada por el Congreso pueda ser desarrollada por el Poder Ejecutivo, a través de su potestad reglamentaria; sin perjuicio que el Poder Ejecutivo también apruebe tratados "simplificados" o "administrativos" en las materias no contempladas en el artículo 56° de la Constitución. Por ello, el principio que rige la aprobación de un tratado-ley es el de competencia, y no el de jerarquía. Pero, constitucionalmente existe una suerte de cláusula residual a favor del Poder Ejecutivo; en la medida que lo no previsto a favor del Congreso le corresponde aprobarlo al Poder Ejecutivo dando cuenta al Congreso, según el artículo 57° de la Constitución.

62. Al respecto, la parte demandante ha señalado que el ALC PERÚ-CHILE, que modifica y sustituye al Acuerdo de Complementación Económica N° 38, no sería un tratado derivado o de ejecución del Tratado de Montevideo de 1980 que estableció obligaciones internacionales de naturaleza legislativa, por lo que fue aprobado por el Congreso de la República. Más aún, señala que dicho Tratado Marco no establece como objetivo el establecimiento de una zona de libre comercio, ni tampoco regula los servicios, la propiedad intelectual, las inversiones y la solución de controversias vía arbitraje, entre otras materias.

63. Por su parte, la parte demandada ha señalado que el ALC PERÚ-CHILE es la expresión del desarrollo de sus respectivos derechos y obligaciones derivadas de la Organización Mundial de Comercio, así como de otros instrumentos bilaterales y multilaterales de integración y cooperación de los que son parte. De modo que se suscribe particularmente dicho Acuerdo, con la finalidad de fortalecer el proceso de integración, a fin de alcanzar los objetivos previstos en el Tratado de Montevideo de 1980, mediante la concertación de acuerdos bilaterales y multilaterales lo más amplios posibles. Prueba de ello es la participación activa del Perú y Chile en la Asociación de Latinoamericana de Integración (ALADI), así como en el Foro de Cooperación Económico Asia-Pacífico (APEC).

64. Conviene subrayar que la controversia constitucional que este Colegiado debe resolver es de naturaleza jurídico-constitucional, y no de naturaleza de opciones de política económica internacional, salvo que esta se exprese jurídicamente a través de tratados lesivos a los mandatos regla y de principio de la Constitución. Esto es, que no existirán cuestiones políticas no justiciables en un tratado internacional, siempre que existan normas constitucionales en cuestión afectadas y se establezcan métodos constitucionales previsibles y razonables de resolución de conflictos.

65. Así, en primer lugar es importante recordar que los tratados legislativos son aprobados mediante resoluciones legislativas con el procedimiento de sanción de una ley más del Congreso, mientras que los tratados simplificados son aprobados mediante Decreto Supremo por el Poder Ejecutivo. El principio que sustenta a estos tratados de nivel legislativo en caso de conflicto con un tratado administrativo, será el *principio de*

competencia, y no el de jerarquía. Ello pese a que el primero es aprobado por resolución legislativa del Congreso que tiene fuerza de ley y el segundo es sancionado por decreto supremo del Poder Ejecutivo que también tiene fuerza normativa vinculante.

66. Este principio de competencia opera delimitando la lista de materias que le corresponde a cada tipo o nivel de tratado, según la Constitución, y analizando las formas de aprobación y aceptación de estos tratados, de conformidad con las disposiciones constitucionales. Así, el que la práctica de la aprobación de los tratados por el Estado peruano sea por la vía de los tratados leyes o de los tratados administrativos debería ser materia de un control constitucional previo a su entrada en vigencia, a efectos de crear certeza y predictibilidad en el proceso de formación del tratado internacional, lo que generará obligaciones y derechos firmes para el Estado.

67. El control preventivo de constitucionalidad de los instrumentos internacionales es reconocido en el Derecho constitucional comparado como el pronunciamiento previo de la jurisdicción constitucional antes de formar o ratificar por parte del Presidente de la República un tratado legislativo o un tratado simplificado; lo cual rige en los sistemas constitucionales de Chile, Colombia, España, Alemania, entre otros; esta consideración, como es obvio, requeriría del estudio y propuesta parlamentaria para un reforma constitucional, de conformidad con el artículo 206° de la Constitución.

68. Sin perjuicio de ello, los principios y técnicas para la delimitación de las materias que son competencia de un tratado-ley y de un tratado administrativo se pueden condensar en una suerte de test de la competencia de los tratados. Este test, de manera sintética, contiene los siguientes sub exámenes: El *principio de unidad constitucional* dentro de la diversidad, que supone subordinar los intereses particulares de los poderes y organismos constitucionales a la preeminencia de los intereses generales del Estado, los cuales, conforme al artículo 44 de la Constitución son los siguientes: "defender la soberanía nacional, garantizar la plena vigencia de los Derechos Humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación".

69. Esta subordinación debería realizarse en el marco de las competencias y atribuciones establecidas dentro del bloque de constitucionalidad para cada poder del Estado. Como se aprecia, las materias que son competencia de los tratados-ley están taxativamente establecidas en el artículo 56° de la Constitución; en asuntos que regulan temas específicos de rango legislativo, en materia de derechos humanos, soberanía, dominio o integridad del Estado, defensa nacional, obligaciones financieras del Estado, tributos y demás cuestiones que requieran de medidas legislativas de rango infraconstitucional. Y por defecto de las mismas, le corresponde al Poder Ejecutivo la aprobación de las demás materias a través de los tratados simplificados, según el artículo 57° de la Constitución.

