

Universidad de Lima

Facultad de Derecho

Carrera de Derecho



# **LA CELEBRACIÓN DE MEMORANDOS DE ENTENDIMIENTO SOBRE DERECHOS AEROCOMERCIALES Y LA SOBERANÍA AÉREA PERUANA**

Tesis para optar el Título Profesional de Abogado

**Bruno Guevara Maravi**

**Código 20131864**

**Asesor**

Augusto Cabrera Rebaza

Lima – Perú

Mayo del 2021



**LA CELEBRACIÓN DE MEMORANDOS DE  
ENTENDIMIENTO SOBRE DERECHOS  
AEROCOMERCIALES Y LA SOBERANÍA  
AÉREA PERUANA**



# TABLA DE CONTENIDO

<b>AGRADECIMIENTOS.....</b>	<b>VI</b>
<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>1</b>
<b>CAPÍTULO I: IDEAS PREVIAS ACERCA DEL MEMORANDO DE ENTENDIMIENTO SOBRE OTORGAMIENTO DE DERECHOS AEROCOMERCIALES.....</b>	<b>9</b>
1.1 Precisiones relativas al <i>soft law</i> .....	14
1.2 ¿Jurídicamente vinculante o no?.....	23
1.3 Concepto y naturaleza de un memorando de entendimiento .....	34
1.4 Finalidad y efectos de un memorando de entendimiento .....	39
1.5 La distinción de memorando de entendimiento y (MdE) .....	49
1.5.1 Memorando de entendimiento (Tratado) .....	50
1.5.2 Memorando de Entendimiento (MdE).....	53
1.5.3 Memorando de Entendimiento (Acuerdo Interinstitucional).....	57
1.6 Criterios de contenido para la elaboración de un instrumento internacional.....	66
<b>CAPÍTULO II: LA PRÁCTICA INTERINSTITUCIONAL DE CELEBRAR MEMORANDOS DE ENTENDIMIENTO SOBRE OTORGAMIENTO DE DERECHOS AEROCOMERCIALES .....</b>	<b>75</b>
2.1 Características y elementos del memorando de entendimiento de carácter preliminar entre autoridades aeronáuticas .....	78
2.1.1 Denominación.....	89
2.1.2 Delegaciones .....	91
2.1.3 Intención de otorgar derechos aerocomerciales .....	92
2.1.4 Proyecto de acuerdo bilateral.....	94
2.1.5 Rutas y frecuencias .....	95
2.1.6 Entrada en vigor.....	97
2.1.7 Firma y cuestiones complementarias .....	98

2.2 Naturaleza jurídica del memorando de entendimiento sobre derechos aerocomerciales

99

2.3 La Dirección General de Aeronáutica Civil y el otorgamiento de derechos aerocomerciales mediante memorandos de entendimiento .....112

2.3.1 Marco jurídico de las entidades participantes en la suscripción de memorandos de entendimiento.....113

2.3.2 Marco jurídico sobre las competencias de la Dirección General de Aeronáutica Civil para suscribir memorandos de entendimiento .....118

2.4 Problemática jurídica de la Dirección General de Aeronáutica Civil.....121

**CAPÍTULO III: LA SOBERANÍA AÉREA PERUANA Y LOS MEMORANDOS DE ENTENDIMIENTO SOBRE DERECHOS AEROCOMERCIALES .....131**

3.1 Definición y evolución histórica del concepto de soberanía .....134

3.2 Espacio aéreo territorial como expresión de soberanía .....141

3.3 Soberanía y restricciones del acuerdo interinstitucional.....147

3.4 Memorandos de entendimiento sobre derechos aerocomerciales y su relación con la soberanía y dominio del Estado .....152

**CONCLUSIONES .....161**

**REFERENCIAS.....164**

**ANEXOS.....174**

## AGRADECIMIENTOS

*Todas las mañanas salto de la cama y piso una mina. La mina soy yo.  
Después de la explosión, me paso el resto del día juntando los pedazos.  
("Zen in the Art of Writing", Ray Bradbury, 1973).*

Antes que todo, me gustaría dar las gracias a Dios por haberme dado las fuerzas para concluir el presente trabajo y velar por el bienestar de mis seres queridos. Gracias por estar presente y recordarme que si bien el camino es difícil, el sendero estará ahí para seguir, sin importar cuantas veces nos perdamos.

El presente trabajo se encuentra dedicado a la memoria de mi tío, Jorge Jesús Maraví Sueldo, con quien pude compartir mis ideas iniciales en torno a esta investigación. Si bien mis intereses me alejaron de llegar a ser piloto como tú, me alegra mucho saber que después de todo, se hayan podido conectar y materializar nuestras ideas y perspectivas en una investigación única. Agradezco nuevamente a Dios de haber tenido la oportunidad de intercambiar unas palabras y despedirme antes de tu pronta partida.

Me gustaría aprovechar también para agradecer a mis padres, Isabel Maraví Sueldo y Jorge Guevara Loza, por brindarme constantemente su apoyo, confianza y cariño. A mis hermanas Lusiana y Carla por haberme presionado para terminar este trabajo. Finalmente a Chochito, a Tatita y a Pili por su afecto y haberme apoyado con un espacio para concentrarme y desarrollar gran parte de esta investigación.

Asimismo, se agradece al profesor Pablo Moscoso De la Cuba y al profesor Eduardo Luna Cervantes por sus opiniones y apoyo, los cuales fueron esenciales para absolver aquellas dudas de contenido siempre presentes a lo largo de la investigación.

De igual modo quisiera agradecer a mi asesor de investigación, Augusto Cabrera Rebaza, por sus comentarios finales y por encaminar la investigación a su final.

Por último, me gustaría agradecer a la profesora Carolina Loayza Tamayo por haber sido mi primer contacto con la rama del Derecho Internacional Público.

# INTRODUCCIÓN

A partir del siglo XX, el desarrollo de la aviación civil supuso un nuevo medio de transporte que ayudaría a conectar a los pueblos del mundo y disminuiría las brechas territoriales entre los Estados. La expansión de los beneficios de la aviación civil requirió de un marco regulatorio esencialmente de carácter internacional, por tal razón, un conglomerado de países adoptó en el año 1944, el Convenio sobre Aviación Civil Internacional o Convenio de Chicago, tratado marco que establece los lineamientos internacionales respecto a la aviación civil. De igual modo, este es el instrumento creador de la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI), organismo especializado de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en el ámbito de la aviación civil y que tiene la finalidad de asegurar una aviación civil segura, eficiente, sostenible y responsable.

La existencia de la aviación civil internacional dio apertura a nuevos mercados que requirieron por motivos comerciales del establecimiento de una relación aerocomercial práctica y rápida entre Estados. Ante tal contexto, la OACI fomentó el uso de memorandos de entendimiento como instrumento preliminar con la intención de que los países acordaran entre ellos la manera más idónea de llevar a cabo el comercio internacional aéreo respecto al transporte de pasajeros, carga y correo. En el caso del Perú, nuestro país mantiene en vigencia un total de 27 memorandos de entendimiento sobre otorgamiento de derechos aerocomerciales a enero del 2020, entre ellos un grupo está destinado a establecer preliminarmente una relación aerocomercial con un país, mientras que el resto tiene la finalidad de modificar disposiciones de un acuerdo sobre servicios aéreos, tratado ulterior mediante el cual se perfecciona la relación aerocomercial entre Estados. La presente investigación se basará principalmente en el análisis de los memorandos de entendimiento celebrados preliminarmente.

En cuanto a ello y dentro del ámbito internacional surge incertidumbre en torno a la naturaleza jurídica del memorando de entendimiento como instrumento internacional. En lo que respecta al uso común y generalizado, se le considera al memorando de entendimiento como un instrumento semejante a un compromiso político o moral que en consideración a su forma o términos empleados, este tiene la finalidad de ser un documento de carácter no vinculante, es decir, que no tiene la finalidad de crear derechos u obligaciones en el marco del Derecho Internacional. Por tales razones, el memorando de entendimiento se utiliza comúnmente en situaciones que requieran de un instrumento técnico de sencilla modificación, este es el caso del ámbito aerocomercial. Por otro lado, se destaca que también se presentan situaciones en las cuales se celebra un memorando de entendimiento con la finalidad de generar derechos y obligaciones internacionales entre Estados y que el instrumento tenga carácter vinculante entre ellos. Es así como en la práctica, un tratado puede contener como título la denominación de “memorando de entendimiento” y crear una obligación jurídica internacional entre sujetos de Derecho Internacional.

Ante la disyuntiva en cuestión, la presente investigación parte de que un memorando de entendimiento no necesariamente es en todos los casos, un instrumento que no genera obligaciones jurídicas entre los interesados, sino que se deberá examinar la intención y voluntad de los participantes como también la finalidad y sentido del texto para comprender la posible existencia de una obligación jurídica, cuestión que será materia de estudio en relación al otorgamiento de derechos aerocomerciales. A partir de ello, se llegará a la conclusión de que el concepto de memorando de entendimiento puede tener diversas acepciones o connotaciones, en la práctica internacional el término puede resultar tan flexible que un memorando de entendimiento puede llegar a ser un instrumento de *soft law*, un tratado o una figura reciente en el ámbito internacional como lo es el acuerdo interinstitucional.

Aterrizando en nuestro tema de investigación, en el caso de la negociación de derechos aerocomerciales, un memorando de entendimiento es utilizado como un instrumento preliminar para establecer una relación aerocomercial entre países, esto significa que los países que quieren establecer tal relación acuerdan otorgar libertades del aire, fijan frecuencias aéreas y detallan las rutas aéreas a ser utilizadas. Lo anteriormente



mencionado es lo esencial para que opere el comercio aeronáutico como lo conocemos, los vuelos efectuados por aerolíneas de renombre son el resultado de estas negociaciones sobre derechos aerocomerciales. En consideración de su importancia surge la inquietud de analizar si es que la cesión de derechos aerocomerciales compromete necesariamente los temas de soberanía y dominio del Estado, los cuales guardan una imprescindible relación respecto al uso del espacio aéreo en consideración al artículo 54° de nuestra Constitución.

El presente trabajo estaría incompleto sin un análisis en torno al marco jurídico de las entidades participantes en el otorgamiento de derechos aerocomerciales. Lo anterior se enfocará en comprender la base normativa que faculta a la Dirección General de Aeronáutica Civil (DGAC) para celebrar tales instrumentos internacionales. De tal modo, el presente análisis ayudará a tener una noción sobre la problemática y responsabilidad jurídica que podría ocurrir en consideración a la celebración de memorandos de entendimiento.

En ese sentido, se considera que actualmente se está utilizando al memorando de entendimiento con la intención de eludir el uso de un instrumento más adecuado para el otorgamiento de derechos aerocomerciales, como lo sería un tratado. La explicación de ello se sustenta en que la suscripción de un tratado amerita un proceso más extenso que involucra la opinión y aprobación de diversas entidades estatales, como también del Congreso de la República, mientras que por otro lado, un memorando de entendimiento suscrito por la DGAC respecto a derechos aerocomerciales solamente requiere ser aprobado mediante resolución ministerial por el MTC. En adición a ello, un memorando de entendimiento no requiere ser publicado en el Diario Oficial ni es sometido a algún control adicional como se da en el caso de un tratado, aunque los memorandos de entendimiento podrían ser materia de análisis posterior por la Comisión de Relaciones Exteriores del Congreso de la República en el caso que ello sea pertinente.

Cabe destacar que esta investigación se basa en que el otorgamiento de derechos aerocomerciales solamente se debería concretizar mediante un tratado, esto se debe a que la materia sobre la cual versa se encuentra íntimamente relacionada con el ámbito de la soberanía o espacio territorial del Estado al involucrar el uso del espacio aéreo para

facilitar el transporte aéreo entre países. Por tales razones considero que la DGAC ni el MTC se encuentran legitimados para seguir celebrando memorandos de entendimiento sobre derechos aerocomerciales.

Con ello claro, a continuación se realizará una breve descripción de los objetivos y finalidades de los capítulos a ser desarrollados. El presente punto servirá de orientación para revisar y confirmar que los objetivos e hipótesis de la investigación se están respetando a lo largo del trabajo de tesis.

En consideración de lo expuesto, a lo largo del primer capítulo nos centraremos en las ideas previas acerca del memorando de entendimiento. La finalidad principal del presente capítulo será determinar qué es un instrumento internacional de carácter jurídicamente vinculante. En cuanto a ello, se comprenderá que se trata de un instrumento que generará derechos y deberes en el marco de las normas internacionales. A partir de ello, se explorará la noción de jurídicamente no vinculante y jurídicamente vinculante regido por el ordenamiento interno de las partes.

Con nuestro primer objetivo específico, se empezará a analizar el concepto de memorando de entendimiento para comprender que la denominación es utilizada como un concepto “comodín” al ser empleado en múltiples situaciones y ser adecuado a las necesidades y exigencias de los interesados. Al respecto, se debe considerar que no existe uniformidad conceptual respecto a su esencia, por ello la denominación se puede prestar para la celebración de instrumentos jurídicamente vinculantes, no vinculantes jurídicamente y hasta tratados. A pesar de ello, la noción de memorando de entendimiento se asocia con la finalidad de celebrar un instrumento de menor formalidad que un tratado, que no será sometido a los procedimientos regulados para la aprobación y modificación de un tratado, que tendrá un menor estado legal que el de un tratado, que por sus características podrá ser mantenido en la confidencialidad y que desarrollará cuestiones de cooperación o de naturaleza técnica en el ámbito cultural, político, moral y comercial.

Nuestro segundo objetivo específico explorará la complejidad jurídica del memorando de entendimiento al identificar las acepciones del término en el ámbito internacional y doctrinal. Si bien el concepto de memorando de entendimiento opera como concepto “comodín”, autores como Anthony Aust clasifican al memorando de entendimiento como tratado o (MdE). Por consiguiente, un instrumento con la denominación de memorando de entendimiento es un tratado cuando su finalidad es generar obligaciones jurídicas regidas por el Derecho Internacional, por otro lado estaremos ante un memorando de entendimiento (MdE) cuando el instrumento tenga la intención de generar efectos solamente en el ámbito político o moral. De la división dicotómica presentada, se aporta una nueva postura en la cual se considera que un instrumento con la denominación de memorando de entendimiento también podría ser considerado como un acuerdo interinstitucional cuando solamente se busque generar obligaciones jurídicas regidas por el ordenamiento interno entre los participantes.

A manera de conclusión del capítulo, nuestro tercer objetivo específico buscará explicar los criterios de contenido empleados por la práctica internacional para determinar, en caso de duda, la naturaleza jurídica de un instrumento con la denominación de memorando de entendimiento. Sobre ello, los criterios a aplicar se basarán en identificar y analizar los términos clave contenidos en el texto, todo ello con la finalidad de determinar, en caso de duda, la naturaleza jurídica de un instrumento con la denominación de memorando de entendimiento. Al respecto, ciertos términos y palabras son asociados y empleados comúnmente en los tratados al ser congruentes con la intención de los celebrantes de establecer un acuerdo vinculante que busca generar obligaciones jurídicas internacionales entre ellos, mientras que los interesados en llegar a un entendimiento mediante un (MdE) optan por utilizar términos que reflejan un discurso compromisorio basado en expectativas y cooperación.

Posteriormente, el segundo capítulo tendrá la finalidad principal de determinar si la Dirección General de Aeronáutica Civil se encuentra legitimada para otorgar derechos aerocomerciales mediante la celebración de memorandos de entendimiento. En cuanto a ello, se comprenderá que la DGAC se encuentra facultada para negociar y celebrar memorandos de entendimiento en consideración a su ROF, la Ley de Aeronáutica Civil y su Reglamento. No obstante a ello, no estará legitimada para seguir celebrando tales

instrumentos al versar sobre las materias de soberanía y dominio del Estado que se encuentran restringidas para los acuerdos interinstitucionales.

Con ello claro, nuestro primer objetivo específico del capítulo se enfocará en identificar y desarrollar las características y elementos de los memorandos de entendimiento de carácter preliminar entre autoridades aeronáuticas. Sobre ello, a partir del análisis de 14 memorandos de entendimiento de carácter preliminar celebrados entre autoridades aeronáuticas, se identificaron 7 elementos constantes, los cuales son los siguientes: denominación, delegaciones, intención de otorgar derechos aerocomerciales, proyecto de acuerdo bilateral, rutas y frecuencias, entrada en vigor, firma y cuestiones complementarias. En consideración de ello, solamente 13 de los memorandos analizados serían memorandos de entendimiento sobre derechos aerocomerciales de carácter preliminar, los cuales se caracterizan por ser la única base jurídica aerocomercial de los países participantes y ser fundamentales para la concretización del transporte aéreo internacional.

Por consiguiente, el segundo objetivo específico ayudará a determinar la naturaleza jurídica del memorando de entendimiento sobre derechos aerocomerciales y explicar la posición final de la presente investigación. Con ello se comprenderá que los memorandos de entendimiento sobre derechos aerocomerciales son utilizados para establecer relaciones aerocomerciales entre autoridades aeronáuticas y se les considera acuerdos interinstitucionales que generan obligaciones jurídicas por el ordenamiento interno de las partes. Aquellos instrumentos serían parte de una práctica irregular al versar sobre una de las materias restringidas para los acuerdos interinstitucionales.

Finalmente, nuestro tercer objetivo específico, se encargará de analizar la problemática existente en torno a la celebración de memorandos de entendimiento sobre derechos aerocomerciales y precisar la clase de responsabilidad jurídica que acarrearía su celebración. De manera concisa, el memorando de entendimiento preliminar se utiliza actualmente con la misma finalidad que los acuerdos sobre servicios aéreos y se podría estar empleando para omitir la celebración de un tratado. Por otro lado, con los memorandos de entendimiento de carácter ulterior, se pueden llegar a establecer obligaciones jurídicas adicionales a las contempladas inicialmente, lo cual supondría una

modificación sustancial del tratado celebrado previamente. Finalmente, los memorandos de entendimiento pueden ser erróneamente interpretados respecto a su naturaleza, lo cual podría generar un potencial riesgo con otro país si es que se les interpreta con la naturaleza jurídica de tratado.

Por último, el objetivo principal del tercer capítulo nos servirá para analizar si es que mediante la celebración de memorandos de entendimiento sobre derechos aerocomerciales se implica a las materias de soberanía y dominio del Estado. Sobre ello, se comprenderá que se implica necesariamente a la soberanía y dominio del Estado respecto a su espacio aéreo, en consideración a que la cesión de tales derechos se manifiesta en las actividades de embarcar o desembarcar pasajeros o carga en nuestro territorio, lo cual se comprende como una manifestación de la soberanía del Estado conforme al artículo 54 de la Constitución Política del Perú. La práctica aeronáutica peruana y sus antecedentes con el memorando de entendimiento con Chile, el MALIAT y otros acuerdos sobre servicios aéreos, nos ha demostrado reiteradas veces que el otorgamiento de derechos aerocomerciales implica considerablemente a la materia de soberanía territorial.

Con tal finalidad, nuestro primer objetivo específico del capítulo procurará investigar respecto al concepto de soberanía, su desarrollo y evolución en atención a su relación con el dominio o integridad del Estado. Con ello se comprenderá que el concepto de soberanía encuentra un posible origen en el trabajo de Jean Bodin quien utilizó el concepto para explicar la legitimidad que tenían los gobernantes para ejercer el poder y crear leyes en sus territorios. La soberanía fue descrita por diversos autores como Bodin, Hobbes, Rousseau y Vattel como aquel poder supremo de carácter inalienable e indivisible que recaía en el Estado. En la actualidad, el concepto de soberanía cobra diversos matices y se define como aquel derecho del Estado que le posibilita y legitima a realizar actos en el orden interno y en el internacional.

En relación a ello, nuestro segundo objetivo específico nos permitirá determinar la relación existente entre la soberanía y el espacio aéreo. En lo que respecta al territorio, este representa un área geográfica delimitable con tres dimensiones que lo caracterizan, una de carácter terrestre, marítima y aérea. En cuanto a su territorio, el Estado ejerce

soberanía, la cual se entiende como la potestad jurídica para decidir libremente en sus asuntos internos o externos. La soberanía ejercida en el territorio se conoce como soberanía territorial y comprende el ejercicio de las atribuciones del Estado en las tres dimensiones anteriormente mencionadas. Ante tal razonamiento, el Estado ejerce soberanía respecto al espacio aéreo al controlarlo y regularlo. En el ámbito de la aviación civil internacional, el principio de soberanía de los Estados es la base de las relaciones aerocomerciales y en consideración a ello, los Estados intercambian derechos aerocomerciales mediante instrumentos internacionales para la realización del transporte aerocomercial.

Por último, en lo que concierne a nuestro tercer y último objetivo específico, se identificarán las restricciones de materias establecidas para el acuerdo interinstitucional y evaluará la manera más idónea de interpretarlas. Las normativas que regulan la figura jurídica del acuerdo interinstitucional, el Decreto Supremo N° 031-2007-RE y la Directiva N° 002-DGT-RE-2013 señalan como restricción que bajo ninguna circunstancia tales instrumentos podrán versar sobre las materias contenidas en el artículo 56 de la Constitución Política de 1993. Al respecto, las materias en cuestión son principalmente: derechos humanos, soberanía, dominio o integridad del Estado, defensa nacional y obligaciones financieras del Estado. En lo que concierne a la mencionada restricción, la presente investigación sostiene que debe ser interpretada en el sentido que bajo ninguna circunstancia se afecte o implique considerablemente o relevantemente cualquiera de las materias descritas en el artículo 56 de la Constitución.

En consideración de ello, esperamos que las ideas desarrolladas en el presente trabajo puedan servir de aporte a la problemática teórica en cuestión y que las sugerencias formuladas fomenten una revalorización respecto al uso de los memorandos de entendimiento y de los acuerdos interinstitucionales. Nuestro espacio aéreo es una oportunidad de fortalecer nuestras relaciones culturales, comerciales, políticas, y diplomáticas, también simboliza la posibilidad de promocionar el turismo y fomentar negocios e inversiones en beneficio de nuestro país, por ello debemos ser cuidadosos respecto a los instrumentos que cedan en uso nuestro espacio aéreo.

# **CAPÍTULO I: IDEAS PREVIAS ACERCA DEL MEMORANDO DE ENTENDIMIENTO SOBRE OTORGAMIENTO DE DERECHOS AEROCOMERCIALES**

Las últimas décadas en el ámbito internacional se han caracterizado por la necesidad de una mayor cooperación entre Estados. En un mundo cada vez más inmerso en la globalización, los países comprenden que el reconocimiento de la ley e instituciones internacionales propiciará mayor crecimiento y desarrollo en el ámbito social, político, económico y tecnológico. Entre los avances que han fomentado tal contribución, se encuentra el incremento del uso de instrumentos jurídicamente no vinculantes, los cuales son conocidos y desarrollados por la doctrina como *soft law* en inglés o en español, derecho blando. En torno al concepto de *soft law*, Aust señala que tal denominación se emplea para hacer referencia a instrumentos internacionales que no son considerados tratados por sus creadores, pero que poseen el propósito de tener ciertos alcances normativos dependiendo de su contenido y que no existe intención de que sean jurídicamente vinculantes (Aust, 2010, p.11).

Bajo esa misma línea, Shelton destaca que cada vez se utilizan más instrumentos jurídicamente no vinculantes como los son las declaraciones, resoluciones, códigos de práctica y programas de acción que pueden contener disposiciones normativas que generan expectativas de cumplimiento entre los celebrantes. La creciente importancia de estos instrumentos ha generado debate respecto a si podríamos estar ante nuevos casos de generación de normas internacionales (Shelton, 2008, p.1).

En vista de su creciente importancia y utilidad, ¿Qué se debe entender por un instrumento jurídicamente no vinculante? Al respecto, Gautier señala que en el Derecho Internacional, la expresión “acuerdo jurídicamente no vinculante” hace referencia a acuerdos que contienen compromisos políticos o morales y que por tales razones no se encuentran enfocados a crear derechos y obligaciones legales. Por el contrario, un

instrumento jurídicamente vinculante en el ámbito internacional será aquel que se origina con el propósito de establecer obligaciones jurídicas recaídas en derechos y deberes bajo el marco del Derecho Internacional (Gautier, 2006).

A manera de recordatorio, si nos remontamos a las fuentes creadoras de Derecho Internacional, se pueden encontrar ejemplos de instrumentos jurídicamente vinculantes más conocidos o familiares para el lector. En cuanto a ello, Novak y García-Corrochano consideran que una fuente creadora es aquel tipo de fuente destinada a generar una norma jurídica internacional. En tal sentido, se caracterizan por ser jurídicamente vinculantes y entre ellas hallamos las fuentes convencionales que han definido el ámbito internacional, estas serían la costumbre, los principios generales del Derecho y los tratados (Novak & García-Corrochano, 2003, p.71).

En cuanto al concepto de jurídicamente vinculante, la costumbre como fuente de derecho es tan vinculante como el derecho de tratados, solamente que en lo que respecta a su campo de aplicación, la primera se encuentra más extendida al existir un reconocimiento por la comunidad internacional de reglas de conducta que generalmente rigen para todos los Estados por igual, mientras que los tratados resultan aplicables solamente para los Estados que los suscriban.

La comprensión del concepto de “tratado” resulta valiosa para nuestra investigación al ser determinante en precisar la naturaleza jurídica de un instrumento internacional. Al respecto, Thirlway señala que la principal razón de tener un acuerdo jurídicamente vinculante se basa en que exista la seguridad de que ambas partes puedan confiar en la diligente ejecución del tratado, incluso cuando la ejecución resulte onerosa o dificultosa para la otra parte. Por lo tanto, un tratado es una de las formas más evidentes en las que se pueden generar normas vinculantes para dos o más Estados, de modo tal que es reconocido como una fuente de derecho (Thirlway, 2019, p.37).

La definición más difundida del concepto de tratado se encuentra detallada en el artículo 2 (1A) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el cual define al tratado como un acuerdo por escrito suscrito por Estados y regido por el Derecho Internacional (Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969).



Al respecto, la Organización de las Naciones Unidas (ONU) señala de manera complementaria que un tratado se diferencia de otros instrumentos internacionales en que genera obligaciones jurídicas vinculantes para el Derecho Internacional y no meros compromisos políticos (Organización de las Naciones Unidas, 2013, p.32). Lo anterior nos brinda una idea concisa respecto al propósito de un tratado, el cual consiste en ser un instrumento de creación de derechos y obligaciones exigibles en virtud del Derecho Internacional, un instrumento jurídicamente vinculante en su esencia.

De esta manera, el lector comprenderá que en el ámbito internacional, los sujetos de derecho internacional interactúan entre ellos y plasman sus intenciones y voluntades en instrumentos internacionales de su elección. La elección de un instrumento internacional en específico se basa en las necesidades de los interesados y son producto del consenso entre ellos. En efecto, en la negociación de un instrumento internacional, la comprensión de los intereses de la otra parte resulta esencial para aclarar y precisar las condiciones y términos que definirán al eventual instrumento.

Además de la distinción entre instrumento jurídicamente no vinculante e instrumento jurídicamente vinculante, cabe destacar que también se suelen emplear otras categorías como la de “*soft law*” y “*hard law*” respectivamente. En torno a ellas, Pollack y Shaffer señalan que ambas categorías son desarrolladas en consideración a diversas perspectivas por parte de la doctrina. En lo que respecta a la perspectiva más difundida desarrollada por los positivistas legales, se analizan las categorías de “*hard law*” y “*soft law*” en términos binarios, de modo tal que el “*hard law*” se define como obligaciones jurídicas de una naturaleza formalmente vinculante y por otro lado, el “*soft law*” se entiende como normas que no son formalmente vinculantes, mas pueden llegar a convertirse en “*hard law*” posteriormente (Pollack & Shaffer, 2009, p.2-3).

Si bien resulta cotidiano utilizar el concepto de “*soft law*” e instrumento jurídicamente no vinculante como sinónimos, esto no es necesariamente correcto, ya que en consideración a lo que se desarrollará posteriormente, el concepto de “*soft law*” para ciertos sectores de la doctrina también puede comprender instrumentos que son vinculantes en menor grado a instrumentos internacionales tradicionales como lo son los tratados.

Considerando lo desarrollado hasta el momento, se puede comprender que la diferencia fundamental entre un instrumento jurídicamente vinculante y uno no vinculante recae en que el primero se encuentra destinado a generar derechos y obligaciones de carácter jurídico, mientras que el último es un instrumento de carácter promisorio o político que se encuentra orientado en fomentar cooperación y establecer pautas a seguir, mas no genera derechos y obligaciones que regirán en el marco del Derecho Internacional.

En cuanto a lo anterior, Friedrich menciona que el rol y uso de los instrumentos jurídicamente no vinculantes ha cambiado. Sus funciones no se limitan solamente a ser un instrumento preliminar a la celebración de un tratado, sino que al tener un constante respaldo por las organizaciones internacionales y los Estados, se llegan a establecer procedimientos, soluciones concretas a problemas y hasta prácticas internacionales mediante esta clase de instrumentos (Friedrich, 2013, p.2). Por esta razón, los instrumentos jurídicamente no vinculantes pueden llegar a versar sobre diversos asuntos sean estos de materia comercial, ambiental o de cualquier otro tema en particular.

Ante lo señalado, se pueden hallar diversos ejemplos de instrumentos comúnmente considerados como jurídicamente no vinculantes, en particular encontramos a las directrices, recomendaciones, declaraciones, códigos de conducta y a los memorandos de entendimiento, el estudio de este último será materia de análisis a lo largo de la presente investigación.

En ese sentido, la Foreign and Commonwealth Office del Reino Unido señala que un memorando de entendimiento es un compromiso internacional mediante el cual se demuestra la intención de no ser vinculante en la materia de Derecho Internacional. Este es el caso de documentos que debido a la materia requieren ser modificados constantemente (Foreign and Commonwealth Office, 2014, p.1). Cabe agregar que un memorando de entendimiento también es un instrumento destinado a establecer una línea de acción o compromiso entre las partes sobre un asunto técnico y en tales casos, se le otorga la condición de ser de carácter no vinculante.

Ahora, como se podrá comprender a lo largo de la presente investigación, el concepto de memorando de entendimiento resulta ser muy especial. Lo anterior se debe a que este término puede presentar diversas acepciones que dificultan la comprensión de su naturaleza jurídica. En consideración a las categorías anteriormente mencionadas de instrumento jurídicamente vinculante e instrumento jurídicamente no vinculante, uno se podría encontrar con casos en los cuales un memorando de entendimiento pueda ser jurídicamente vinculante y en otros en que sea no vinculante. La explicación propuesta a este fenómeno se basa en que el concepto de memorando de entendimiento es empleado como concepto “comodín” y que su sentido varía en consideración al contexto, el contenido y a los intereses manifestados por sus celebrantes.

Por tales razones, se deberá tener cuidado al momento de celebrar o analizar un instrumento que contenga la denominación de memorando de entendimiento, motivo por el cual las entidades homologas al Ministerio de Relaciones Exteriores de diversos países han elaborado manuales prácticos y guías procedimentales para la elaboración de tratados y otros instrumentos internacionales. En lo que respecta a nuestra investigación, se desarrollará y explicará el método propuesto por el jurista Anthony Aust para determinar en caso de duda, la naturaleza jurídica de un instrumento con la denominación de memorando de entendimiento. De acuerdo con sus ideas, ciertos términos se encuentran asociados y son utilizados cotidianamente en tratados al ser congruentes con la intención de los celebrantes de generar obligaciones jurídicas internacionales entre ellos, mientras que los interesados en llegar a un entendimiento optan por emplear términos que reflejan un discurso compromisorio basado en expectativas. Por ende, el método en cuestión consiste en identificar y analizar los términos clave contenidos en el texto para así determinar a qué categoría de instrumento pertenece el memorando de entendimiento.

Finalmente y con la finalidad de desarrollar y comprender la naturaleza jurídica de una figura jurídica compleja como lo es el memorando de entendimiento, se comenzará este capítulo profundizando el tema relativo al *soft law*, en consideración a que generalmente se le asocia con tal concepto.

## 1.1 Precisiones relativas al *soft law*

Shelton comienza la discusión del tema señalando que no existe una definición universalmente aceptada en torno al concepto de *soft law*, no obstante a ello considera que el término se utiliza para hacer referencia a cualquier forma de instrumento internacional que no cumpla los requisitos de ser un tratado y que contenga alguna forma de directriz, guía o disposición normativa que establezca una expectativa de comportamiento entre los celebrantes (Shelton, 2003, p.166).

En otros términos, Hage considera que el concepto de *soft law* responde a documentos cuasi legales que en base a sus cualidades, no cuentan con una fuerza jurídicamente vinculante o el vínculo generado es débil en comparación con instrumentos tradicionales como lo son los tratados. El autor nos presenta algunos ejemplos de *soft law* como la Declaración de Derechos Humanos, recomendaciones en la Unión Europea, y códigos de conducta destinados a empresas y organizaciones gubernamentales, entre otros (Hage, 2018, p.20).

Por su parte, Reisman estima que el *soft law* existe en múltiples variantes y para cada caso en particular. En ciertas situaciones el instrumento puede contener disposiciones cuasi legales que se utilizan con la finalidad de expresar ciertos valores, mientras que en otros casos llegan a simbolizar una etapa en el proceso de generación de normas (Reisman, 2011, p.28-29). Complementando lo anterior, Aust señala que algunos instrumentos de *soft law* pueden emplear un lenguaje imperativo, el cual consiste en manifestar una orden o mandato (Aust, 2010, p.11).

Si bien no existe un consenso en torno a la definición de *soft law*, este complejo concepto ha sido materia de estudio por diversas perspectivas analíticas, las cuales de acuerdo con Pollack y Shaffer pueden ser divididas en las posturas de positivistas legales, racionalistas y constructivistas. En primer lugar, los positivistas encuentran al *hard law* como superior al *soft law*, ya que este último no genera obligaciones vinculantes que puedan ser exigibles por las partes ante instancias internacionales. Por otro lado, los racionalistas ven al *soft law* como un complemento al *hard law* al ser útil en diversos contextos en los cuales la opción del *hard law* no sería ideal al no responder a los intereses

y necesidades de los Estados. Finalmente, los constructivistas complementan la utilidad de tanto el *soft law* como el *hard law*, pero se enfocan más en la importancia del *soft law* como herramienta para generar conocimiento mediante la experimentación y plantear formas de gobernabilidad (Pollack & Shaffer, 2009, p.27).

En términos más sencillos de comprender, los positivistas legales presentan una posición en la cual el *hard law* y el *soft law* se definen como categorías binarias opuestas entre sí, de este modo el *hard law* representa a los instrumentos que generan obligaciones jurídicas vinculantes mientras que el *soft law* hace referencia a instrumentos que no generan obligaciones jurídicamente vinculantes para las partes. Esta postura absolutista no reconoce intermedios en cuanto a lo que caracteriza a una norma internacional y se enfoca en considerar al *soft law* como una versión inferior o preliminar al *hard law*.