70. En la medida que las regulaciones establecidas por un Tratado se presumen válidas constitucionalmente, a juicio de este Tribunal, no se ha demostrado indubitablemente,

como se puede ver en los fundamentos pertinentes, que hayan afectado de manera clara o evidente la Constitución. Pero esto no quiere decir que un Tratado no pueda derivar en inconstitucional por su *aplicación* contraria a las disposiciones constitucionales. Por ello cabe señalar, en forma de apelación al Poder Ejecutivo, que en el desarrollo del ALC PERÚ-CHILE debe garantizarse su aplicación con lealtad al ordenamiento jurídico constitucional; de lo contrario, podría sobrevenir una inconstitucionalidad en su ejecución.

71. Pero, si existieran dudas sobre el titular de la competencia o atribución, cabe aplicar otro sub examen y apelar a la naturaleza o contenido fundamental de las materias objeto de controversia, mediante el *principio de la cláusula residual*. Esto es, que la presunción sobre qué poder del Estado es competente para obligar internacionalmente a todo el Estado, en materias que no son exclusivas sino que pueden ser compartidas, debe operar a favor del Poder Ejecutivo, que es quien gobierna y gestiona los servicios públicos más cercanos al ciudadano; este principio *pro homine* se colige del artículo 1° de la Constitución, en la medida que el Estado y la sociedad tienen como fin supremo la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad.

72. En esta línea, la naturaleza objetiva y subjetiva de la demanda de inconstitucionalidad contra el ALC PERÚ-CHILE, lleva a emitir un juicio de valor constitucional, en aras de la pacificación y ordenación del sistema jurídico nacional, partiendo de reconocer que las relaciones internacionales peruano-chilenas son asimétricas, en función de factores no sólo económicos y comerciales, sino también históricos; pero de allí no se puede colegir que el Acuerdo convalide dicho *status*; y es que, el ALC PERÚ-CHILE es un instrumento jurídico que por sí mismo no puede revertir una situación real, pasada o presente, pero sí puede abrir cauces jurídicos protegiendo derechos y estableciendo obligaciones internacionales que garanticen al Perú un mejor equilibrio en las relaciones económicas y comerciales con el país del sur, en función de la potencialidad y competitividad de la economía nacional.

73. Así, la ventaja de ofrecer a los agentes económicos peruanos reglas claras y predecibles para el desarrollo comercial y el flujo de las inversiones de ida y de vuelta entre Perú y Chile, así como la subsecuente creación de nuevas oportunidades de empleo, teniendo en cuenta que cerca de cien mil ciudadanos peruanos viven en el país del sur, hace que el libre tránsito y la protección contra la discriminación, como la participación más activa no sólo de los grandes grupos empresariales, sino también de las medianas y de las pequeñas empresas peruanas, se encuentren garantizadas jurídicamente mediante reglas estandarizadas en materia de comercio de mercancías y servicios, así como en inversión a partir del trato de nación más favorecida y del nivel mínimo de trato, entre otras medidas.

74. Ello es compatible con el mandato constitucional según el cual: "La inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones. La producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres. Si otro país o países adoptan medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen el interés nacional, el Estado puede, en defensa de éste, adoptar medidas análogas (…)", según dispone el artículo 63° de la Constitución. Pero, si

eso fuese insuficiente en caso de conflicto, el Estado peruano podría privilegiar la inversión nacional en determinadas recursos y actividades económicas y culturales, en la medida que no existen derechos absolutos, de acuerdo a los incisos 14 y 15 del artículo 118° de la Constitución, Por todos los argumentos anteriormente señalados, la demanda debe ser desestimada en este extremo.

11.b) Tratados aprobados por el Poder Ejecutivo

75. Los tratados ejecutivos o acuerdos simplificados son aquellos cuyas materias no están contempladas en los tratados del nivel legislativo. Así, el primer párrafo del artículo 57° de la Constitución, dispone que "el Presidente de la República puede celebrar o ratificar tratados o adherir a éstos sin el requisito de la aprobación previa del Congreso en materias no contempladas en el artículo precedente…". En consecuencia, este artículo opera como una cláusula residual, es decir que los tratados simplificados son competencia del Poder Ejecutivo por defecto de las materias del Congreso; que son derechos humanos, soberanía, dominio o integridad del Estado, defensa nacional, obligaciones financieras del Estado, tributos y demás cuestiones que requieran de medidas legislativas de rango infraconstitucional, según dispone el artículo 56° de la Constitución.

76. Por ello, de la Constitución peruana se desprende que los tratados simplificados son los acuerdos internacionales sobre materias de dominio propio del Poder Ejecutivo, Tales como los acuerdos arancelarios, comerciales, de inversión, servicios o de libre circulación de personas, servicios y mercaderías entre países, que son, claramente, asuntos que atañen al Poder Ejecutivo.

77. En efecto, su competencia, por razón de la materia y la función de gobierno y administración, delimita el ámbito de su competencias para obligar internacionalmente al Estado, en temas tales como los acuerdos de cooperación técnica internacional, bilaterales o multilaterales, los acuerdos de complementación económica y/o los tratados de libre comercio que incorporan preferencias arancelarias, de libre circulación de personas, bienes, servicios y demás mercaderías, entre países o de organismos internacionales, que no supongan la modificación de leyes nacionales.

78. Los tratados simplificados en el Perú han sido aprobados, indistintamente, mediante decreto, supremos, resoluciones supremas e, inclusive, a través de circulares y notas de intercambio entre los países. Hasta que, mediante Ley N.° 26647, se ha uniformizado el procedimiento de aprobación, estableciéndose que dichos tratados serán aprobados solo por decretos supremos del Poder Ejecutivo, para las materias que son de su competencia.