Respecto a lo desarrollado, Thirlway hace mención de la controversia existente en torno al calificativo absoluto y relativo de norma internacional. Al respecto, el calificativo absoluto realiza una diferenciación categórica entre lo jurídicamente vinculante y lo no vinculante. En ese sentido, una norma es vinculante en el ámbito internacional y en caso que no lo sea, solamente tendrá efectos en el ámbito político o moral. En cambio, de acuerdo con el calificativo relativo se considera que existen diversos grados de normatividad jurídica. Algunos relativistas sugieren un rango continuo de diversos grados de norma que parte desde un instrumento no normativo hasta una norma de *ius cogens* (Thirlway, 2019, p.162). Ante lo expuesto, el relativismo permite que un instrumento internacional pueda ser más o menos jurídicamente vinculante de acuerdo a lo pactado y expresado en el. Bajo esa línea, uno tendría que determinar qué tan legal o vinculante es un instrumento internacional.

A diferencia de la perspectiva positivista de carácter absoluto, los racionalistas por el contrario toman una postura relativa basada en que los Estados optan por instrumentos de *hard law* o *soft law* en consideración al grado de compromiso que se busca entablar. En ese sentido, racionalistas como Abbot consideran que los instrumentos internacionales pueden presentar diversos grados de vinculación en consideración a si generan obligaciones, la precisión de los términos empleados y la delegación a un tercero respecto a decisiones (Abbot, 2000, p.402-404). Por tales razones, la perspectiva en

cuestión estima que el *soft law* y el *hard law* son igual de útiles y no existe una jerarquía entre ellos.

Finalmente, respecto a la última perspectiva, Pollack y Shaffer señalan que los constructivistas se centran principalmente en los roles complementarios del *hard law* y el *soft law*. Al respecto, estos autores consideran que ni el *hard law* ni el *soft law* deberían obtener un grado de privilegio o superioridad jerárquica, debido a que los Estados y otros actores internacionales requieren de flexibilidad para experimentar y emplear el instrumento más adecuado a la situación correspondiente (Pollack & Shaffer, 2009, p.31-32). Como se puede observar, la postura en cuestión es de carácter académico y busca complementar a las anteriormente desarrolladas.

En cuanto a otras formas de entender al *soft law*, Shelton clasifica al *soft law* en dos categorías, las cuales reciben las denominaciones de primaria y secundaria. La primaria está compuesta por aquellos instrumentos que declaran nuevas normas y son utilizados en aquellas situaciones que se requiera de un instrumento normativo preliminar a la suscripción de un tratado. Por otro lado, la categoría secundaria engloba a las recomendaciones, comentarios de organizaciones internacionales y resoluciones de órganos internacionales con la intención de monitorear el cumplimiento de los compromisos o un estándar respecto a un tema en particular (Shelton, 2008, p.4).

A pesar de la importancia y de los múltiples escenarios en los que se utiliza el *soft law* actualmente, el concepto ha recibido diversas críticas a lo largo del tiempo. A manera de opinión, Reisman señala que en consideración al adjetivo *soft*, el cual se traduce a suave o blando en español, se puede generar una obstrucción y confusión en el ámbito político o económico. Lo anterior se basa en que las leyes deben fomentar certeza y seguridad, pero en el caso del *soft law*, se da una incertidumbre en torno a los compromisos establecidos y a su cumplimiento (Reisman, 2011, p.26).

Cabe destacar también que la alusión a un derecho suave en contraste con un derecho duro da a entender que el primero es menos fuerte o menos importante que el último, lo cual no es del todo cierto, porque son los sujetos de derecho quienes optan por utilizar estos instrumentos en consideración a ser más adecuados a sus intereses y

objetivos respecto a una situación en particular. No obstante a ello, perspectivas en torno al *soft law* como la positivista cuestionan la noción y utilidad del *soft law*, en atención a que las normas deben ser jurídicamente vinculantes y todo aquello que no cumpla con esas condiciones, no sería una norma o sería inferior jerárquicamente.

Asimismo en cuanto a la relatividad normativa, Fajardo señala que diversos autores positivistas consideran al *soft law* como una idea que cuestiona las bases del Derecho Internacional y que rompe con el orden ya establecido al incorporar diversos grados de relatividad normativa (Fajardo, 2017). Por tales razones, el *soft law* ha generado diversos debates doctrinarios respecto a la distinción binaria de normas jurídicamente vinculantes o no vinculantes en contraposición con la idea de una normatividad con diversos niveles de vinculación.

En consideración de lo anterior, Friedrich emplea la denominación de normatividad continuada o normatividad relativa para explicar la controversia existente entre una perspectiva binaria y una perspectiva relativa. Ante la tesis del *soft law*, se señala que existe una preocupación en saber cuándo y dónde comienza o termina una norma. Sin una idea clara respecto a ello, se vería cuestionada la capacidad del ordenamiento jurídico de cumplir con sus funciones (Friedrich, 2013, p.4-5).

Respecto a ello, Shelton señala que el uso del término de *soft law* variará en relación a si uno adopta una perspectiva continuada o relativa en torno a la normatividad de estos instrumentos internacionales. En adición a ello, la autora comenta que cada vez más tratados implementan disposiciones con obligaciones suaves con la intención de fomentar la cooperación, mientras que en el otro lado, se celebran más instrumentos jurídicamente no vinculantes que incluyen mecanismos de supervisión y cumplimiento, los cuales eran normalmente incluidos en tratados (Shelton, 2003, p.167-168).

En ese sentido, si tomamos una postura absoluta en torno al *soft law*, se podrá comprender que el concepto de *soft law* abarca a todos aquellos instrumentos que no son vinculantes jurídicamente, mas poseen cierta relevancia en el ámbito jurídico. En contraposición a ello, el *hard law* representaría todo lo que es jurídicamente vinculante, ello implica que los tratados son intrínsecamente *hard law* por excelencia y su forma de

tratado es suficiente para entender que nos encontramos ante un instrumento que genera obligaciones vinculantes.

Por el contrario, en consideración a la relatividad normativa, Olsson señala que hay académicos que consideran que un acuerdo con forma de tratado no es necesariamente un instrumento de *hard law*, ya que ciertos tratados como disposiciones contenidas en ellos pueden ser más de carácter de *soft law* al no establecer contenido normativo claro o preciso que imponga obligaciones a las partes. En ese sentido, la ambigüedad y generalidad podría hacer que una disposición de un tratado o un tratado en sí pierda su carácter de *hard law*. Se concluye que para esta postura, el contenido de un tratado y no la forma es esencial para determinar si nos encontramos ante un supuesto de *hard law* o *soft law* (Olsson, 2013, p.180-181).

Finalmente, Klabbbers plantea una crítica importante respecto a la relatividad normativa en el *soft law*, en consideración a las consecuencias legales que se podrían originar. El autor señala que si las consecuencias legales fueran indistinguibles entre el *hard law* y el *soft law*, la tesis del *soft law* perdería fuerza. Ante ello, se plantea como ejemplo la situación en la cual una recomendación fuera igualmente vinculante que un tratado, en ese caso no habría mayor utilidad o razón de usar una recomendación e insistir que es un instrumento de *soft law*. En ese sentido, un instrumento de *soft law* debería solamente ocasionar una ligera responsabilidad o sanciones mínimas en consideración de su naturaleza (Klabbbers, 1996, p.158).

Como el lector podrá comprender, de acuerdo con la doctrina no existe una definición universalmente aceptada en torno al concepto de *soft law* y esto radica en que existen diversas posturas que algunas veces pueden ser contrapuestas entre ellas mismas, respecto al rol del *soft law* en el ámbito internacional. Ante ello, no es el objetivo de la presente investigación en profundizar sobre las diversas variantes o nociones de *soft law*, sino más bien tomar una actitud práctica en cuanto a este concepto, una posición basada en el reconocimiento del *soft law* como una herramienta que permite a los Estados en celebrar instrumentos que se adecúan más a sus necesidades, que procura rescatar la importancia de mantener un orden basado en distinciones formales de las categorías de jurídicamente vinculante o jurídicamente no vinculante, que reconoce la existencia de



instrumentos de *soft law* que regulan cuestiones normativas, pero se limitan al ámbito moral o político de carácter no vinculante, y que finalmente, se acepta la importancia de analizar el contenido de los instrumentos para determinar si se está ante un instrumento jurídicamente vinculante.

En lo que respecta al tema, Olsson señala que sería engañoso clasificar a todos los tratados y sus disposiciones como *hard law*, lo mismo aplica para resoluciones, declaraciones y códigos de conducta como *soft law*. Para ciertos autores, algunos tratados pueden llegar a ser completamente o parcialmente *soft law*, en consideración a su contenido ambiguo, político o moral, por el contrario, instrumentos considerados como jurídicamente no vinculantes como resoluciones de la Asamblea de las Naciones Unidas llegan a ser reconocidas como jurídicamente vinculantes. No obstante a ello, se acepta que los tratados e instrumentos no vinculantes de *soft law* acarrearán diversas consecuencias y que solamente la violación de una norma jurídicamente vinculante ocasionaría responsabilidad internacional (Olsson, 2013, p.193).

Respecto a lo señalado en el párrafo anterior, una opinión como la desarrollada por Olsson resulta importante al reconocer que existen instrumentos internacionales que serían comúnmente catalogados como *hard law* o *soft law*, pero terminan teniendo el efecto contrario a lo que uno se esperaría, entre otros ejemplos de ello se encuentran las decisiones del Consejo de las Naciones Unidas o las decisiones de la Comunidad Andina que uno inicialmente interpretaría como *soft law*, pero terminan llegando a ser vinculantes jurídicamente. No obstante a ello, se considera que no se debe caer en la práctica de relativizar las nociones de *hard law* o *soft law* en tal grado que no exista certeza en cuanto a la naturaleza jurídica de un instrumento. Por ello, un tratado es y será un instrumento de *hard law* al encontrarse regido por el Derecho Internacional y establecer tanto obligaciones y derechos.

Por tales razones, a pesar de las diversas posturas teóricas consideradas en torno al *soft law*, la presente investigación se basará en la importancia de mantener seguridad y certeza sobre la naturaleza de un instrumento. Si bien se considera que el contenido o ciertas disposiciones de un instrumento pueden ser de carácter “*soft*” o de carácter blando, no se debe caer en la idea de relativizar la naturaleza jurídica de instrumentos

internacionales. Por tal motivo, se puede establecer una diferenciación notable y práctica entre un tratado y una recomendación o declaración política. De manera complementaria, Klabbers señala que el Derecho en sí, considerando su binariedad, resulta capaz de reflejar un panorama completo de sutilezas y matices, las cuales permiten que el Derecho pueda incluir diversos matices sin perder su carácter binario (Klabbers, 1996, p.180).

En resumen, a lo largo de la presente investigación, se deberá entender que el concepto de *soft law* comprende a todos aquellos instrumentos internacionales que no generan obligaciones o derechos en el marco del Derecho, que poseen carácter normativo y que tienen implicancias en el ámbito jurídico, político o moral. Por otro lado, el *hard law* comprenderá a todos aquellos instrumentos internacionales que se encuentran destinados a generar obligaciones y por lo tanto, derechos en el marco del sistema jurídico. En atención a lo desarrollado, si bien una categorización binaria resulta lo más común y útil para orientarnos respecto a la naturaleza jurídica de un instrumento, a veces la categorización de *hard law* y *soft law* puede resultar insuficiente, ya que también pueden darse casos de ciertos instrumentos internacionales que no cumplan específicamente con estas definiciones, pero se acerquen más a los parámetros que determinan a un instrumento de *hard law* o de *soft law*, esto será materia de profundización cuando se analice al memorando de entendimiento sobre derechos aerocomerciales y se precise su naturaleza jurídica.

Con esto claro, los memorandos de entendimiento encuentran comúnmente un lugar en el ámbito del *soft law*. Al respecto, el Department of Foreign Affairs and Trade de Australia indica que la forma más conocida de instrumento de menor grado que un tratado es el memorando de entendimiento. Sobre lo anterior, el Ministerio de Relaciones Exteriores de Australia define a un instrumento de menor grado que un tratado como aquel que contiene compromisos políticos sin crear derechos u obligaciones legales. En ese sentido, se trata de un instrumento que no es vinculante en cuanto al Derecho Internacional y que recibe diversas denominaciones como la de intercambio de notas, *joint communiqués*, notas de entendimiento o memorando de entendimiento (Department of Foreign Affairs and Trade, 2018, p.1).

Como se puede apreciar, en el momento de la negociación de instrumentos internacionales, cada vez resulta más cotidiano que los Estados elijan convenientemente el instrumento que se adecúe más a la situación en particular. Los múltiples instrumentos de *soft law* existentes corresponden entonces a las nuevas necesidades en el ámbito internacional. En cuanto a ello, Hillgenberg señala que los instrumentos internacionales que no son tratados son celebrados, en consideración a que los Estados involucrados no desean un tratado completo que pueda generar un supuesto de responsabilidad internacional en caso del incumplimiento de una obligación internacional. Por ende, en sentido lato, estos instrumentos son conocidos por las denominaciones de declaración de intenciones, declaración conjunta o memorando de entendimiento (Hillgenberg, 1999, p.504).

En torno a la relación existente entre el *soft law* y los memorandos de entendimiento, Pollack y Shaffer mencionan que para Abbott & Snidal, los instrumentos de *soft law* se emplean en diversas situaciones con la finalidad de establecer un vínculo que posteriormente será regulado por un instrumento jurídicamente vinculante. Al respecto, ambos autores señalan que los Estados utilizan instrumentos de *soft law* en estas situaciones cuando existe incertidumbre en torno a las implicancias y consecuencias de un acuerdo internacional. Por tal motivo, el presente mecanismo permite a los Estados a establecer una relación inicial que en el futuro podrá ser completada con la firma y ratificación de un tratado. A manera de ejemplo, se señalan el código de conducta voluntario sobre pesticidas del año 1985 por la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO) que se completó con el Convenio de Róterdam sobre el procedimiento de consentimiento fundamentado previo aplicable a ciertos plaguicidas y productos químicos peligrosos del año 1998 (Pollack & Shaffer, 2009, p.30-31).

Sobre lo desarrollado, el memorando de entendimiento cuando es un instrumento de *soft law* puede llegar a ser empleado para expresar los intereses y necesidades de las partes con miras a regular un asunto en particular. En la práctica se emplean estos memorandos de entendimiento para regular asuntos técnicos o políticos que por sus características requieren de una rápida modificación. En ese sentido, al ser de naturaleza no vinculante, tal instrumento será desarrollado y completado posteriormente por un

instrumento vinculante como un tratado. En el caso de los memorandos de entendimiento sobre derechos aerocomerciales sucede algo similar, ya que se cumple lo anterior al ser instrumentos celebrados preliminarmente para establecer una relación aerocomercial entre países que luego será desarrollada y completada por un acuerdo sobre servicios aéreos.

Ante lo expuesto, el lector podrá interpretar que al ser el memorando de entendimiento un instrumento que es reconocido en la práctica como un instrumento de *soft law*, aquello significaría que todos los instrumentos que posean tal denominación serán instrumentos de *soft law*. La verdad es que este razonamiento se encuentra muy alejado de la realidad, ya que sucede algo especial y complejo en torno a la noción de “memorando de entendimiento”, que este término es ambiguo y se debe entender que es una figura jurídica que en sí no presenta una naturaleza específica y por ende, tal instrumento puede llegar a representar un inmenso abanico de instrumentos internacionales con diversas características.

Lo señalado será desarrollado posteriormente, pero a manera de resumen, un memorando de entendimiento no es necesariamente un instrumento de *soft law*, ya que en ciertos casos podríamos estar ante un memorando de entendimiento como tratado que pertenecería al ámbito del *hard law*. La idea que el lector deberá comprender es que ante un memorando de entendimiento en particular, se deberá realizar un análisis del contenido para así comprender los intereses y necesidades expresados, de tal modo, se podrá llegar a comprender la naturaleza jurídica del instrumento.

En lo que respecta a esta investigación y al lugar de los memorandos de entendimiento sobre derechos aerocomerciales, se debe considerar que por sus características y contenido, estos instrumentos internacionales no pertenecen al ámbito del *soft law*. Aquello se debe a que tales instrumentos que se celebran preliminarmente para establecer una relación aerocomercial entre países, se encuentran destinados a regular aspectos como el otorgamiento de derechos aerocomerciales, la autorización de aerolíneas designadas, la operación y demarcación de rutas como también frecuencias aéreas que en esencia generan obligaciones jurídicas regidas por el ordenamiento interno de las partes. En síntesis, los memorandos de entendimiento sobre derechos

aerocomerciales no son instrumentos de *soft law*, al ser jurídicamente vinculantes. Lo anterior no significa que estos memorandos de entendimiento sean *hard law* expresamente, sino que estos instrumentos presentan mayores similitudes con instrumentos de *hard law* que son jurídicamente vinculantes.

A manera de conclusión, en la práctica de los Estados se evidencia una interacción constante entre el *hard law* y el *soft law*, por tales razones se pueden encontrar instrumentos de *soft law* para cada situación en particular. Desde instrumentos como recomendaciones, códigos de conducta, directivas y declaraciones políticas a otros instrumentos que contengan carácter normativo. Por ello consideramos que el *soft law* es una herramienta útil mediante la cual se puede complementar las fuentes del Derecho Internacional y hasta se podría sentar camino a que se establezcan prácticas comunes en el ámbito internacional como también la celebración de instrumentos posteriores que sean jurídicamente vinculantes.