79. En el Derecho Comparado se diferencia entre tratado —*treaty*— y acuerdo simplificado —*executive agreements*—. Así, mientras el primero "es el acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regidos por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos y cualquiera que sea su denominación particular" (PASTOR RIDRUEJO, José. *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales.* Madrid: Tecnos, 1996. pp. 112 y,

TOMUSCHAT/NEUHOLD/KROPHOLLER. *Völkerrechtliche Vertrag und Drittstaaten.* Heidelberg: C.F. MÜLLER, 1988, pp. 105 ss. ; el segundo es concebido como una forma más de los acuerdos internacionales, es decir, "como una forma elegida para las relaciones del derecho internacional, como el tratado, convenio, convención, protocolo, pacto, etc." (MCCLURE, Wallace. *International Executive Agreements.* New York: Columbia University Press, 1941, pp. 5-15).

80. Al respecto, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, establece y reconoce a nivel internacional la formación de los tratados a nivel nacional de acuerdo con el derecho interno, de conformidad con su artículo 46°-1; tan es así que, mientras que en el Perú los tratados pueden ser de naturaleza legislativa a cargo del Congreso y administrativa a cargo del Poder Ejecutivo como se viene señalando, en Chile " (…) las medidas que el Presidente de la República o los acuerdos que celebre para el cumplimiento de un tratado en vigor no requerirán de nueva aprobación del Congreso, a menos que se trate de materias propias de ley. No requerirán de aprobación del Congreso los tratados celebrados por el Presidente de la República en el ejercicio de su potestad reglamentaria (…)", según dispone el inciso 1 del artículo 54° de la Constitución Política de Chile.

81. Ahora bien, a la luz de los parámetros establecidos en el derecho constitucional e internacional de los tratados, se puede señalar pacíficamente que el ALC PERÚ-CHILE regula el establecimiento de una zona de libre comercio de mercancías y servicios, medidas de promoción y defensa del comercio de mercaderías, normas de origen, procedimiento antidumping y derechos compensatorios, regímenes aduaneros y facilitación del comercio, régimen para la aplicación de salvaguardias, políticas de competencia, medida sanitarias y fitosanitarias. Materias que son parte de las competencias administrativas del Poder Ejecutivo, dada su naturaleza residual de las materias que son competencia de los tratados-ley reservadas al Congreso en el artículo 56° de la Constitución.

82. En consecuencia, a pesar de los argumentos de la parte demandante en el sentido que el ALC PERÚ-CHILE contiene temas tributarios y establece obligaciones financieras del Estado que implican desarrollo legislativo para su ejecución, razonablemente no se llega a acreditar la violación constitucional de las disposiciones impugnadas del Acuerdo, como se ha señalado; salvo que en la aplicación del Acuerdo, que es un supuesto a futuro que escapa ahora a la dilucidación de esta causa, se ponga en evidencia el establecimiento de compromisos unilaterales del Poder Ejecutivo hacia otros poderes del Estado, al margen de las competencias residuales con que puede obligar internacionalmente al Estado peruano, de acuerdo con el artículo 57° de la Constitución.

83. En todo caso, en la medida que el Poder Ejecutivo debe dar cuenta al Congreso de los tratados simplificados aprobados, corresponde al Congreso examinar que "los tratados internacionales ejecutivos no pueden contener pactos que supongan modificación o derogación de normas constitucionales o que tienen rango de ley o que exijan desarrollo

legislativo para su cumplimiento (…)", de conformidad con el artículo 92° del Reglamento del Congreso.

84. Sobre el particular, conviene destacar que el Poder Ejecutivo ha dado cuenta al Congreso del ALC PERÚ-CHILE, el mismo que, siguiendo el procedimiento de control parlamentario previsto en dicho artículo del Reglamento del Congreso, ha confirmado su validez formal y sustancial, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 56° y 57° de la Constitución, según consta en la 20ª Sesión de Pleno del Congreso del jueves 30 de noviembre de 2006, que recibió los informes aprobatorios por unanimidad de la Comisión de Relaciones Exteriores y por mayoría de la Comisión de Constitución.

85. Ello no obsta para que se exhorte al Poder Ejecutivo para que cumpla con lo dispuesto en el artículo 92° *in fine* del Reglamento del Congreso, según el cual: "El Presidente de la República puede someter a consulta de las Comisiones de Constitución y Reglamento y de Relaciones Exteriores del Congreso, el texto de los tratados internacionales ejecutivos que proyecte celebrar o ratificar, a fin de que éstas los estudien. La opinión de las citadas comisiones no condicionan al Presidente de la República". Ello porque debería operar un procedimiento preventivo que garantice la seguridad jurídica de los tratados ejecutivos a los que se va obligar el Estado peruano.

86. En todo caso, en la medida que se trata de una materia de Derecho Público interno, el principio que opera, en caso de conflicto sobre si el Poder Ejecutivo o el Congreso es el competente para aprobar una materia contemplada en el Tratado de Libre Comercio, es el test de la competencia, mas no el principio de la jerarquía de las normas o de los poderes. Ello, pese a que los tratados simplificados son aprobados por decreto supremo del Poder Ejecutivo y los tratados en materia legislativa, por resolución legislativa por resolución legislativa del Congreso, que tiene fuerza de ley.