En atención a lo desarrollado, se debe enfatizar que el carácter jurídicamente vinculante que se le confiere a un instrumento internacional se da en virtud de las intenciones de las partes, de la materia pactada en el y de la finalidad que inspira la celebración del instrumento, las cuales se encuentran expresadas en el texto del instrumento. De modo tal que el carácter jurídicamente vinculante definirá al instrumento y precisará sus efectos y consecuencias jurídicas. Por tales razones, con la finalidad de discernir qué es lo que hace a un instrumento jurídicamente vinculante frente a uno que no lo es, el siguiente título se encargará de desarrollar y profundizar el tema en cuestión.

## **1.2 ¿Jurídicamente vinculante o no?**

Al inicio del presente capítulo, se desarrolló en nuestros propios términos que el concepto de "jurídicamente vinculante" en el marco de un instrumento internacional hace referencia a la generación de derechos y deberes para las partes al establecer una obligación de carácter jurídico. En cuanto a ello, la definición proporcionada requerirá que se precisen y definan las nociones anteriormente empleadas. En ese sentido, se procederá inicialmente a explorar los conceptos empleados en esta definición, tales como "derecho", "deber", "obligación jurídica" y "Derecho Internacional".

Con miras a analizar los conceptos empleados en esta definición, se debe recordar que las definiciones legales no deben establecerse en base a sinónimos, sino que deberán ser analizadas en consideración al contexto en el que son comúnmente utilizadas con la finalidad de evitar ambigüedades. A partir de ello, se considera que al momento de preguntarse la definición de un término, uno debe procurar comprender también el porqué de la existencia de tal concepto, su fundamento y propósito. De tal manera, uno podrá llegar a tener un mayor panorama de la esencia del concepto.

En cuanto al concepto de “derecho”, Edmundson señala la existencia de dos teorías principales en cuanto a la existencia de derechos legales, la teoría del interés y la teoría de la elección. En lo que respecta a la teoría del interés, se señala que esta propuesta se fundamenta en la idea de que los derechos se encuentran justificados por el interés que posee el titular del derecho y se fundamenta en una postura utilitarista. Al respecto, la teoría del interés por sí misma no distingue entre los diversos tipos de intereses que puedan existir, sean estos colectivos o individuales y ello podría devenir en discrepancias en el campo moral cuando la protección especial de un interés individual no considera el menoscabo de los derechos del colectivo o de otro sujeto de derecho (Edmundson, 2004, p.120). De manera complementaria, autores como Salmond señalan que los derechos legales responden necesariamente a un “interés”, noción que definió como situación que simboliza una ventaja para el hombre. En ese sentido, un derecho legal se entendería como una situación de ventaja que posee un titular en la cual, se le protege un interés en particular (Salmond, 1966, p.215).

Por otro lado, Edmundson continúa señalando que la teoría de la elección presenta una dimensión conceptual y otra justificatoria. En cuanto a la dimensión conceptual, se debe comprender que un derecho no es un derecho si no tiene un sujeto de derecho o titular al cual serle asignado y nadie cuenta con un derecho a menos que pueda ejercerlo y exigir el deber correlativo a aquel derecho. Respecto a la dimensión justificatoria, el propósito y función de un derecho es proteger la autonomía individual. La presente teoría suele ser utilizada comúnmente por jueces y autoridades legales, y presupone que para estar ante un derecho, se debe cumplir con estar en la capacidad de poder ejercer el derecho en cuestión. Lo anterior puede entrar en discrepancia con derechos que son

inalienables, pero que no son ejercibles, por ejemplo, el derecho de acción es ejercible en el campo judicial, pero el derecho a no ser torturado no lo es (Edmundson, 2004, p.126).

En lo que respecta al concepto de “derecho”, Hart consideró que una persona X tiene un derecho en el caso de que se cumplan las siguientes condiciones: en primer lugar, se dé la existencia de un sistema legal que ampare tal derecho, en segundo lugar, que en consideración a un sistema de reglas, una persona Y se encuentra vinculada a X y motivo de tal vinculación, esta persona Y estará obligada a hacer o abstenerse de realizar una acción. Finalmente, la obligación legal que vincula a ambos sujetos depende de la decisión de X y por otro lado, Y se encuentra vinculada a hacer o abstenerse de una acción en consideración a que X lo decida así o decida de otro modo (Hart, 1983, p.35).

De manera concisa, Garner señala que el concepto de “derecho” posee múltiples acepciones. En ese sentido, en cuanto al ámbito legal, un derecho es algo que le pertenece a una persona por justa pretensión, garantía legal o principio moral. Asimismo, el concepto de derecho se puede entender como un poder, privilegio o inmunidad asegurada a una persona por el sistema jurídico (Garner, 2010, p.1436).

Bajo esa misma línea, Harris señala que diversos autores han relacionado necesariamente el concepto de derecho con el de deber. Al respecto, se señala que Salmond consideró que a todo derecho se le antepone un deber. Por otro lado, también se presenta el punto de vista contrario al mencionar a John Austin, quien distingue entre deberes relativos y deberes absolutos. Los primeros son obligaciones que responden a los derechos que se le relacionan, mientras que los últimos son obligaciones impuestas por la ley que no involucran derecho alguno (Harris, 2007, p.95).

Por su parte, Garner señala que el concepto de “deber” se entiende como una obligación legal que se debe o adeuda a otro sujeto y que deberá ser satisfecha, una obligación a la cual se le contrapone el derecho de otra persona. En adición a ello, un deber legal se sustenta en un acto jurídico o la aplicación de la ley, una obligación legal que en caso de incumplimiento daría lugar a un supuesto de responsabilidad (Garner, 2010, p.580). En ese sentido, Breakey comenta que los deberes pueden ser categorizados en deberes positivos y deberes negativos. En ese sentido, los deberes positivos obligan al

titular del deber a realizar una acción o concretar un objetivo. En contraposición a ellos, los deberes negativos consisten en establecer una prohibición a la realización de un acto (Breakey, 2015, p.1198).

En cuanto a la distinción entre los concepto de deber y obligación, Castillo Freyre señala que ambos conceptos presentan una relación de género y especie. Por ello, se distingue que una obligación es un deber jurídico, el cual presenta esencialmente un contenido patrimonial en el Derecho Civil. A partir de ello, el mismo autor explica que una obligación es la relación que se establece entre dos sujetos, un deudor que se responsabiliza a cumplir una prestación patrimonial en favor de un acreedor (Castillo, 2017, p.19).

Por el contrario, en el contexto del ámbito internacional, una obligación se entendería como el vínculo formado entre sujetos de Derecho Internacional quienes se otorgan derechos y se comprometen mediante deberes bajo las normas existentes en el Derecho Internacional. En cuanto a esta definición de obligación internacional, Crawford comenta que un sujeto de Derecho Internacional es una entidad que posee tanto derechos y obligaciones de carácter internacional, y cuenta con la capacidad de ejercerlos en instancias internacionales como también de ser susceptible de responsabilidad internacional en el caso del incumplimiento de las obligaciones internacionales establecidas (Crawford, 2012, p.115).

Bajo esa línea, se comprende que los sujetos de Derecho Internacional al ser centros de imputación de derechos y deberes, se encuentran facultados a establecer obligaciones internacionales que se regirán en el marco de las normas del Derecho Internacional. A manera de ejemplo, entre los sujetos de Derecho Internacional reconocidos que cumplen con las condiciones anteriormente presentadas, se encuentran principalmente los Estados, las organizaciones internacionales, las comunidades beligerantes y movimientos de liberación nacional, entre otros.

Finalmente, en cuanto al concepto de Derecho Internacional, Aust (2007) señala que es el conjunto de normas jurídicamente vinculantes para los Estados y otros sujetos de Derecho Internacional en lo que respecta a las relaciones entre ellos (Aust, 2007, p.lvi).



En adición a ello, Salmón menciona a Dupuy, quien define al Derecho Internacional como el conjunto de normas e instituciones destinadas a organizar y reglamentar el ámbito internacional (Salmón, 2017, p.17). En tal sentido, las normas de Derecho Internacional serán el soporte y la base por los cuales se regirán los compromisos e intereses establecidos en los instrumentos internacionales celebrados.

En vista de lo desarrollado y retomando el tema central, el Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú señala que un instrumento internacional es un término genérico utilizado para describir a documentos de carácter jurídicamente vinculante, de carácter no vinculante jurídicamente y tratados. Los instrumentos jurídicamente vinculantes estarán destinados a crear, modificar, regular o extinguir derechos y obligaciones en el marco de las normas internacionales (Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Relaciones Exteriores Decreto Supremo N°135-RE, 2010).

Ante lo señalado, todo instrumento jurídicamente vinculante se caracteriza por un elemento que le otorga una fuerza vinculante. En ese sentido, Hage presenta dos perspectivas diferentes respecto a la fuerza vinculante de las normas. En primer lugar, considera que la norma es de carácter vinculante, porque influye al comportamiento humano. Por otro lado, estima que la norma es vinculante, porque impone obligaciones. En ese sentido, el autor señala que una norma tendrá fuerza vinculante siempre que pueda generar consecuencias legales (Hage, 2018, p.21-22).

En ese orden de ideas, Friedrich señala que el concepto de “jurídicamente vinculante” para el Derecho Internacional parte de la noción de que lo pactado mediante el instrumento se manejará en conformidad con los preceptos y procedimientos legales, entre ellos se consideran al proceso de expresión de consentimiento, los procedimientos de ratificación de tratados y el derecho sobre tratados (Friedrich, 2013, p.7). Ante lo expuesto resulta evidente que las obligaciones establecidas entre las partes se deben adecuar a las formalidades normativas de los ordenamientos jurídicos respectivos, en el caso que el instrumento utilizado sea un tratado entre Estados, la Convención de Viena sobre Tratados resulta de aplicación y el artículo 26 relativo al principio de *pacta sunt servada*, el cual se basa en que un tratado en vigor obliga a las Partes y debe ser cumplido

por ellas de buena fe, resulta esencial para entender la fuerza jurídicamente vinculante de los tratados.

De manera complementaria, Thirlway plantea que la autoridad de una norma que es jurídicamente vinculante para los Estados, se encuentra determinada por la fuente formal que da origen a tal norma. Sobre lo anterior, se señala que las fuentes formales más importantes son los tratados y la costumbre internacional. En consecuencia, se menciona que si una norma se encuentra en un tratado, tal norma es vinculante para las partes celebrantes de tal instrumento (Thirlway, 2003, p.119). En cuanto a lo anterior, respecto a la costumbre internacional debemos recordar que es generalmente aceptado que una norma basada en costumbre internacional sea jurídicamente vinculante para todos los Estados, salvo en ciertos casos concretos cuando se haya configurado un objeto persistente.

Sobre las características de un instrumento jurídicamente vinculante, Bodansky menciona que ser jurídicamente vinculante no depende de la justiciabilidad o aplicabilidad del instrumento en una corte. Por otro lado, el modo de ejecución y el uso de sanciones son significativos para garantizar el cumplimiento de una obligación, mas no son condiciones indispensables en un instrumento internacional para que este sea vinculante. Por último, el elemento de la precisión resulta importante para transmitir con claridad y evitar ambigüedades respecto a lo pactado, sin embargo no resulta ser esencial para que un instrumento internacional sea jurídicamente vinculante (Bodansky, 2015, p.159-160).

Todo esto nos lleva a entender al instrumento jurídicamente vinculante como aquella categoría de instrumento que busca establecer normas que engloban derechos y deberes que vinculan jurídicamente en el marco de una relación jurídica. En comparación con un instrumento jurídicamente no vinculante podemos destacar que con un instrumento vinculante se crean normas que son parte del Derecho, mientras que uno no vinculante puede contener disposiciones con contenido normativo que buscan influenciar comportamientos, pero que en consideración a su esencia, no crean Derecho. A manera de ejemplo sobre esto último, se encuentran las recomendaciones, códigos de conducta y directrices que existen en el ámbito internacional. Por otro lado, en torno a las

consecuencias, las consecuencias de un instrumento vinculante son mayoritariamente de carácter legal, mientras que las consecuencias de un instrumento no vinculante son de carácter político o moral.

Con las ideas claras, si nos ponemos a analizar el otro lado de la moneda, al lector le debe surgir la interrogante en torno a ¿qué se debería entender por un instrumento jurídicamente no vinculante? Nuevamente recurrimos a Klabbers quien presenta al acuerdo de caballeros como un antecedente histórico del cuestionamiento a la naturaleza jurídicamente vinculante de los instrumentos internacionales. De acuerdo con Klabbers, se señala que estos acuerdos inicialmente se utilizaron para crear vínculos de naturaleza moral entre Estados. Más adelante, el autor menciona que una definición respecto a esta forma de acuerdo por el jurista Eisemann fue materia de controversia, al señalar este último que podía existir una suerte de acuerdo de caballeros de carácter normativo, en el cual existe una generación de normas sin involucramiento de un orden legal (Klabbers, 1996, p.17-18).

Bajo esa misma línea, un instrumento jurídicamente no vinculante, sin extraviarse en la posible denominación que se utilice, se utiliza para establecer un compromiso político, moral o cuasi normativo entre los interesados. Lo anterior se da con la finalidad de influenciar un comportamiento a futuro entre ellos sin la necesidad de involucrar una base legal. Respecto a la celebración de estos instrumentos, los interesados desean vincularse en un orden normativo moral o político en vez de las formalidades y requisitos que conlleva un orden normativo legal. En razón de ello, las consecuencias que se generen serán de carácter moral o político. Entre las diversas denominaciones que se utilizan para expresar que el instrumento no es jurídicamente vinculante podemos encontrar: acuerdos no vinculantes, acuerdos políticos, acuerdos no obligatorios, acuerdos no legales y memorandos de entendimiento.

La relación existente entre lo no jurídicamente vinculante y el *soft law* se ha mencionado anteriormente. Con Aust se explicó que el concepto de *soft law* se utiliza para aludir a instrumentos internacionales que no son tratados y que tienen ciertos alcances normativos dependiendo de su contenido y que carecen de la intención de ser jurídicamente vinculantes. Sin embargo, Geboye considera que no todos los instrumentos jurídicamente no vinculantes pueden ser catalogados como *soft law*. Sobre ello, destaca

la importancia de diferenciar entre los instrumentos no vinculantes que pueden ser entendidos como declaraciones de carácter político y otros que son creados con el anhelo de sostener cierto valor legal (Geboye, 2012, p.41).

Si bien el presente punto ha sido desarrollado anteriormente cuando se desarrolló el tema de *soft law*, se debe recordar que el concepto de jurídicamente no vinculante no es necesariamente lo mismo que el de *soft law*, esto se basa en que para ciertos sectores de la doctrina, el concepto de *soft law* también abarca instrumentos que son vinculantes en menor grado, lo cual discreparía con las definiciones planteadas y desarrolladas por esta investigación. De manera complementaria, Meyer explica que el *soft law* es un conjunto de obligaciones que no son jurídicamente vinculantes, pero que son creadas con la expectativa de generar algún efecto legal indirecto en su aplicación (Meyer, 2009, p.890).

Por consiguiente, en relación al rol o función que cumplen los instrumentos jurídicamente no vinculantes, Shelton señala que en primer lugar, estos instrumentos pueden anteceder y ayudar a la formación de tratados. Por otro lado, los instrumentos no vinculantes facilitan el esclarecimiento de las disposiciones de otros instrumentos internacionales y permiten el desarrollo de la costumbre. Asimismo, son esenciales para conformar la práctica internacional de un Estado. Por último, se pueden utilizar como sustitutos cuando la celebración de un tratado resulta demasiado engorrosa y compleja (Shelton, 2003, p.169).

Finalmente, en lo que respecta al grado de eficacia de un instrumento jurídicamente vinculante, Bodansky señala que el carácter legal de una norma sirve para fomentar el cumplimiento de las obligaciones establecidas, en la medida que tales instrumentos requieren de una aprobación formal como la que se da por el congreso. En adición a ello, la existencia de una obligación legal genera mayor presión e importancia para los Estados respecto al cumplimiento de sus acuerdos, en comparación con un simple compromiso político emanado por un instrumento que no es jurídicamente vinculante (Bodansky, 2015, p.161). Cabe destacar que en la práctica, los Estados otorgan una mayor relevancia a instrumentos más formales como los tratados y a las consecuencias jurídicas que derivan de ellos, además que el incumplimiento a tales obligaciones legales generaría

mayor daño a la reputación y relaciones internacionales del Estado al poder implicar un supuesto de responsabilidad internacional.

A manera de conclusión, un instrumento jurídicamente vinculante se caracteriza por generar una obligación jurídica que vincula a sus celebrantes al establecer derechos y deberes entre ellos, y en caso de incumplimiento de la obligación, se generarían consecuencias jurídicas. En cambio, un instrumento jurídicamente no vinculante representa un compromiso o entendimiento político, moral o cuasi normativo entre los interesados, el cual no generará derechos, deberes ni una posible responsabilidad jurídica para ellos.

En consideración a las definiciones propuestas, la presente investigación reconoce y distingue entre un instrumento jurídicamente vinculante y un instrumento jurídicamente no vinculante para el Derecho Internacional. Al respecto, la diferencia radica en que, en el caso del último, se generarán obligaciones internacionales regidas por el Derecho Internacional, de las cuales solamente son susceptibles los sujetos de Derecho Internacional al ser centro de imputación de derechos y deberes para el Derecho Internacional. En ese sentido, se comprende que si bien ambas categorías de instrumentos generan obligaciones jurídicas, el campo de acción es distinto al ser obligaciones jurídicas regidas por el Derecho Internacional por un lado y por el ordenamiento interno de las partes en el otro.