87. En efecto, para delimitar la competencia, de acuerdo al referido test de la competencia, esta debería verificarse mediante criterios interpretativos propios del *principio de la competencia*, a través de la lista de materias asignadas y la cláusula residual de los artículos 56° y 57° de la Constitución, respectivamente; de donde emana, acaso no fuera argumentación suficiente lo señalado en el ítem de tratado-ley, que existen:

1. *Competencias exclusivas* que son propias del Poder Legislativo e indelegables al Poder Ejecutivo; así, por ejemplo, los temas de derechos humanos, soberanía, dominio o integridad del Estado, defensa nacional, obligaciones financieras del Estado, tributos y demás cuestiones que requieran de medidas legislativas de rango legal establecidos en al artículo 56° de la Constitución *prima facie* son materias exclusivas del Congreso y, en consecuencia, excluyentes del Poder Ejecutivo. Pero, ello no impide que el Poder Ejecutivo pueda realizar acuerdos internacionales y de ejecución de los tratados suscritos por el Congreso sobre sus materia exclusivas, si no altera o varía el contenido de los mismos. Este es el caso del Tratado de Montevideo de 1980, aprobado por el Congreso, que al ser un tratado multilateral de carácter

general, para su desarrollo requiere de Acuerdos de Complementación Económica (ACE) bilaterales, como los que el Perú ha suscrito con varios países, entre ellos el ACE N° 38 con Chile y modificatorias, materia de esta controversia.

2. *Competencias compartidas* están referidas a aquellas materias que son objeto de aprobación por el Congreso pero dejando su reglamentación o desarrollo al Poder Ejecutivo. Así, una materia tributaria puede estar compartida, por un lado, por el Congreso, que es competente para obligar internacionalmente al Estado en materia de impuestos y, por otro lado, por el Poder Ejecutivo, que es competente para obligar internacionalmente al Estado en la regulación arancelaria, que es una parte de la materia tributaria, de conformidad con los artículos 74° y 118°-20 de la Constitución.

3. *Competencias concurrentes* son aquellas atribuciones o funciones que se distribuyen entre ambos poderes, por ejemplo, cuando entre sus funciones el Congreso autoriza el ingreso de tropas extranjeras al territorio de la República de acuerdo al artículo 102°-8 de la Constitución le corresponde al Poder Ejecutivo extender las visas correspondientes como parte de sus atribuciones, o más precisamente cuando en el ALC PERÚ-CHILE se establece la voluntad de las partes de llevar a cabo negociaciones futuras sobre servicios financieros, se debe interpretar que, en todo caso, será en materia de regulación administrativa de los servicios financieros que son propias del Poder Ejecutivo, sin trasgredir la competencia legislativa del Congreso sobre la materia.

88. En consecuencia, la demanda en el extremo que el ALC PERÚ-CHILE no es un tratado ejecutivo debe ser desestimada, debiendo no obstante exhortar al Poder Ejecutivo a ejercer sus atribuciones de suscripción de tratados ejecutivos y la ejecución de los tratados leyes, con el máximo respeto que merecen las competencias del Congreso en materia del "control" *ex ante* de los tratados simplificados o ejecutivos.

VI. FALLO

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad del Acuerdo de Libre Comercio suscrito entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República de Chile que modifica y sustituye el ACE N° 38, sus Anexos, Apéndices, Protocolos y demás instrumentos que hayan sido suscritos a su amparo.

2. **INTERPRETAR**, de conformidad con el ***fundamento 14***, que el artículo 2.2 del Acuerdo de Libre Comercio con Chile sobre la delimitación territorial para fines del acuerdo comercial no es inconstitucional, siempre que se interprete el concepto de "territorio continental, las islas, los espacios marítimos y el espacio aéreo bajo su soberanía (…)" de conformidad con el artículo 54° de la Constitución; es decir, que se asuma que la soberanía y jurisdicción que le compete al Estado peruano abarca al dominio marítimo que ejerce sobre las doscientas millas marinas adyacentes a sus costas, como parte del espacio territorial en el que se aplicará dicho Tratado.

3. **INTERPRETAR**, de conformidad con el ***fundamento 27***, que el literal (a) del artículo 11.10 del Acuerdo de Libre Comercio con Chile no es inconstitucional, siempre que se incorpore a la seguridad nacional como un supuesto jurídico más de expropiación dentro de la causal de "propósito público", señalada en el artículo 70° de la Constitución.

4. **EXHORTAR** al Poder Ejecutivo para que pueda someter a consulta de las Comisiones de Constitución y Reglamento y de Relaciones Exteriores del Congreso el texto de los tratados internacionales ejecutivos que proyecte celebrar o ratificar, a fin de que éstas los estudien, sin que la opinión de las citadas comisiones condicione al Poder Ejecutivo, como señala el artículo 89° del Reglamento del Congreso.

2. Declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad en lo demás que contiene.

Publíquese y notifíquese.

SS.

VERGARA GOTELLI
MESÍA RAMÍREZ
LANDA ARROYO
BEAUMONT CALLIRGOS
CALLE HAYEN
ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA

Lo que certifico:

Dr. ERNESTO FIGUEROA BERNARDINI
SECRETARIO RELATOR

EXP. N.º 0002-2009-PI/TC
LIMA
40 CONGRESISTAS DE LA REPÚBLICA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ETO CRUZ

Si bien coincido con el sentido del fallo y con los fundamentos que lo sustentan, juzgo necesario realizar las siguientes precisiones:

1. En la sentencia se ha concluido que el Acuerdo de Libre Comercio celebrado entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República de Chile (ALC PERÚ-CHILE), es un tratado que no configura un supuesto de tratado-ley —que haga menester la actuación del Parlamento en los términos en que lo exige el artículo 56º de la Constitución—, sino un tratado-ejecutivo o de competencia del Poder Ejecutivo con cargo a dar cuenta al Congreso.

   Las razones que han llevado a dicha conclusión son evidentemente técnicas y estrictamente jurídicas.

2. No obstante, considero que al momento de celebrar un tratado como el ALC PERÚ-CHILE, existen cuestiones de otro carácter (eminentemente político) que no pueden ser soslayadas. Entre ellas, la de mayor relevancia, es la necesidad de apertura a un debate público sobre sus implicancias en las relaciones comerciales del futuro entre ambos países.

3. La democracia constitucional no es sólo un conjunto de procedimientos para arbitrar la vida colectiva desde una perspectiva formal. Hay una dimensión mas sustantiva en la democracia que trasciende las formas y la convierten en "vida cultural". En palabras de Häberle, "[l]a Constitución no es solo un texto jurídico o un código normativo (...) significa, de acuerdo con la forma y con el contenido, expresión y mediación de cultura, marcos de referencia cultural para la reproducción, así como para la recepción y para la acumulación, de informaciones, experiencias, vivencias, incluso sabidurías populares. Esto se corresponde con el arraigo profundo de su validez cultural" (Cfr. Häberle, P., *Constitución como cultura*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá. 2002, pp. 71 - 72). A esa dimensión cultural pertenecen, sin duda, la historia, las tradiciones y el sentimiento colectivo que emana de la senda racional de la historia.

4. La única forma de encausar el pasado de una forma racional y bajo el paraguas del Estado Constitucional, es abriendo las cuestiones de la vida pública a su discusión más libre y más amplia. Nuestra relación con Chile requiere del más amplio espacio de libertad y transparencia, precisamente porque existen elementos que se sitúan más allá de las formas, que la convierten en especialmente sensible ante la ciudadanía.

5. De esta manera, el ALC PERÚ-CHILE es un tratado-ejecutivo, pero involucra una relación sensible a los ojos del soberano. Sobretodo en días recientes, donde la

relación con el país vecino del sur se ha visto marcada por una serie de temas como la presencia de un espía militar en nuestro territorio, el armamentismo desbocado que exhibe el gobierno chileno y la disputa jurídica sobre la frontera marítima. Suficiente razón para abrir todas las formas de la democracia que lleven a su máxima discusión y transparencia. Solo así las decisiones de los órganos públicos pueden considerarse portadoras y propiciadoras de una relación que promueve la estabilidad y la confianza con el país vecino.

6. De modo que — aún cuando desde un punto de vista formal y técnico no era exigible— considero que razones de carácter cultural, histórico y democrático, hacían prudente que la aprobación del ALC PERÚ-CHILE, esté sometida al previo debate público parlamentario. En este punto, considero que lamentablemente el Parlamento abdicó de su rol de afirmar y discutir los grandes temas de la nación.

7. De otro lado, quiero llamar la atención en torno a la conveniencia de reformar nuestra Constitución a efectos de establecer un procedimiento de control constitucional de los tratados internacionales más racional y coherente.

8. La "Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados", establece en su artículo 42º que "[l]a validez de un tratado o del consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado no podrá ser impugnada sino mediante la aplicación de la presente Convención". Ello quiere decir que el parámetro que sirve para evaluar la validez de un tratado (entendiendo aquí por validez la pertenencia de una norma jurídica a un concreto sistema jurídico, lo cual es un asunto distinto a la evaluación sobre su aplicabilidad), es la propia Convención y no alguna Constitución nacional.

9. En tal sentido, el control constitucional de un tratado internacional efectuado por el Tribunal Constitucional, no puede dar lugar a la invalidación del tratado o de alguna de sus cláusulas, sino tan sólo a la invalidación de la fuente interna (resolución legislativa o decreto supremo, según sea el caso) que permitió la aplicación del tratado al interior de nuestro ordenamiento. Y es que si bien el tratado no debe su validez a la Constitución, dicha fuente interna sí.

10. Ello, desde luego, merced a la fuerza vinculante de la sentencias del Tribunal Constitucional, generará la imposibilidad de aplicar total o parcialmente el tratado a nivel interno, pero, a su vez, generará responsabilidades internacionales para el Estado peruano en razón de su no ejecución. Y no puede olvidarse que, de conformidad con el artículo 27º de la aludida Convención de Viena, las partes tienen la obligación de no "invocar su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado".

11. Esta problemática resultaría superada si el control constitucional de los tratados internacionales dejase de ser un control *ex post*, para convertirse en un control *ex ante*. Es decir, si se exigiese que el control sea efectuado antes de que el Estado peruano ratifique el tratado. De esta manera, dicho escrutinio evitaría la celebración de tratados incompatibles con la Norma Fundamental, y evitaría, por consiguiente, cualquier tipo de responsabilidad internacional futura.

Al respecto, creo relevante analizar la experiencia comparada.

Alemania

12. La Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, de 1949, señala en su artículo 25 que "Las reglas generales del Derecho internacional público son parte integrante del Derecho federal. Tienen primacía sobre las leyes y crean directamente derechos y obligaciones para los habitantes del territorio federal".

    Por su parte, el artículo 100, inciso 2 señala que "Si en un litigio judicial fuere dudoso si una norma de derecho internacional forma parte del derecho federal y si crea directamente derechos y deberes para los individuos (art. 25), el tribunal deberá recabar el pronunciamiento del Tribunal Constitucional Federal".