Por consiguiente, en lo que corresponde a la naturaleza jurídica de los memorandos de entendimiento sobre derechos aerocomerciales a ser desarrollada posteriormente, la presente investigación concluyó anteriormente que este instrumento no corresponde a la categoría de *soft law*, en consideración a que al encontrarse destinado a establecer una relación jurídica de carácter aerocomercial entre países y regular aspectos como el otorgamiento de derechos aerocomerciales, la autorización de aerolíneas designadas, la operación y demarcación de rutas como también frecuencias aéreas, se estaría ante un instrumento jurídicamente vinculante que genera obligaciones jurídicas regidas por el ordenamiento interno de las partes.

En ese sentido, el lector comprenderá que la distinción realizada entre jurídicamente vinculante y jurídicamente vinculante para el Derecho Internacional es necesaria, ya que el solo hecho de señalar que un memorando de entendimiento sobre derechos aerocomerciales es un instrumento jurídicamente vinculante para el Derecho Internacional supondría primero que todo, en expresar que los celebrantes de estos instrumentos son sujetos de Derecho Internacional, que segundo, las obligaciones establecidas en el texto se regirán por las normas internacionales y que tercero, el incumplimiento de la obligación internacional devendría en un hecho internacionalmente ilícito que podría acarrear responsabilidad internacional.

La incoherencia de esto se torna más notoria cuando se comprende que quien celebra este instrumento internacional es una entidad pública del Estado, la Dirección General de Aeronáutica Civil. Bajo esa lógica, el hecho de catalogar a este instrumento internacional como vinculante para el Derecho Internacional supondría considerar que un organismo o entidad pública de un estado es centro de imputación de derechos y deberes para el Derecho Internacional, lo cual sería simplemente inadmisibles.

Por otro lado, en lo que respecta a la función del memorando de entendimiento sobre derechos aerocomerciales como instrumento jurídicamente vinculante, se debe comprender que su uso es esencialmente preliminar, ya que las disposiciones contenidas en el serán codificadas en un tratado posteriormente, este tipo de tratados que regulan la relación bilateral entre países reciben la denominación de acuerdo sobre servicios aéreos. En consideración a su finalidad de establecer una relación jurídica de carácter aerocomercial, esta investigación concluye en la necesidad de que estos memorandos sean jurídicamente vinculantes, ya que hasta que se apruebe y ratifique el acuerdo sobre servicios aéreos, el memorando de entendimiento sobre derechos aerocomerciales regulará la relación jurídica establecida por las autoridades aeronáuticas de los países que celebraron tal instrumento.

Como se ha podido observar, el memorando de derechos aerocomerciales responde a una cuestión de eficacia y eficiencia, al no ser necesario esperar a la aprobación de un tratado para contar con un marco normativo para la relación aerocomercial. No obstante a ello, se debe guardar cuidado con estos instrumentos, ya que como se analizará posteriormente, el memorando de entendimiento sobre derechos

aerocomerciales al regular contenido que necesariamente debería encontrarse en un tratado, se estaría utilizando como una forma de eludir o evitar el uso de un tratado en atención a los procedimientos constitucionales que se requieren para su aprobación.

En ese sentido, se deberá recordar que los Estados escogen el instrumento internacional más apropiado en consideración a sus intereses y necesidades conforme a la situación en particular lo permita. Por ello, la presente investigación considera que existen casos en los cuales, por la naturaleza técnica, comercial, política y hasta cultural del asunto, un memorando de entendimiento sería el instrumento adecuado para tales fines. A propósito de la figura jurídica del memorando de entendimiento, este instrumento responde a situaciones en las cuales se requiere de la realización de constantes modificaciones o que el instrumento sea de una rápida y sencilla aprobación, sin la necesidad de afrontar una discusión política o las formalidades que cada Estado prevé en torno a la aprobación y ratificación de tratados.

Finalmente y a manera de conclusión, se ha podido desarrollar y explicar brevemente la noción de jurídicamente vinculante y jurídicamente no vinculante que corresponden al objetivo principal del capítulo. Como se ha podido observar, estas categorías describen la esencia y efectos que conllevan la celebración de cada uno de estos instrumentos. Ante todo esto, se debe considerar que el uso cada vez más generalizado de instrumentos jurídicamente no vinculantes y el respeto a los compromisos establecidos en ellos, nos revela una mayor madurez y cooperación en el orden internacional. Por otro lado, la noción de jurídicamente vinculante como categoría general representa a todos aquellos instrumentos y normas que se encuentren destinados a crear obligaciones jurídicas, derechos y deberes que estarán regidos por el ordenamiento interno de las partes o por el Derecho Internacional.

Al fin y al cabo, con las ideas claras respecto a la noción de jurídicamente vinculante, nos enfocaremos en la figura jurídica, materia de estudio de la presente investigación, el memorando de entendimiento. En tal sentido, con la finalidad de asimilar la compleja naturaleza jurídica de este instrumento internacional, su involucramiento respecto a la cesión de derechos aerocomerciales y desarrollar su carácter

jurídicamente vinculante en el ámbito aerocomercial, se procederá a ampliar el tema en cuestión.

### **1.3 Concepto y naturaleza de un memorando de entendimiento**

En el ámbito internacional, las diversas situaciones y múltiples usos que se le han conferido a los memorandos de entendimiento han generado un debate respecto a su esencia y consecuencias. A primera vista, el uso común o la práctica generalizada han definido al memorando de entendimiento como un instrumento semejante a un compromiso político, moral o técnico, el cual se caracteriza por tener la finalidad de ser un instrumento de carácter no vinculante que solamente generará consecuencias políticas o morales a futuro.

Autores como Aust respaldan lo anterior al señalar que un memorando de entendimiento es un instrumento que se celebra entre Estados, los cuales no se encuentran interesados en ser regidos por las normas de Derecho Internacional y por ende, no son jurídicamente vinculantes (Aust, 2007, p.32). Del mismo modo, Friedrich menciona que los memorandos de entendimiento son instrumentos de carácter no vinculante que normalmente son negociados y celebrados con la finalidad de solucionar problemas de interés político común o para llegar a un acuerdo sobre cooperación. El autor destaca el gran uso que se le da a este instrumento por las instituciones internacionales para evidenciar el conflicto entre normas y evitar la interferencia de funciones entre órganos de organizaciones internacionales (Friedrich, 2013, p.16-17).

En consideración de ello, Garner define al memorando como una forma de registro informal, un instrumento o documento que integra información que las partes desean mantener en un medio escrito con valor probatorio o que sirve como base para un contrato formal a futuro (Garner, 2010, p.1074). El mismo autor plantea que el memorando de entendimiento se asemeja a la noción de "*letter of intent*" o carta de intención en español, un instrumento que detalla preliminarmente un entendimiento entre las Partes, quienes pretenden entrar en un acuerdo. Esta clase de documento se caracteriza por no ser vinculante, no obstante a ello, las cortes suelen reconocer que se ha realizado una suerte de compromiso (Garner, 2010, p.988).



De acuerdo con Shaw, la Foreign & Commonwealth Office del Reino Unido considera al memorando de entendimiento como un medio por el cual se suelen registrar acuerdos informales entre Estados, justamente en asuntos que son inadecuados a ser implementados en un tratado o en los cuales, un memorando resulta más apropiado al otorgar confidencialidad. Esta forma de instrumento se puede celebrar en un solo documento en el cual se emplean términos diferentes a los que se utilizan en un tratado o se puede basar en un intercambio de notas o cartas en las cuales se manifiesta el entendimiento entre los gobiernos (Shaw, 2003, p.814).

De manera complementaria, Shelton nos indica la existencia de instrumentos normativos autónomos que no se encuentran relacionados ni tienen el propósito de convertirse en acuerdos vinculantes. Entre los ejemplos de estos documentos, se ubican el memorando de entendimiento y ciertas directrices de carácter no vinculante (Shelton, 2003, p.170). Como se puede observar, la versatilidad es uno de los elementos distintivos del memorando de entendimiento, ya que la posibilidad de contar con un instrumento autónomo que por sí solo puede establecer relaciones de cooperación entre Estados y que en consideración a la situación puede llegar a servir como un documento complementario o modificadorio de un tratado, realmente es de gran utilidad en un escenario internacional cada vez más pragmático.

En atención a lo anterior y respecto a cómo debería ser elaborado un memorando de entendimiento, la World Meteorological Organization señala que en primer lugar, debe existir una mutua intención entre los interesados de relacionarse y comprometerse mediante un memorando de entendimiento. Asimismo, las disposiciones a ser establecidas no deben ser opuestas a otros acuerdos previos que tengan las partes entre ellas o con algún tercero, por tal razón el instrumento deberá ser elaborado con la colaboración de expertos en las diversas materias que sean desarrolladas en el instrumento. Por último, un memorando de entendimiento deberá ser claro y debe prever facilidades para su modificación y actualización a futuro (World Meteorological Organization, 2012, p.2).

Finalmente, Lindblom señala que la regla general es que los memorandos de entendimiento sean instrumentos jurídicamente no vinculantes, sin embargo, se recomienda que cada instrumento sea clasificado en base a un análisis de las circunstancias por las cuales fue celebrado, o si se ha llegado a registrar con las Naciones Unidas o en consideración de una evaluación exhaustiva de sus disposiciones (Lindblom, 2005, p.498-499).

Ante lo expuesto, el lector debe haber advertido que lo señalado en cuanto al memorando de entendimiento como un compromiso político, moral o técnico de carácter jurídicamente no vinculante entra en conflicto con la idea anteriormente concluida de que los memorandos de entendimiento sobre derechos aerocomerciales son jurídicamente vinculantes. Sin la intención de generar confusión al lector, se debe enfatizar que efectivamente, en la práctica, se han presentado situaciones en las cuales se han celebrado memorandos de entendimiento que generan derechos y obligaciones jurídicas regidas por el ordenamiento interno de las partes y en otros casos por el Derecho Internacional.

En virtud de ello, la figura jurídica del memorando de entendimiento podría ser considerada por un lado como un instrumento jurídicamente no vinculante y por el otro, como vinculante entre los celebrantes. A manera de ejemplo, en la práctica se dan múltiples casos en los cuales podemos estar ante un instrumento jurídicamente vinculante para el Derecho Internacional como un tratado, pero aquel tratado se ha celebrado con la denominación o título de “memorando de entendimiento”. Ante ello, se debe entender que el concepto de memorando de entendimiento, más allá de ser una figura jurídica, también es una denominación que se emplea para instrumentos internacionales de diversa naturaleza.

En ese sentido, Aust señala que los inicios de la práctica de utilizar la denominación de memorando de entendimiento para un tratado se dieron a mediados del siglo XX, después de concluida la Segunda Guerra Mundial cuando diversos instrumentos relacionados al tratado de paz con Italia llevaron tal denominación. El autor menciona que la explicación de ello se sustenta en razones políticas que consistían en otorgarle a estos documentos una apariencia de menor formalidad (Aust, 2014, p.25).

Al respecto, se debe recordar que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados señala expresamente que los tratados pueden tener diversas denominaciones o nombres y en atención a ello, la ONU considera que el artículo primero del Reglamento de la Carta de las Naciones Unidas complementa el concepto de tratado al considerar cualquier forma o nombre descriptivo que se utilicen para hacer referencia a ellos. Por tales razones, el título y la forma de un instrumento serán de poca importancia en comparación con la examinación del contenido, al momento de analizar si nos encontramos o no ante un tratado. Adicionalmente, se hace mención a que en ese sentido, un canje de notas o un memorando de entendimiento son registrables conforme al artículo 102 del mencionado reglamento (ONU, 2013, p.31).

En atención a lo desarrollado, la presente investigación considera que la denominación de memorando de entendimiento es utilizada a veces en la práctica como un concepto “comodín”, en consideración de las necesidades y exigencias de los interesados, en vez de ser una figura jurídica única con características y consecuencias propias. Por tal razón, se debe interpretar lo anterior como si existiera una discrepancia o falta de consenso entre la teoría y la práctica al momento de concretar una definición clara en torno al memorando de entendimiento. Al existir una suerte de maleabilidad y plasticidad respecto al término, en el caso de encontrar un instrumento con la denominación de memorando de entendimiento, se deberá analizar antes que todo, el sentido del texto para saber si nos encontramos ante un instrumento jurídicamente vinculante o no.

Lo explicado hasta el momento da a entender las razones por las cuales la Organización de las Naciones Unidas mediante su Manual de Tratados imparte una definición vinculante respecto al memorando de entendimiento. En cuanto a ello, la ONU estima que el concepto de memorando de entendimiento se utiliza comúnmente para hacer referencia a un instrumento internacional de menor formalidad que un tratado convencional. Asimismo, se emplean usualmente para asuntos de carácter técnico o aquellos que no requieren un trato específico. En atención a ello, la ONU considera a este instrumento internacional como vinculante y les da registro de manera *ex officio* (ONU, 2013, p.71). En atención a ello, el lector puede considerar que la noción de memorando

de entendimiento que encontramos en esta cita representa la otra cara de la moneda en contraposición al sentido que la doctrina le otorga a este término.

Finalmente y ante lo expresado, la presente investigación considera que la noción de memorando de entendimiento es en esencia compleja, esto se debe a que como se ha podido analizar hasta el momento, se contempla la posibilidad de que un instrumento internacional con tal denominación pueda cobrar dos connotaciones distintas y opuestas entre sí, en consideración a la situación e intereses en particular, al ser jurídicamente vinculante o no. En adición a ello, se concluye que el problema se exagera cuando en el ámbito internacional se ha empleado el término de memorando de entendimiento como un concepto “comodín”, es decir, un concepto que carece de uniformidad conceptual para la doctrina y que puede llegar a tomar muchos significados dependiendo de a quien se le pregunte. No obstante a ello, se considera que como toda figura jurídica, esta debe contar con elementos y características únicas que sirvan para distinguirla de otras.

Ante ello, la presente investigación reconoce que en la mayoría de los casos, el memorando de entendimiento se asocia al ámbito del *soft law* y se celebra con la finalidad de establecer una línea de acción en común o un acuerdo de cooperación que tendrá el carácter de jurídicamente no vinculante, noción que responde a los usos y aplicaciones que se le han dado al concepto en el ámbito internacional y que es apoyada mayoritariamente por la doctrina. No obstante a ello, se debe evitar caer en las generalizaciones y recordar que el concepto de memorando de entendimiento también puede presentar otras acepciones y sentidos como cuando se celebra un tratado con la denominación de memorando de entendimiento, instrumento que en consideración a la naturaleza jurídica de un tratado establecerá obligaciones jurídicas regidas en el marco del Derecho Internacional.

Con miras a concluir esta introducción en torno al concepto de memorando de entendimiento, la presente investigación considera que si bien este término resulta ambiguo y requiere de un análisis del contenido como también del contexto en el cual se emplea, se mantiene persistentemente la idea de que el memorando de entendimiento es un instrumento de menor formalidad que un tratado convencional. En cuanto a ello, los Estados al momento de negociar y suscribir un memorando de entendimiento, lo realizan

en consideración a la versatilidad y menor formalidad que representa este instrumento en el ideario popular, y aquello da a entender que buscan no obligarse mediante un tratado.

Como se ha podido dar a entender con nuestro primer objetivo específico, la denominación de un instrumento internacional no es un elemento determinante para acercarse a comprender la esencia de tal instrumento. El caso en particular del memorando de entendimiento sobre derechos aerocomerciales es importante, ya que si bien se le conoce por ser un memorando de entendimiento, este se diferencia de las definiciones anteriormente señaladas al ser un instrumento destinado a establecer una obligación jurídica de carácter aerocomercial, y por ello sería considerado como un instrumento jurídicamente vinculante. A partir de ello, se reafirma la idea de que ante un instrumento con la denominación de memorando de entendimiento, se deberá recurrir a un análisis individual de cada instrumento y evaluar exhaustivamente sus disposiciones para determinar su esencia, su finalidad y los eventuales efectos que conllevaría su celebración.

En atención de esto, la presente investigación considera de gran importancia estudiar las razones por las cuales se elige o prefiere celebrar memorandos de entendimiento, con miras a entender la finalidad y el propósito que los Estados comparten al momento de optar por el memorando de entendimiento en sus negociaciones. Lo anterior nos permitirá comprender el porqué de su importancia y su creciente uso en el ámbito diplomático, comercial, de defensa, de salud y finalmente, de transporte. En adición a ello, como se ha podido desarrollar anteriormente, nos enfocaremos en analizar los efectos y consecuencias que se generarían a partir de estos instrumentos, en consideración a su naturaleza de ser jurídicamente vinculantes o no.

#### **1.4 Finalidad y efectos de un memorando de entendimiento**

Como se ha podido observar, en el ámbito internacional, la noción de memorando de entendimiento se ha caracterizado por una suerte de flexibilidad, una maleabilidad que le permite cobrar diversas connotaciones en consideración a los intereses de quienes opten por este instrumento. Por tales razones, antes de comenzar a indagar sobre el propósito y efectos de este instrumento, se presentará un ejemplo práctico que ayudará a comprender la situación del memorando de entendimiento.

Para empezar imaginemos una simple caja de cartón, esta se encuentra vacía y es de un tamaño mediano. A simple vista no hay nada de especial en ella, se trata de un instrumento que utilizamos para guardar otros objetos y que facilita su categorización como también su movilización. No obstante a ello, si agregamos un objeto dentro de la caja, unos zapatos por ejemplo, la forma o manera que nosotros utilizaríamos para hacer referencia a la caja cambiaría, ahora sería una caja de zapatos. En ese sentido, el contenido de la caja modifica la idea que nosotros tenemos en torno a ella al otorgarle una función o finalidad de guardar zapatos, pero ello no deja de lado que siga siendo una caja, una caja de zapatos.

El ejemplo presentado nos permite repensar el concepto de memorando de entendimiento al compararlo con una sencilla caja de cartón. Del mismo modo que la caja vacía, el memorando de entendimiento en blanco nos permite la posibilidad de otorgarle el sentido que queramos al expresar nuestros intereses y necesidades en sus disposiciones y contenido. A partir de ello, los Estados le han otorgado una connotación que se asemeja a la de un tratado al cumplir con los elementos característicos de tal figura jurídica y establecer obligaciones jurídicas en el marco del Derecho Internacional, mientras que por otro lado, la práctica internacional se ha visto enriquecida al presenciar un uso no vinculante jurídicamente del instrumento, en el cual se ha utilizado al instrumento como un medio para llegar a un entendimiento y establecer compromisos morales o políticos para fomentar la cooperación entre Estados u organizaciones internacionales.

Ante esto, la presente investigación considera que la función y finalidad de un memorando de entendimiento quedan reflejadas en su contenido, el cual de igual manera que en la caja de zapatos modifica nuestra idea respecto al instrumento, pero ello no desacredita que siga siendo un memorando de entendimiento, sea este un memorando de entendimiento como tratado o un memorando de entendimiento como instrumento jurídicamente no vinculante.

La incertidumbre generada en torno a este instrumento, de una forma ha opacado el hecho de que la noción de memorando de entendimiento posee características propias previamente a su contenido, las cuales motivan e incitan a los Estados u organizaciones

internacionales a preferir y utilizar especialmente al memorando de entendimiento. Entre las ideas que surgen al pensar en ello, generalmente se le concibe como un instrumento simple, de menor formalidad que un tratado. Por otro lado, las Partes que lo utilizan no son necesariamente Estados, ya que podría ser un ministerio, una entidad pública o un órgano de una organización internacional quien lo celebre. En adición a ello, se celebra con la finalidad de llegar a un entendimiento, sea esto en los términos que los interesados establezcan y finalmente, se suelen utilizar para tratar cuestiones mayoritariamente de índole técnico.

En consideración de lo mencionado anteriormente, la presente investigación considera que deben existir razones, por las cuales en la práctica internacional, los Estados buscan negociar y suscribir instrumentos que especialmente contengan la denominación de memorando de entendimiento. Se ha repetido varias veces que la denominación o título de un instrumento no nos acerca a entender la esencia del instrumento, a pesar de ello, la denominación a utilizar y las ideas que evoca o representa, congruentemente pueden llegar a ser utilizadas con la finalidad ulterior de aplicar una estrategia de negociación para arribar a un entendimiento, acuerdo o compromiso en consideración de la idea de simplicidad, menor formalidad y mayor flexibilidad que caracterizan a la noción de memorando de entendimiento.

En ese orden de ideas, tanto la incertidumbre como la flexibilidad que caracterizan a la noción de memorando de entendimiento pueden ser aprovechadas en ciertas situaciones con la finalidad de suscribir un instrumento que resulte ambiguo en torno a su naturaleza jurídica. Lo anterior resulta más comprensible cuando entendemos que existen casos de memorandos de entendimiento que incorporan contenido que puede resultar incompatible o incongruente con el sentido que se le busca otorgar inicialmente. A manera de ejemplo imaginemos que en el caso de un memorando de entendimiento como instrumento jurídicamente no vinculante, se inserte un párrafo sobre solución de controversias, en el cual se requiera de una corte o tribunal internacional que resuelva cualquier conflicto que se genere de la interpretación de sus disposiciones conforme al Derecho Internacional, esto claramente despertaría dudas en torno a si nos encontramos realmente ante un instrumento jurídicamente no vinculante.

De igual modo imaginemos que se celebra un memorando de entendimiento entre entidades públicas homólogas de dos países hermanos con la finalidad de establecer lazos y fomentar cooperación entre ellas. Sin embargo, en el texto del instrumento se insertan disposiciones relacionadas a la obligación de las instituciones de compartir información cada cierto tiempo, de presentar estrategias innovadoras para solucionar problemas que padecen ambas instituciones, de aportar fondos para proyectos a ser realizados conjuntamente, entre otros. Ante ello, se generarían ciertas dudas respecto a si nos encontramos ante un instrumento jurídicamente no vinculante.

Con la finalidad de complementar la idea, Aust menciona que en el año 1997, un memorando de entendimiento bilateral suscrito entre el Reino Unido y otro Estado generó desconcierto cuando el otro Estado llevó el instrumento al Congreso para su eventual aprobación como tratado. Al respecto, el malentendido se intensificó cuando este Estado envió una nota diplomática al Reino Unido solicitándole información sobre si ya habían concluido sus procedimientos internos para la aprobación del tratado. En tal sentido, el problema se encontraba en que durante la negociación, el Reino Unido había manifestado su intención de que el memorando de entendimiento a suscribir no sea un tratado, sino solamente un instrumento de cooperación de carácter no vinculante, de modo tal que este documento no debería ser sometido a la aprobación de ningún Parlamento. Ante la existencia de una discrepancia respecto a la naturaleza jurídica del memorando de entendimiento, Aust nos comenta que una posible solución a este problema sería que el Estado que no buscaba celebrar un tratado envíe una nota diplomática en la cual señale que se ha cumplido con los requisitos legales y que por ende, el instrumento será efectivo en consideración del entendimiento que este instrumento no es un tratado y que no será registrado ni publicado como tal (Aust, 2007, p.37). Esta solución terminó siendo aplicada finalmente en esta controversia.

En lo que respecta a nuestra investigación, un ejemplo claro en el cual la noción de memorando de entendimiento se emplea con fines de generar incertidumbre, se encuentra en la práctica de celebrar memorandos de entendimiento sobre derechos aerocomerciales. Al respecto, mediante este simple documento de carácter preliminar, los Estados establecen relaciones aerocomerciales entre ellos al cederse u otorgarse derechos de tráfico que permiten utilizar el espacio aéreo con la finalidad de realizar



vuelos aéreos internacionales. Ahora, la existencia de estos derechos aerocomerciales otorgados, se encuentra directamente relacionada con la existencia de ciertos deberes por parte de las autoridades aeronáuticas que confieren tales derechos, estos deberes se ven materializados en la obligación de respetar las libertades aéreas concedidas, de facilitar y mantener una infraestructura adecuada para las aeronaves y en respetar las rutas como también las frecuencias pactadas. Si bien nos encontramos ante un instrumento simple entre autoridades aeronáuticas, la presente investigación considera que en el Perú no existe un consenso en torno a la naturaleza jurídica de este instrumento internacional, lo cual será materia de análisis en consideración a las posturas de los sectores involucrados.

De acuerdo con lo anterior, el problema se encuentra en que el Ministerio de Transportes y Comunicaciones de nuestro país considera que este instrumento no genera obligaciones jurídicas para los participantes al ser un instrumento de carácter técnico y de uso cotidiano en el ámbito internacional. Lo señalado resulta cuestionable cuando el otorgamiento de derechos aerocomerciales es el elemento distintivo y fundamental de este instrumento para consolidar la realización de los servicios aéreos internacionales, y aquello despierta dudas en torno a su esencia, porque sería un sinsentido en señalar la inexistencia de obligaciones jurídicas cuando el instrumento en cuestión se utiliza con la expresa finalidad de otorgar derechos y generar deberes entre los participantes, no obstante a ello, esto se permite, porque nos encontramos en el marco de flexibilidad, simplicidad e incertidumbre que caracterizan a la noción de memorando de entendimiento.

Después de todo son los Estados quienes en consideración de sus necesidades e intereses, los que eligen los métodos y procedimientos, por los cuales establecerán relaciones entre ellos. La elección y preferencia por el memorando de entendimiento responde también a ciertos beneficios que se asocian con la noción del instrumento, la existencia de incertidumbre en torno a la naturaleza jurídica del instrumento puede ocasionar que en ciertos casos se recurra al memorando de entendimiento para omitir procedimientos internos de someter a voto o aprobación de un Parlamento, los cuales se contemplan como requisito constitucional y es el caso de nuestro país de acuerdo con el artículo 56 de la Constitución en cuanto a tratados. Del mismo modo, en el caso de un memorando de entendimiento supuestamente no vinculante, se podría aprovechar la flexibilidad e incertidumbre de este instrumento para incorporar párrafos y temas que

generalmente se incluyen en tratados, sin la necesidad de posteriormente someter el instrumento a aprobación del Parlamento como se hace con ciertos tratados.

Al respecto, Hillgenberg señala que en el hipotético caso que los Estados busquen celebrar un acuerdo con el mismo grado de obligaciones que el de un tratado, pero con el entendimiento de que el instrumento en cuestión no sería un tratado, sino un simple compromiso político, en lo que respecta al Derecho Constitucional, lo anterior podría ser interpretado como un abuso de un mecanismo legal para evadir obligaciones impuestas al gobierno por la Constitución (Hillgenberg, 1999, p.504).

En adición a los fines mencionados, los Estados suelen optar por suscribir memorandos de entendimiento con la finalidad de que en consideración a la noción de memorando de entendimiento y a la importancia de las materias contenidas en el, aquel instrumento mantenga cierta confidencialidad. Por tal razón, ciertos memorandos de entendimiento no son publicados para conocimiento general de la población ni son materia de registro. Este es el caso de los memorandos de entendimiento sobre derechos aerocomerciales, los cuales no son publicados en el Diario Oficial el Peruano ni son accesibles al registro de instrumentos internacionales por el Ministerio de Relaciones Exteriores, salvo excepciones como el memorando de entendimiento sobre derechos aerocomerciales con Chile.

Si bien por cuestiones de transparencia, la DGAC señala que el Perú mantiene relaciones aerocomerciales con cuarenta países a la fecha y mantiene un registro respecto a los instrumentos internacionales celebrados como también el documento interno que los aprueba (Dirección General de Aeronáutica Civil, 2020, p.1-9). A pesar ello, el acceso al contenido de los memorandos de entendimiento sobre derechos aerocomerciales celebrados por el Perú es de carácter confidencial, aunque la DGAC argumente que son simples instrumentos de naturaleza técnica. Lo anterior puede fundamentarse en la importancia económica que ellos representan al ser la base para las relaciones aerocomerciales que nuestro país mantiene con varios países y la presión ejercida por parte de las aerolíneas para su aprobación y mantenimiento.

De manera complementaria con lo desarrollado, Shelton señala que el memorando de entendimiento se ha convertido en la forma más usada de consolidar la cooperación intergubernamental. El uso de este instrumento radica en su flexibilidad para evitar restricciones políticas, costos económicos o requisitos legales que normalmente se encuentran relacionados con el aspecto formal que conlleva la celebración de un tratado (Shelton, 2003, p.168).

Finalmente, al hablar de la finalidad del memorando de entendimiento, se puede comprender que ello no sólo se limita a los usos y fines convencionales que motivan la suscripción de un memorando de entendimiento, sino que además la incertidumbre y flexibilidad que rodean a esta noción han dado cabida a que se celebre especialmente este tipo de instrumento con la finalidad de suscribir un acuerdo simple de menor formalidad que un tratado y que dependiendo de sus disposiciones, este resulte ambiguo en torno a su naturaleza jurídica y así pueda ser aprovechado con diversos fines ulteriores. No obstante a ello, la finalidad práctica del memorando de entendimiento se encuentra expresada en su contenido, el cual puede tener el sentido de ser un memorando de entendimiento como tratado utilizado para establecer obligaciones jurídicas en el marco del Derecho Internacional o ser un memorando de entendimiento como instrumento jurídicamente no vinculante que no busca establecer obligaciones jurídicas entre las partes.

Eventualmente, la finalidad y la intención reflejadas en el memorando de entendimiento guardan una estrecha y directa relación con los efectos que se buscan generar a futuro. De modo tal que cuando hablamos de los efectos del memorando de entendimiento, estos se interpretan como las consecuencias de celebrar esta clase de instrumento, aquellos efectos dependerán por ende del contenido o el sentido que se le otorgue al memorando de entendimiento. Por tal razón, los efectos que se llegarán a producir mediante este instrumento podrán ser por un lado de carácter jurídico y por el otro, en el ámbito político o moral.

Ante todo, un memorando de entendimiento como tratado se diferencia principalmente por generar obligaciones jurídicas en el marco del Derecho Internacional, esto significa que las partes que suscriben este acuerdo, se comprometen jurídicamente

a efectuar lo pactado mediante una obligación regida por el Derecho Internacional que generará tanto derechos y deberes vinculantes entre ellos. En consecuencia, los efectos serán de carácter jurídico internacional en congruencia con la naturaleza jurídica de tratado de este memorando de entendimiento y en virtud de ello, su incumplimiento acarrearía un supuesto de responsabilidad internacional del Estado infractor al cometer un hecho internacionalmente ilícito. De este modo, al tratarse de una obligación jurídica internacional, las controversias generadas en torno a ella podrán ser analizadas por una corte internacional y esto podrá devenir en una reparación al Estado perjudicado.

Por otro lado y desde el otro punto de vista, el memorando de entendimiento como instrumento jurídicamente no vinculante resulta de gran utilidad en el escenario internacional como herramienta para solucionar conflictos entre normas y evitar la interferencia de funciones entre órganos de organizaciones internacionales. Al ser un instrumento que se caracteriza por generar efectos políticos o morales en vez de jurídicos, se utiliza en diversos ámbitos para fomentar la cooperación cultural, técnica, comercial y política.

Al respecto, Pastor Ridruejo hace mención de los acuerdos no normativos y los define como acuerdos políticos o de intenciones, este es el caso del memorando de entendimiento como instrumento jurídicamente no vinculante. Sobre tales acuerdos no normativos, se señala que basados en la buena fe, no generarían compromisos jurídicos regidos por el Derecho Internacional, sino que crearán obligaciones políticas exigibles (Pastor, 2015, p.136). Rodríguez Díaz acompaña lo siguiente señalando que su incumplimiento por tanto, no genera responsabilidad internacional, sino responsabilidad política (Rodríguez, 2016, p.89).

En comparación con la responsabilidad internacional, la responsabilidad política no parte de un supuesto de incumplimiento de una obligación jurídica internacional, sino del incumplimiento de un compromiso moral o político. En tal sentido, la confianza y las relaciones de cooperación entre los Estados se ven afectadas negativamente cuando un Estado abruptamente decide no cumplir con lo pactado.

Por tales motivos, los Estados recurren a la negociación entre ellos para llegar a un entendimiento en el caso del surgimiento de una controversia, a diferencia de las instancias internacionales en el supuesto de responsabilidad internacional. En la práctica, los Estados pueden emplear su derecho a la retorsión en caso del incumplimiento de un compromiso, Garner señala al respecto que este se encuentra definido como un acto o acción de represalia legal que se da en consecuencia de una acción hostil o injusta por parte de otro Estado. Entre los diversos ejemplos de retorsión se encuentran la suspensión de relaciones diplomáticas entre Estados, la expulsión de ciudadanos extranjeros en el territorio del Estado lesionado o la restricción de los derechos de viaje (Garner, 2010, p.1431).

Por último, en lo que respecta a los memorandos de entendimiento que se encuentran regidos por el ordenamiento interno de las partes, los efectos a generarse se diferencian a los producidos por los tratados, en cuanto a que los efectos jurídicos serán de carácter doméstico en consideración a las normas vigentes de ambos países a ser aplicadas. Por ello, el incumplimiento de las obligaciones jurídicas devendría en un supuesto de responsabilidad por parte de las instituciones que celebraron el instrumento, pero no afectaría a los Estados como se da en la responsabilidad internacional. Los problemas que surjan de los compromisos pactados podrán ser solucionados mediante notas diplomáticas a través de las misiones diplomáticas de ambos países o por comunicación directa entre las instituciones sin recurrir a instancias internacionales.

Al fin y al cabo, a lo largo del presente subtítulo, se ha podido observar que los Estados optan por celebrar memorandos de entendimiento en consideración de sus necesidades y de los fines o efectos que busquen generar. Después de todo, los Estados son libres de elegir los métodos y medios, mediante los cuales se relacionarán. Por tales razones, la presente investigación considera que el memorando de entendimiento representa un problema y oportunidad, lo primero se explica al existir una suerte de incertidumbre y falta de consenso en torno a la definición del concepto. Lo anterior posibilita que se utilice este instrumento para traspasar la tenue línea entre ciertas figuras jurídicas y crear figuras ambiguas respecto a su naturaleza, como cuando se combina contenido característico de un tratado y de un instrumento jurídicamente no vinculante en el mismo texto. Por último, la ambigüedad que rodea a tales instrumentos puede ser aprovechada con el fin de omitir requisitos y procedimientos que caracterizan a ciertas

figuras jurídicas, lo anterior se ha comentado con el ejemplo de los tratados y sus requisitos constitucionales para una eventual aprobación.

Desde otra perspectiva, el memorando de entendimiento representa una oportunidad al ser un instrumento más dinámico y flexible que un tratado. Entre las expectativas que se asocian a la noción de memorando de entendimiento, se encuentran las de una mayor simplicidad y menor formalidad, lo cual agiliza el proceso de negociación y la entrada en efecto de lo pactado al no existir tantos requisitos previos como en el caso de un tratado. Finalmente, se debe recordar que en la práctica internacional, se ha empleado la denominación de memorando de entendimiento como concepto “comodín” y en atención al sentido del contenido, se podrían clasificar en memorando de entendimiento como tratado y memorando de entendimiento como instrumento jurídicamente no vinculante, clasificaciones que han sido materia de desarrollo a lo largo del presente capítulo.

Como se ha podido observar hasta el momento, el concepto de memorando de entendimiento ha sido analizado y estudiado por diversos autores en consideración de múltiples enfoques. En particular, Anthony Aust realiza una clasificación dicotómica interesante sobre el concepto de memorando de entendimiento en relación a su naturaleza y efectos jurídicos. Ahora bien, con la finalidad de anticipar el tema a ser desarrollado, Aust prefiere distinguir entre los memorandos de entendimiento y los (MdE), siglas de memorando de entendimiento.