    Complementando esto último, la Ley sobre el Tribunal Constitucional Federal, de 1951, señala en su artículo 13, inciso 12, que corresponde al Tribunal Constitucional Federal resolver "En casos de duda acerca de si una norma del derecho de gentes es parte integrante del derecho federal, y si la misma produce de manera directa derechos y deberes para cualquiera en particular, a petición de un Tribunal."

    Esta competencia ("Examen de Derecho Internacional") es desarrollada por la citada Ley, en su artículo 83, que señala que en tal caso "el Tribunal Constitucional Federal declara en su resolución si la norma del Derecho Internacional es parte integrante del Derecho federal y si produce directamente derechos y deberes para el particular." Además, agrega dicho artículo que "Previamente, el Tribunal Constitucional Federal tiene que dar oportunidad para pronunciarse, en un plazo a determinar, al Parlamento, al Consejo y al Gobierno Federal. Estos pueden acceder al procedimiento en cualquier momento."

    En realidad, estas normas establecen un control posterior de tratados internacionales. Sin embargo, ha sido el propio Tribunal Constitucional Federal el que ha creado jurisprudencialmente la figura del **control previo**.[1]

    En efecto, si bien la Ley Fundamental no reconoce un control preventivo de constitucionalidad de las normas (por lo cual las leyes todavía no aprobadas o promulgadas no pueden ser objeto de control) una excepción de esta regla general se produce en el caso de que el Gobierno Federal se haya vinculado a un tratado internacional mediante firma sin que a nivel interno se haya procedido a la ratificación. Para evitar que el Gobierno Federal pueda provocar, en su caso, la

[1] Entre otras, podemos mencionar las siguientes sentencias del Tribunal Constitucional Federal alemán: 1, 396 (30 de julio de 1952); 2, 79 (8 de diciembre de 1952); 4, 157 (4 de mayo de 1955); 12, 205 (28 de febrero de 1961). Citado por: ROA ORTIZ, Emmanuel: "Tratados internacionales y control previo de constitucionalidad. Una propuesta para evitar que la impartición de justicia sea motivo de responsabilidad internacional para el Estado mexicano", en el colectivo *Justicia. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, Diego Valadés y Rodrigo Gutiérrez Rivas (Coord.), Tomo I, UNAM, México, 2001, p. 191, nota 61.

vinculación internacional del tratado a través de una ratificación inmediatamente posterior a la promulgación en el Boletín Federal Oficial de la ley de autorización prevista en el artículo 59.2 de la Ley Fundamental, esta ley, y con ella el propio tratado, puede ser impugnada tras su aprobación y antes de su promulgación. De esta forma se evita la divergencia entre la vinculación internacional de la República Federal de Alemania por un lado y la posible inconstitucionalidad interna de la ley de autorización del tratado.[2]

Austria

13. Según el artículo 140a de la Ley Constitucional Federal de Austia, de 1929, el Tribunal Constitucional austríaco tiene competencia para realizar el **control previo** de tratados internacionales, en los siguientes términos:

"1. El Tribunal Constitucional se pronunciará sobre la ilicitud (Rechtswidrigkeit) de los tratados internacionales. En este punto se aplicará, por analogía, el artículo 140 a los tratados internacionales concertados con la autorización del Consejo Nacional con arreglo al artículo 50 y a los tratados internacionales por los que se modifiquen o complementen leyes según el apartado 1 del artículo 16; se aplicará el artículo 139 a los demás tratados internacionales, con la salvedad de que los tratados internacionales que el Tribunal Constitucional declare ilegales o anticonstitucionales no podrán ser aplicados, desde el día mismo que se haga público el fallo, por los órganos llamados a su ejecución, a menos que el Tribunal Constitucional fije un plazo dentro del cual el tratado en cuestión haya de seguir aplicándose. Dicho plazo no podrá exceder de dos años para los tratados internacionales especificados en el artículo 50, ni de un año para los demás tratados internacionales.

"2. Cuando el Tribunal Constitucional declare la ilegalidad o la anticonstitucionalidad de un tratado internacional, que haya de cumplirse mediante la promulgación de leyes o de decretos, quedará sin efecto el acuerdo de autorización o la orden, en su caso, de ejecutar el tratado por vía de decreto."

España

14. La Constitución española de 1978 señala, en su artículo 95, inciso 1, que "La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional". A continuación, el inciso 2 del citado artículo agrega que "El Gobierno o cualquiera de las Cámaras puede requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción." De manera que, en España, existe el sistema de **control previo** de tratados.[3]

---

[2] WEBER, Albrecht: "Alemania", en *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, Eliseo Aja (editor), Ariel, Barcelona, 1998, pp. 62-63. Sobre este aspecto, señala el autor las siguientes sentencias: 369/413; 2, 143/169; 12, 281/288; 35, 257/261; 36, 1/15-Tratado con la República Democrática de Alemania y el caso del Tratado de Maastricht, 89, 155).

[3] Entre otros casos, el Tribunal Constitucional español ha aplicado este tipo de control al analizar el Tratado de la Unión Europea firmado en Maastricht en 1992, así como al analizar el Tratado por el que se

En similar sentido, la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, señala en su artículo diez, que los asuntos sobre constitucionalidad o inconstitucionalidad de tratados internacionales es competencia del Tribunal en Pleno.