Al respecto, el autor distingue dos escenarios para un instrumento con la denominación de memorando de entendimiento, que este sea jurídicamente vinculante o no vinculante jurídicamente. Ante ello se reconocerá como memorando de entendimiento a aquellos instrumentos jurídicamente vinculantes para el Derecho Internacional que cumplan las condiciones de ser tratados, mientras que el término de (MdE) será empleado para aquellos documentos que no estén destinados a ser vinculantes. En vista de ello, la Organization for the Study of Treaty Law precisa que para Aust, el concepto de (MdE) no significa en caso alguno, memorando de entendimiento, ya que (MdE) simboliza que el instrumento en cuestión no es un tratado, aun cuando se le otorgue la denominación de memorando de entendimiento (Organization for the Study of Treaty Law, 2015).

Aust señala que en nuestros tiempos, los (MdE) son mayoritariamente empleados en el ámbito de las relaciones internacionales para convenir en temas diplomáticos, comerciales, de defensa, relacionados a salud y al transporte. En la mayoría de estos casos se podría utilizar también un tratado, sin embargo, los Estados optan por un (MdE) en consideración de otros beneficios (Aust, 2010, p.54). Al final y al cabo, en la práctica, los memorando de entendimiento y (MdE) se diferencian entre ellos por el uso y la finalidad que se les confiere.

Con la finalidad de concluir nuestra exploración sobre los diversos usos y connotaciones del memorando de entendimiento, el siguiente subtítulo profundizará la categorización presentada por Anthony Aust, la cual ha sido brevemente explicada en los párrafos anteriores.

### **1.5 La distinción de memorando de entendimiento y (MdE)**

Sobre la base de lo desarrollado hasta el momento, nos debe resultar claro que llamar o denominar a un instrumento internacional como memorando de entendimiento, no determina necesariamente su naturaleza jurídica, estado legal y finalidad, ya que como se ha podido observar, al utilizarse el término como concepto “comodín”, se puede generar una gran confusión y ambigüedad en cuanto a su uso.

En atención a lo manifestado, Anthony Aust propone distinguir entre dos formas de memorando de entendimiento, las cuales para los fines de la presente investigación resultan sencillas y entendibles de emplear. Antes que todo, este razonamiento se origina en que la denominación de memorando de entendimiento es solamente eso, un nombre o título, por tal motivo es que podemos encontrar su aplicación tanto en instrumentos internacionales jurídicamente vinculantes como jurídicamente no vinculantes. Si bien se ha desarrollado anteriormente que pueden existir diversos fines por los cuales los celebrantes optan por emplear tal denominación, en este caso, la denominación no nos ayuda a entender la esencia del instrumento.

Por ello, a partir de la categorización de instrumento jurídicamente vinculante o no vinculante para el Derecho Internacional, Aust distingue que en la práctica internacional se celebran tratados e instrumentos no vinculantes con la misma denominación de memorando de entendimiento, y ante ello, el autor los diferencia mediante los términos de memorando de entendimiento y (MdE) respectivamente. En simples palabras, todo instrumento que cumpla con los requisitos de ser un tratado podrá ser catalogado como memorando de entendimiento, mientras que por otro lado, todo instrumento que sea jurídicamente no vinculante en el ámbito del Derecho Internacional será clasificado mediante el término de (MdE), concepto que proviene de (MoU), siglas en inglés para *memorandum of understanding* o memorando de entendimiento en español (MdE).

### **1.5.1 Memorando de entendimiento (Tratado)**

A manera de introducción, en lo que respecta al concepto de tratado, Aust basa su explicación en la definición de tratado expresada anteriormente en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, a la cual se hará referencia con el término de “la Convención”. Al respecto, Aust señala que un tratado es antes que todo, un acuerdo internacional que debe cumplir con los siguientes requisitos: primero que todo, este deberá ser concluido entre Estados, el instrumento deberá encontrarse en forma escrita, el texto del instrumento deberá expresar que existe la intención de crear obligaciones en base al Derecho Internacional, este deberá estar incorporado en un instrumento o en dos o más instrumentos relacionados, sea cual sea el nombre o denominación que se utilice y sin la necesidad de ser firmado (Aust, 2010, p.50-53).

En consideración de lo anterior, Fitzmaurice considera que la esencia de un tratado se ve reflejada en los términos y circunstancias particulares que llevaron a su elaboración. Asimismo, un tratado es entendido como un método mediante el cual, se generan obligaciones jurídicamente vinculantes en el ámbito internacional (Fitzmaurice, 2003, p.174-175). Al respecto, Lowe señala que todos los tratados comparten una característica básica en común, todos son acuerdos entre dos o más Estados u organizaciones internacionales regidos por el Derecho Internacional. En ese sentido, podemos estar seguros de que en el momento que un Estado decide comprometerse por



un tratado y no por otro instrumento internacional, este es el punto de partida para empezar a analizar las consecuencias jurídicas derivadas del compromiso en cuestión (Lowe, 2014, p.12-13).

Bajo esa misma línea, un tratado es un acuerdo o convenio en base a un elemento distintivo, el carácter o elemento internacional, el cual simboliza que la materia desarrollada en el instrumento irá a trascender nuestro país o se encuentra relacionada a dos o más países u organizaciones internacionales. La relación con el ámbito internacional se encuentra reflejada cuando se hace énfasis en la necesidad de que un tratado sea suscrito entre Estados, los cuales al ser sujetos de Derecho Internacional son centro de imputación de derechos y deberes. Lo anterior no reduce el ámbito de los tratados a solamente los Estados, sino que este requisito se basa en los criterios de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que resulta aplicable solamente para los Estados, mientras que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales regulará los acuerdos celebrados con estas últimas.

Sin la necesidad de ahondar demasiado en el tema, un tratado deberá ser redactado en conformidad a lo expresado en la Convención, el propósito de lo anterior se encuentra en la necesidad de la existencia de un documento permanente, legible y comprensible, sea en un medio físico o virtual, en el cual se registre lo acordado en un instrumento escrito. En adición a ello, la Convención enfatiza en que todo tratado necesariamente deberá manifestar una intención de crear obligaciones en el marco del Derecho Internacional. En el supuesto de la inexistencia de tal intención, no nos encontraríamos ante un tratado.

Al respecto, la presente investigación considera que la característica de generar obligaciones regidas por el Derecho Internacional es esencial e imprescindible al momento de entender la naturaleza jurídica de un tratado y esta será útil al distinguir entre un tratado y un (MdE). Respecto a ello, Aust señala que los instrumentos internacionales que buscan ser jurídicamente vinculantes deben mostrar una intención de crear obligaciones jurídicas en el marco del Derecho Internacional. Aquella intención debe ser perceptible por los términos utilizados en el documento o mediante las circunstancias que

llevaron a su celebración. Lo anterior debería prevalecer en comparación a lo que las Partes expresen posteriormente (Aust, 2010, p.51).

Al momento de pensar en un tratado, nos imaginamos que un único documento bastará para incorporar todas las disposiciones requeridas o anheladas, lo anterior es cierto y responde a la manera clásica de celebrar esta clase de instrumento. No obstante a ello, Aust menciona que desde hace tiempo, la práctica internacional en el ámbito de tratados, se ha caracterizado por presentar tratados cada vez menos formales, como es el caso del intercambio de notas diplomáticas desarrollado en Qatar c. Baréin. En particular, resulta necesario mencionar que existen tratados que en consideración a su importancia y contenido, son desarrollados posteriormente con instrumentos subsidiarios que formarán parte del tratado original (Aust, 2007, p.22).

A manera complementaria, la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas señala en su tercer punto que sería insensato excluir ciertas formas de acuerdos internacionales solamente por su método de conclusión o de entrada en vigor, en tal sentido se considera que existen diferencias entre los acuerdos simplificados y acuerdos formales, pero al final de todo son tratados en conformidad a la Convención (Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, 1966, p.188).

Por otro lado, respecto a las diversas denominaciones que pueden ser empleadas en un tratado, se debe entender que esto es común en esta clase de documentos y por tal razón, la noción de tratado se entiende como un concepto genérico, en el sentido que un tratado también puede incorporar las diversas denominaciones y categorías que los Estados suelen utilizar al expresar su deseo de vincularse mediante tal instrumento. Entre las denominaciones más empleadas se encuentran: tratado, convención, acuerdo, protocolo, declaración, pacto, intercambio de notas o cartas, memorando de entendimiento, estatuto y concordato, entre otras denominaciones reconocidas por la Comisión de Derecho Internacional y que presentan diversos usos y fines en particular.

Como se ha mencionado anteriormente, la Convención no distingue entre acuerdos simplificados o formales ni enfatiza en la denominación que comúnmente se utilice en la práctica. En el caso de un instrumento simplificado con la denominación de

memorando de entendimiento, este será un tratado siempre que cumpla con los requisitos para ser considerado como tal y esta sea la intención expresada por el contenido de sus disposiciones, en ese sentido, tal instrumento se encontrará sujeto a las normas de Derecho de Tratados. Finalmente en cuanto a los elementos que componen a un tratado, la Convención hace mención de la innecesidad de la firma como requisito constitutivo de un tratado. Lo anterior posibilita que instrumentos heterodoxos o documentos que no suelen ser firmados, también puedan ser considerados como tratados, siempre que cumplan con las condiciones para ser reconocidos como tales.

A manera de conclusión, los elementos desarrollados conforman la noción jurídica de tratado y delimitan la clasificación de Aust sobre esta forma de instrumento. Como bien se ha señalado, el término de memorando de entendimiento será empleado solamente para aquellos instrumentos internacionales que cumplan con los requisitos de ser un tratado. De manera ilustrativa, Aust hace mención de instrumentos que son tratados, pero que reciben la mencionada denominación de memorando de entendimiento, entre ellos se encuentran: *Memorandum of Understanding of the Guidelines for Transfers of Nuclear-Related Dual-Use Equipment* (1992), *Memorandums of Understanding on the Avoidance of Overlaps and Conflicts relating to Deep Sea-Bed Areas* (1992), *Iraq-UN Memorandum of Understanding concerning Weapons Inspections* (1998) y el *Memorandum of Understanding concerning Conservation Measures for Marine Turtles off the Atlantic Coast of Africa* (1999), entre otros instrumentos jurídicamente vinculantes (Aust, 2014, p.25-26).

### **1.5.2 Memorando de Entendimiento (MdE)**

La asociación del concepto de memorando de entendimiento con los instrumentos jurídicamente no vinculantes ha sido materia de análisis anteriormente. Si bien diversos autores y gobiernos vinculan este concepto con el ámbito del *soft law*, como se ha podido observar, tal generalización sería un error al existir instrumentos de *hard law* que también cuentan con tal denominación. Al respecto, el Ministerio de Relaciones Exteriores de Suiza indica que algunos Estados solicitan llamar a instrumentos jurídicamente vinculantes con la denominación de memorando de entendimiento, esto se sustenta en razones de procedimientos domésticos de tales países. En cuanto a ello, se menciona que

en el caso de Suiza se aceptan estas solicitudes siempre que exista absoluta necesidad y en consideración de que la denominación o título no determina la naturaleza del instrumento (Federal Department of Foreign Affairs, 2015, p.6).

En lo que respecta al uso no vinculante de este instrumento, en Australia se concluyen memorandos de entendimiento, acuerdos y declaraciones de menor estado legal que un tratado y que estos instrumentos no son jurídicamente vinculantes a menos que se señale lo contrario. Por ende, estos acuerdos de menor estado legal que un tratado son instrumentos mediante los cuales los interesados no buscan establecer derechos legales u obligaciones jurídicas de cualquier tipo y en su defecto se generan efectos morales y políticos entre ellos (The Law Society of New South Wales Young Lawyers, 2014, p.43).

Por tal razón, el Ministerio de Relaciones Exteriores de Australia considera que el instrumento más común en ser clasificado con el estado legal de menor que tratado es el memorando de entendimiento, entre otras figuras como los arreglos internacionales, el intercambio de notas y letras que contienen entendimientos. En lo que respecta, tales documentos contienen compromisos políticos o morales que no crean derechos ni obligaciones. Al no encontrarse sometidos a las normas de Derecho Internacional, estos instrumentos no estarán sujetos a los procedimientos de creación de tratados de Australia (Department of Foreign Affairs and Trade, 2018, p.1).

De manera similar y en consideración a la terminología desarrollada, Aust señala que los (MdEs) no buscan crear derechos y obligaciones internacionales como lo hacen los tratados, en vez de ello, se utilizan estos instrumentos para registrar los entendimientos mutuos que convienen los Estados. En cuanto a estos instrumentos, la gran mayoría no llega a ser publicada y suelen recibir diversas denominaciones como las de: acuerdo político, acuerdo de caballeros, acuerdo no legal o acuerdo jurídicamente no vinculante. Al respecto, los diplomáticos suelen referirse a esta forma o clase de instrumento como (MdE) en consideración a las siglas del término memorando de entendimiento en el idioma español (Aust, 2007, p.20-21).

En ese sentido, el (MdE) representa ser un instrumento de mayor simplicidad, menor formalidad y de menor estado legal que un tratado. En lo que respecta a las diferencias formales de ambos instrumentos, el (MdE) no presenta demasiados requisitos para su suscripción y entrada en efecto. Asimismo, el (MdE) se diferencia del tratado respecto a sus características esenciales de confidencialidad y de no registro, las cuales se concretizan en la no necesidad de su publicación en el diario oficial ni la necesidad de su registro en la ONU como se realiza con los tratados en conformidad con el artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas. Lo anterior permite mantener oculta información sensible en el ámbito comercial, político y de defensa. Por otra parte, la simplicidad y ausencia de formalidades se reflejan en que en la mayoría de los casos bastaría con las firmas de los encargados de las entidades administrativas para que el (MdE) entre en operación. Asimismo, esto último agiliza el proceso de negociación y suscripción de los acuerdos como también la posibilidad de plantear modificaciones a futuro.

De manera complementaria, la clasificación dicotómica de Aust también categoriza en el concepto de (MdE) a otros instrumentos que no contienen la denominación o título de memorando de entendimiento. De manera ilustrativa, entre los diversos e importantes instrumentos que reciben la categoría, Aust menciona a la *Universal Declaration of Human Rights* (1949), *Helsinki Final Act* (1975), *OSCE Charter of Paris* (1990) y la *Rio Declaration on Environment and Development* (1992), entre otros instrumentos jurídicamente no vinculantes (Aust, 2010, p.xliv).

En adición a ello y a manera de ejemplo, Aust hace mención de instrumentos internacionales con la denominación de memorando de entendimiento que se encuentran en esta categoría, como lo son: *Agreed Memorandum on the Commonwealth Secretariat* (1965), *Paris Memorandum of Understanding on Port State Control* (1982), *Jordan-United Kingdom Memorandum of Understanding on Deportations* (1995), *Memorandum of Understanding on Port State Control in the Caribbean Region* (1996), y el *Athens Memorandum of Understanding on the Regional Electricity Market in South East Europe* (2002) (Aust, 2007, p. xlviii).

Como el lector puede observar, el concepto de (MdE) propuesto por Aust desarrolla y complementa las definiciones anteriormente compartidas en torno a

instrumentos de *soft law* y al memorando de entendimiento como instrumento jurídicamente no vinculante. En ese sentido, autores como Mezarina y Rosales señalan que el (MdE) es un instrumento internacional de carácter bilateral o multilateral que se encuentra en el universo del *soft law*. Sobre el particular, esta forma de instrumento solamente recoge el deseo de los celebrantes de esforzarse por materializar los planes y compromisos que establecen entre ellos. Por lo expuesto, estos instrumentos no configuran obligaciones jurídicas ni responsabilidad jurídica en caso de incumplimiento (Mezarina & Rosales, 2019, p.394).

Finalmente, en lo que respecta a la relación entre el *soft law* y los (MdE), nuevamente Aust señala que el concepto de *soft law* usualmente es utilizado para hacer referencia a instrumentos internacionales que no son tratados y que tienen el propósito de establecer normas de aplicación general o universal como los lineamientos, recomendaciones y códigos de práctica. De modo que los (MdE) son instrumentos de *soft law* en el sentido de que no existe intención de que estos sean jurídicamente vinculantes (Aust, 2007, p.52-53).

A pesar de todas las ventajas y usos que se le han conferido al (MdE) en el ámbito internacional, este instrumento internacional presenta también dificultades como las que se han comentado anteriormente sobre la incertidumbre en torno a su naturaleza jurídica, su cuestionable aplicación para evadir los requisitos y procedimientos requeridos para un tratado o regular asuntos que desvirtuarían su carácter no vinculante, y los métodos para asegurar su efectivo cumplimiento.

Por otro lado, si bien la confidencialidad es una característica importante de los (MdEs), esta también puede representar un problema para su localización, tanto para los funcionarios y el público en general. Aquello se debe a que en ciertos casos, no se llega a hacer correctamente el registro correspondiente o no se conservan las copias de la suscripción de estos documentos, esto sea en formato digital o en copia física de fácil acceso. El hecho de mantener un registro actualizado de la suscripción de (MdEs) es un punto importante que se recomienda reforzar, el cual debería ser un trabajo del Ministerio de Relaciones Exteriores con los sectores correspondientes.

En lo que concierne a la posibilidad del registro de un (MdE) como tratado ante las Naciones Unidas, Aust menciona que esto sucede en un número pequeño de casos, en los cuales existe confusión por las partes respecto al estado del instrumento. Al respecto, el registro del instrumento ante las Naciones Unidas no significa un juicio o reconocimiento sobre su estado legal y por ende, el registro no confiere el estado de tratado o instrumento jurídicamente vinculante a un memorando de entendimiento (Aust, 2007, p.344-345). A pesar de todo, cuando surgen dudas para el Registro de Tratados de las Naciones Unidas, este órgano rechaza el registro o puede llegar a registrarlo con la categoría de registro no conclusivo de si el instrumento es tratado.