Asimismo, dicha Ley Orgánica dedica un Título (el VI) al tema de la declaración sobre la constitucionalidad de los Tratados. En efecto, el artículo 78 señala lo siguiente:

> "1. El Gobierno o cualquiera de ambas Cámaras podrán requerir al Tribunal Constitucional para que se pronuncie sobre la existencia o inexistencia de contradicción entre la Constitución y las estipulaciones de un Tratado Internacional cuyo texto estuviera ya definitivamente fijado, pero al que no se hubiere prestado aún el consentimiento del Estado.
>
> "2. Recibido el requerimiento, el Tribunal Constitucional emplazará al solicitante y a los restantes órganos legitimados, según lo previsto en el apartado anterior, a fin de que, en el término de un mes, expresen su opinión fundada sobre la cuestión. Dentro del mes siguiente al transcurso de este plazo y salvo lo dispuesto en el apartado siguiente, el Tribunal Constitucional emitirá su declaración, que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 95 de la Constitución, tendrá carácter vinculante.
>
> "3. En cualquier momento podrá el Tribunal Constitucional solicitar de los órganos mencionados en el apartado anterior o de otras personas físicas o jurídicas u otros órganos del Estado o de las Comunidades Autónomas, cuantas aclaraciones, ampliaciones o precisiones estimen necesarias, alargando el plazo de un mes antes citado en el mismo tiempo que hubiese concedido para responder a sus consultas, que no podrá exceder de treinta días."

Francia

15. La Constitución francesa, de 4 de octubre de 1958, señala en su artículo 54 que " Si el Consejo Constitucional, requerido por el Presidente de la República, por el Primer Ministro, por el Presidente de cualquiera de las dos Cámaras o por sesenta diputados o por sesenta senadores, declara que un compromiso internacional contiene una cláusula contraria a la Constitución, la autorización para ratificar o aprobar el referido compromiso internacional sólo podrá otorgarse previa reforma de la Constitución."

---

establece una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004. Al respecto, puede revisarse: ALEGRE MARTÍNEZ, Miguel Ángel: "El resurgimiento del debate sobre el control previo de constitucionalidad en España: experiencias y perspectivas", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional,* N°. 8, julio-diciembre 2007, pp. 7-8.

Por tanto, Francia ha adoptado el sistema de **control previo** de tratados o acuerdos internacionales.[4]

Portugal

16. La Constitución de la República Portuguesa, de 1976, ha adoptado el **control previo** de los tratados internacionales.

En efecto, el artículo 278 (De la fiscalización preventiva de la constitucionalidad), inciso 1, señala que: "El Presidente de la República puede solicitar al Tribunal Constitucional el examen preventivo de la constitucionalidad de cualquier norma contenida en un tratado internacional que le haya sido sometido para su ratificación, de todo decreto que le haya sido enviado para su promulgación como ley o como decreto-ley o de cualquier acuerdo internacional cuyo decreto de aprobación le haya sido remitido para su firma."

Por otro lado, el inciso 3 del mismo artículo indica que "El examen preventivo de la constitucionalidad debe ser solicitado en el plazo de ocho días contados desde la fecha de la recepción del texto."

Bolivia

17. En enero de 2009, fue aprobada en Bolivia, por referéndum constituyente, la Constitución Política del Estado.

En lo referido a las competencias del llamado "Tribunal Constitucional Plurinacional", se aprecia en el artículo 200, inciso 9, que una de ellas consiste en "el **control previo** de constitucionalidad en la ratificación de tratados internacionales."

A su vez, la Ley 1.836, del Tribunal Constitucional, aprobada el 1° de abril de 1998, modificada por la Ley 1.979, dedica un capítulo completo (el XIII) a regulación sobre la constitucionalidad de tratados o convenios internacionales.

El artículo 113 señala que, cuando en los tratados o convenios internacionales exista duda fundada sobre la constitucionalidad de los mismos, el Presidente del Congreso Nacional, con resolución camaral expresa, deberá enviar el mismo en consulta al Tribunal Constitucional antes de su ratificación.

---

[4] La aplicación de este artículo por el Consejo Constitucional puede revisarse en la Decisión N°. 92-308, de 9 de abril de 1992, relativa a algunas cláusulas del Tratado de Maastricht sobre la Unión Europea que eran, a su criterio, contrarias a la Constitución francesa, en lo referido al derecho de voto en las elecciones locales y a la formación de una moneda única. En dicho caso, la revisión constitucional se realizó en junio de 1992, y finalmente la ratificación del Tratado fue sometida a referéndum popular el 21 de setiembre de 1992. Igualmente, puede citarse la Decisión No. 98-408, de 22 de enero de 1999, sobre la constitucionalidad del Estatuto de Roma de 1998, decisión que igualmente motivó la modificación de varias normas constitucionales.

El artículo 114, a su vez, regula el procedimiento, señalando que, recibida la consulta, el Tribunal Constitucional dispondrá la citación del Ministro de Relaciones Exteriores en representación del Poder Ejecutivo, con noticia del requirente, a fin de que aquél en el término de quince días exprese su opinión fundada sobre la consulta. El Tribunal, en el término de treinta días, emitirá declaración constitucional.

Finalmente, el artículo 115, se refiere a la declaración y efectos del control previo, y en ese sentido señala que la declaración tendrá efecto vinculante, de manera que si el Tribunal declarare que el tratado o convenio es contrario a la Constitución no podrá ser aprobado. Pero también indica que, en el caso de tratados o convenios multilaterales, la declaración de inconstitucionalidad de alguna de sus cláusulas no impedirá su aprobación, siempre que se formule reserva que refleje la decisión del Tribunal Constitucional.[5]

Colombia

18. La Constitución de Colombia de 1991 señala, en su artículo 241, inciso 10, que una de las funciones de la Corte Constitucional consiste en "decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el Gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley." Por tanto, dicho artículo consagra el **control previo** de tratados.

Agrega el citado artículo que "cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el Gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexequibles por la Corte Constitucional, el Presidente de la República sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva."[6]

Chile

19. La Constitución Política de Chile de 1980, reformada por Decreto Supremo N°. 100, de 17 de noviembre de 2005, señala, en su artículo 93, inciso 1, que son atribuciones del Tribunal Constitucional "Ejercer el **control de constitucionalidad** de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución, de las leyes orgánicas

---

[5] La aplicación de estos presupuestos por el Tribunal Constitucional boliviano puede revisarse en la Sentencia Constitucional No. 036/01, de 30 de mayo de 2001.

[6] La aplicación de estos presupuestos por la Corte Colombiana ha sido oscilante. En efecto, en la Sentencia C-027, de 1993, la Corte admitió una demanda contra la Ley N°. 20, de 1974, por la cual se aprueba el "Concordato y Protocolo Final entre la República de Colombia y la Santa Sede". Luego, en la Sentencia C-276, de 1993, la Corte se mostró contraria a examinar la constitucionalidad de un tratado ya perfeccionado. Finalmente, en la Sentencia C-400, de 1998, la Corte ha admitido la procedencia de demandas que instauren los ciudadanos contra las leyes aprobatorias de tratados internacionales, incluso si éstos se encuentran perfeccionados, con anterioridad a la vigencia de la Constitución de 1991.

constitucionales y de las **normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas, antes de su promulgación**".[7]

El artículo 93, en su inciso 3, también fija como competencia del Tribunal "Resolver las **cuestiones sobre constitucionalidad** que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los **tratados sometidos a la aprobación del Congreso**."[8]
En consecuencia, pues, podemos afirmar que la Constitución de Chile ha dispuesto el **control previo** de los tratados. Sin embargo, cabe hacer una diferenciación, pues si se trata de tratados referentes a materias que en el derecho interno son objeto de ley orgánica constitucional, entonces dicho control es obligatorio (control de constitucionalidad); en cambio, si se trata de otro tipo de tratados, el control es facultativo (cuestiones sobre constitucional).[9]

Ecuador

20. La Constitución Política del Ecuador de 2008 señala en su artículo 438, inciso 1, que la Corte Constitucional emitirá **dictamen previo** y vinculante de constitucionalidad tratándose de tratados internacionales, previamente a su ratificación por parte de la Asamblea General. De esta forma, se reproduce lo que en su momento establecía el artículo 276, inciso 5 de la Constitución precedente.

    El artículo 439 señala que las acciones constitucionales podrán ser presentadas por cualquier ciudadana o ciudadano individual o colectivamente.

Venezuela

21. La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, con la enmienda N°. 1, de fecha 15 de febrero de 2009, señala en su artículo 336, inciso 5, que una de las atribuciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia consiste en "Verificar, a solicitud del Presidente o Presidenta de la República o de la Asamblea

---

[7] Sobre el particular, agrega dicho artículo que "la Cámara de origen enviará al Tribunal Constitucional el proyecto respectivo dentro de los cinco días siguientes a aquél en que quede totalmente tramitado por el Congreso.".

[8] Añade el citado artículo que, en tal caso, "el Tribunal sólo podrá conocer de la materia a requerimiento del Presidente de la República, de cualquiera de las Cámaras o de una cuarta parte de sus miembros en ejercicio, siempre que sea formulado antes de la promulgación de la ley o de la remisión de la comunicación que informa la aprobación del tratado por el Congreso Nacional y, en caso alguno, después de quinto día del despacho del proyecto o de la señalada comunicación." Señala también que "El Tribunal deberá resolver dentro del plazo de diez días contado desde que reciba el requerimiento, a menos que decida prorrogarlo hasta por otros diez días por motivos graves y calificados." Finalmente, indica que "El requerimiento no suspenderá la tramitación del proyecto; pero la parte impugnada de éste no podrá ser promulgada hasta la expiración del plazo referido, salvo que se trate del proyecto de Ley de Presupuestos o del proyecto relativo a la declaración de guerra propuesta por el Presidente de la República."

[9] Así lo interpreta BAZÁN, Víctor: "El control de constitucionalidad de los tratados internacionales en América Latina", en *Estudios Constitucionales*, Año 4, N°. 2, Universidad de Talca, 2006, p. 531. Destaca este autor que Nogueira Alcalá se ha mostrado contrario a esta tesis acuñada por el Tribunal Constitucional Chileno, pues entiende que eventualmente los tratados que son materia de ley de quórum calificado o de ley simple también pueden infringir la Constitución.

Nacional, la conformidad con esta Constitución de los tratados internacionales suscritos por la República, antes de su ratificación.". Se establece, de esta manera, el modelo del **control previo** de los tratados.

Se mantiene incólume, de este modo, lo que en su momento establecía el artículo 336, inciso 5, de la Constitución venezolana de 1999.

22. A la luz de lo que se observa en el Derecho comparado, creo necesario que el Congreso de la República adecue las reglas constitucionales para el efectivo y racional control de los tratados internacionales, permitiendo que éste se lleve a cabo antes de su ratificación.

S.

ETO CRUZ

Lo que certifico:

Dr. ERNESTO FIGUEROA BERNARDINI
SECRETARIO RELATOR