A manera de conclusión, con la finalidad de realizar una última precisión, se debe recordar que el (MdE) representa un compromiso moral y político en el ámbito internacional, y como tal, lo establecido en este instrumento debe ser respetado en el marco del principio de buena fe. Si bien este instrumento internacional es reconocido como no ser jurídicamente vinculante, aquello no es razón suficiente para que los celebrantes se tomen el compromiso con menor seriedad, ya que como se ha podido observar, el incumplimiento podría acarrear responsabilidad política o moral.

Con las ideas claras, la presente investigación considera que si bien la división proporcionada por Aust entre memorando de entendimiento tratado y (MdE) resulta práctica al momento de categorizar instrumentos internacionales regidos o no por el Derecho Internacional, esta clasificación omite considerar a los instrumentos jurídicamente vinculantes que se encuentran regidos por el ordenamiento interno de las partes, distinción esencial que se realizó anteriormente. En consideración a ello, con la finalidad de precisar las características de la figura jurídica empleada en nuestro ordenamiento jurídico para catalogar a aquellos instrumentos que son celebrados por entidades de la administración pública y órganos gubernamentales extranjeros, se desarrollará a continuación el concepto de acuerdo interinstitucional.

### **1.5.3 Memorando de Entendimiento (Acuerdo Interinstitucional)**

A lo largo de la presente investigación se ha desarrollado la idea de que el memorando de entendimiento es un instrumento dinámico que suele ser empleado en la práctica como

un concepto “comodín”. Ante ello, los memorandos de entendimiento pueden cobrar el sentido de ser jurídicamente vinculantes o no vinculantes jurídicamente en el ámbito internacional dependiendo de la forma y contenido con los cuales sean elaborados. En ese sentido, el lector ha podido observar que existen tratados denominados memorando de entendimiento, como también existen instrumentos no vinculantes que emplean la misma denominación.

Sobre el particular, The Law Society of New South Wales Young Lawyers indica que la diferencia esencial entre los tratados e instrumentos de menor estado legal, se encuentra en que las partes tienen la intención de que lo pactado origine derechos y obligaciones internacionales. Lo anterior se comprende mediante el lenguaje y forma empleadas en el instrumento, la naturaleza de la materia a ser desarrollada, si el documento será de acceso público, los mecanismos permitidos para su eventual modificación, la solución de controversias por una instancia internacional y finalmente, la autoridad necesaria para su celebración (The Law Society of New South Wales Young Lawyers, 2014, p.43).

Si bien las diversas categorizaciones estudiadas resultan útiles para clasificar a los instrumentos internacionales, ellas omiten el hecho de la existencia de ciertos instrumentos que en vez de encontrarse regidos por el ámbito del Derecho Internacional, estos encuentran su sustento en el ordenamiento interno de las partes. Ante la posible sorpresa del lector, también existen instrumentos internacionales que reciben la denominación de memorando de entendimiento y establecen obligaciones jurídicas regidas por el ordenamiento interno. Por tal motivo, se procederá a desarrollar la figura jurídica conocida como acuerdo interinstitucional y su relación con el memorando de entendimiento sobre otorgamiento de derechos aerocomerciales, al ser este último un acuerdo interinstitucional.

En cuanto a ello, en nuestro ordenamiento jurídico se regula la figura jurídica del acuerdo interinstitucional, la cual se emplea principalmente por entidades de la administración pública peruana con entidades gubernamentales extranjeras para establecer vínculos entre ellas. En simples palabras, un acuerdo interinstitucional es un instrumento internacional celebrado entre entidades públicas peruanas y extranjeras con



la finalidad de establecer obligaciones jurídicas regidas por el Derecho Internacional o el ordenamiento interno de las partes.

Ante lo señalado, la definición concisa de acuerdo interinstitucional se encuentra desarrollada en el artículo 6 del Decreto Supremo N° 031-RE y se entiende como aquel acuerdo escrito regido por el Derecho Internacional Público y/o por el ordenamiento interno de las partes, entre una entidad de la administración pública y uno o varios órganos gubernamentales extranjeros u organizaciones internacionales, cualquiera sea su denominación, sea que se derive o no de un tratado previamente adoptado (Decreto Supremo N° 031-RE, 2007).

En ese sentido, con la finalidad de profundizar el concepto anteriormente compartido, se procederá a analizar cada elemento que compone a la figura jurídica de acuerdo interinstitucional en nuestro ordenamiento jurídico. A simple vista queda claro por la definición mencionada que estamos ante un convenio o acuerdo escrito. Este primer elemento supone la existencia de un intercambio formal de voluntades entre los interesados, los cuales arriban a un consenso respecto a un asunto en especial. De manera complementaria, Garner señala que un acuerdo es un entendimiento mutuo entre dos o más sujetos respecto a sus derechos y deberes (Garner, 2010, p.78). Ahora, si bien los conceptos de acuerdo o convenio son de carácter genérico y son utilizados para describir a diversos instrumentos internacionales, mediante este primer elemento se reafirma que el acuerdo interinstitucional requerirá ser registrado por escrito.

Como se ha podido señalar anteriormente, cada instrumento tiene un uso y un fin que se sustenta en los intereses y necesidades de quienes los celebran. Por tal razón, el segundo elemento a considerar se encuentra relacionado a las partes, las cuales son entidades de la administración pública peruana y entidades gubernamentales extranjeras u órganos de organizaciones internacionales. En lo que respecta al concepto de entidad de la administración pública peruana, mediante el artículo primero de la Ley N° 27444 incluyendo a sus posteriores modificaciones, se realiza un listado respecto al concepto de entidad de la administración pública al incluir a las entidades del poder ejecutivo, legislativo y judicial, a los gobiernos locales y regionales, los organismos a los que la Constitución Política y la ley otorgan autonomía, y demás entidades y organismos del

Estado que efectúen actividades en virtud de potestades administrativas bajo normas de Derecho Público (Decreto Supremo N° 006-MINJUS, 2017).

Por otro lado, en lo que concierne a entidades gubernamentales extranjeras y órganos de organizaciones internacionales, las primeras se rigen por normas de Derecho Público del ordenamiento jurídico al cual pertenezcan, mientras que los órganos de una organización internacional encuentran su origen en normas y directivas de carácter internacional que estructuran a tales sujetos de Derecho Internacional. Al quedar las partes identificadas, se debe enfatizar sin caer en la redundancia de que el acuerdo interinstitucional a ser celebrado por tales entidades deberá circunscribirse a las facultades y competencias propias de cada entidad, las cuales deberán estar detalladas en sus leyes y reglamentos correspondientes.

En lo que concierne a nuestro tercer elemento, el acuerdo interinstitucional se diferencia de los demás instrumentos internacionales al encontrarse regido tanto por el Derecho Internacional o por el ordenamiento interno de las partes. A primera impresión, Mezarina y Rosales señalan que sería erróneo suponer que un acuerdo interinstitucional genera normas sobre la base del Derecho Internacional, porque estas se encuentran reservadas para los sujetos de Derecho Internacional. Ante tal supuesto, los autores consideran que un acuerdo interinstitucional solamente podría estar regido por normas de derecho internacional cuando este instrumento se origine de las obligaciones de un tratado y se busque implementar o concretizar las obligaciones jurídicas del tratado en la relación de dos entidades de la administración pública, una peruana y la otra extranjera (Mezarina & Rosales, 2019, p.375).

Por consiguiente, el otro escenario restante para el acuerdo interinstitucional sería el de encontrarse regido por el ordenamiento interno de las partes y basarse solamente en el entendimiento llegado por las entidades públicas participantes. En ese sentido, el entendimiento en cuestión sería generador de derechos y deberes en el marco de una obligación jurídica entre ambas entidades y que de acuerdo a Mezarina y Rosales, se estaría generando una situación en la cual los efectos de las normas nacionales se proyectarían a un ordenamiento jurídico extranjero. Lo anteriormente comentado se podría resumir en la idea de que existiría un reconocimiento de las competencias y

normativas nacionales en un sistema jurídico extranjero, y por tal razón las normas peruanas serían de aplicación en otro ordenamiento jurídico, y de manera recíproca se aplicaría lo mismo con las normas extranjeras que sustentan las facultades de sus entidades públicas (Mezarina & Rosales, 2019, p.377).

Como se ha podido observar, el acuerdo interinstitucional encuentra su lugar como instrumento internacional al ser un convenio escrito entre entidades públicas nacionales y extranjeras que podrá estar regido tanto por el Derecho Internacional o por el ordenamiento interno de las partes. Su carácter de instrumento internacional se basa en poseer un elemento internacional al ser celebrado con entidades públicas extranjeras u órganos de organizaciones internacionales y poder estar regido por el Derecho Internacional cuando derive de un tratado.

Si bien el concepto de instrumento internacional es genérico y se emplea para describir a una amplia gama de instrumentos, nuestro Ministerio de Relaciones Exteriores señala que este concepto comprende a los instrumentos de carácter no vinculante, cualquiera sea su denominación, así también a los tratados que estarán regidos por el Derecho Internacional (Decreto Supremo N° 135-RE, 2010). Al respecto, la definición presentada emplea la categorización de instrumento jurídicamente vinculante y no vinculante para el derecho internacional, y por ello no hace énfasis en otros instrumentos que posean un elemento internacional. No obstante a ello, al encontrarnos ante un concepto genérico, la presente investigación considera que el acuerdo interinstitucional, en atención a sus características, sí pertenecería a la clasificación de instrumento internacional.

En atención de lo desarrollado y continuando con los elementos del acuerdo interinstitucional, el cuarto y penúltimo elemento se encuentra relacionado con la denominación del instrumento. Al respecto, la normativa señala expresamente que no es de importancia la denominación que se utilice en el instrumento, lo cual abre las puertas para que todo instrumento que cumpla con los requisitos de ser un acuerdo interinstitucional y haya sido aprobado posteriormente a la entrada en vigencia del Decreto Supremo N° 031-2007-RE sea un acuerdo interinstitucional. A lo largo de la presente investigación se ha resaltado que la denominación de un instrumento no

determina su naturaleza jurídica, en cambio el contenido al representar el entendimiento y voluntad de los interesados será aquel elemento mediante el cual se podrá comprender la esencia jurídica del instrumento internacional.

Lo anteriormente mencionado se relaciona con lo desarrollado en torno a la noción de memorando de entendimiento como concepto “comodín”, al ser un concepto que en atención de su flexibilidad y versatilidad se emplea para instrumentos jurídicamente vinculantes y no vinculantes en el ámbito del Derecho Internacional por igual, y que por lo expuesto, también es de uso para instrumentos internacionales regidos por el ordenamiento interno de las partes. Por tales razones, la denominación de memorando de entendimiento en los memorandos de entendimiento sobre derechos aerocomerciales debe ser comprendida como un uso de esta función de “comodín” y que en consideración a sus elementos característicos, este instrumento internacional sería efectivamente un acuerdo interinstitucional que genera obligaciones jurídicas regidas por el ordenamiento interno de las partes.

Finalmente, el artículo 6 del Decreto Supremo N° 031-RE señala un límite importante respecto al acuerdo interinstitucional que será explorado posteriormente en el tercer capítulo, al señalar que bajo ninguna circunstancia podrán versar sobre las materias a las cuales se refiere el artículo 56 de la Constitución Política ni estar inmersos dentro de las causales señaladas en el segundo párrafo de dicho artículo (Decreto Supremo N° 031-RE, 2007).

En atención a esta última consideración, el quinto y último elemento se basa en que los acuerdos interinstitucionales no podrán versar sobre materias que la Constitución Política reserva al ámbito de tratados. En cuanto a ello, nuestra Constitución señala que los tratados deberán ser aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el Presidente de la República, en el caso de versar sobre los siguientes temas: derechos humanos, soberanía, dominio o integridad del Estado, defensa nacional y obligaciones financieras del Estado (Artículo 56, Título II, Constitución del Perú).

Al respecto, la presente investigación considera que la inclusión del mencionado párrafo a la definición de acuerdo interinstitucional encuentra su fundamento en la

necesidad de mantener un orden y un fin en torno a los instrumentos internacionales regulados en nuestro ordenamiento jurídico. Como se ha desarrollado anteriormente, cada vez se celebran más instrumentos internacionales a parte de tratados en el ámbito internacional, los cuales cumplen finalidades únicas y distintas que los caracterizan. Si bien estos instrumentos responden a los intereses y necesidades de las partes para cada situación en particular, se debe tener cuidado en que se utilicen estos instrumentos internacionales para evadir requisitos contemplados en las normas que componen a nuestro ordenamiento jurídico.

A manera de conclusión y en consideración a lo anteriormente comentado, Abugattas señala que en la práctica, se dan situaciones cuestionables en las cuales un acuerdo interinstitucional es utilizado en vez de un tratado, con la finalidad de evitar el engorroso trámite de aprobación por parte del poder legislativo u otras razones complejas como motivos políticos o cuestiones de tiempo que estarían asociados a la celebración de un tratado (Abugattas, 2015, p.259). Ante tales situaciones y como el lector ha podido observar, esto sería inadmisibles en el ordenamiento jurídico peruano, ya que nuestra Constitución Política establece que ciertos asuntos o materias por su naturaleza requerirán ser aprobadas por el Congreso y mediante un tratado. Por ende en el caso de encontrarse ante una situación en la cual no se respete lo señalado, se estaría ante una práctica irregular que estaría infringiendo el contenido constitucional.

Con la finalidad de complementar lo desarrollado, la Organización de Estados Americanos señala que un acuerdo interinstitucional es un convenio celebrado entre instituciones de Estados, en las cuales se incluye a los ministerios y a unidades territoriales subnacionales de dos o más Estados. En consideración de sus términos y la situación en la que se utilicen, estos podrán ser considerados como compromisos políticos, contratos entre estados y hasta tratados (Comité Jurídico Interamericano de la Organización de Estados Americanos, 2020, p.57).

En el caso de la discutible definición proporcionada, se debe entender antes que todo que el Comité Jurídico Interamericano llega a la siguiente conclusión sobre el acuerdo interinstitucional en consideración a la regulación de esta figura jurídica en la región. Por ende, si bien la figura jurídica del acuerdo interinstitucional es única y los

ordenamientos jurídicos de la región comparten características similares en cuanto a ella, algunos Estados le han otorgado atributos adicionales.

Así, a manera de comparación, en el caso del ordenamiento jurídico mexicano, la Secretaría de Relaciones Exteriores de México señala que los acuerdos interinstitucionales se celebran entre una dependencia u organismo de la administración pública federal, municipal o estatal y un órgano gubernamental extranjero u organización internacional gubernamental. Estos instrumentos no siguen el procedimiento convencional de aprobación de tratados y por ende, no son publicados en el Diario Oficial. En adición a ello, se prohíbe que los acuerdos interinstitucionales versen sobre ciertas materias reservadas al ámbito de los tratados (Secretaría de Relaciones Exteriores de México, 2007).

En ese sentido, el lector puede observar que la definición regulada por México es similar a la nuestra y hasta hace énfasis en diferenciar entre las figuras jurídicas de acuerdo interinstitucional y la de tratado. A pesar de ello, el Comité Jurídico Interamericano de la Organización de Estados Americanos comete un craso error en su interpretación al considerar que ciertos acuerdos interinstitucionales mexicanos serían tratados para el derecho internacional, porque estarían rigiéndose por este. Si bien el Comité Jurídico Interamericano concluye esta idea en consideración al sistema internacional, este razonamiento sería contrario a lo que considera el ordenamiento jurídico mexicano, el cual estima que estos instrumentos no poseen tal rango normativo por no haber sido aprobados mediante los procedimientos constitucionales contemplados para los tratados. Finalmente, este problema podría replicarse en cualquier momento en nuestro país al existir similitudes con el ordenamiento jurídico mexicano en lo que respecta a la regulación de acuerdos interinstitucionales y los procedimientos contemplados para la aprobación de tratados.

Por el contrario, la Organización de Estados Americanos indica que en el caso del ordenamiento jurídico ecuatoriano, las instituciones estatales de nivel inferior suelen emplear el acuerdo interinstitucional como un instrumento no vinculante con sus contrapartes extranjeras u órganos de organizaciones internacionales. El sinsentido es todavía mayor cuando se analiza la posición del ordenamiento jurídico estadounidense,

en el cual los ministerios se encuentran facultados para concluir acuerdos interinstitucionales que podrán ser catalogados como compromisos políticos de carácter no vinculante, contratos entre entidades públicas y hasta tratados. Al respecto, el pie de página detalla que si bien la práctica internacional estadounidense es compleja, los departamentos y agencias administrativas de los Estados Unidos pueden celebrar acuerdos con entidades públicas de otros Estados que entrarían en la definición de tratado contemplada en el artículo 2 de la Convención de Viena sobre Tratados (Comité Jurídico Interamericano de la Organización de Estados Americanos, 2020, p.58-59).

A manera de conclusión, el aporte de lo señalado por el Comité Jurídico Interamericano es valioso al ser una opinión de una organización internacional que reúne diversos puntos de vista en torno a la regulación del acuerdo interinstitucional en la región. Sin embargo, nuestra investigación discrepa rotundamente con la conclusión de que el acuerdo interinstitucional puede llegar a ser un contrato administrativo, un instrumento no vinculante o hasta un tratado.

En primer lugar, el acuerdo interinstitucional no puede ser un contrato estatal, ya que se debería cumplir con los requisitos establecidos por el régimen de los contratos estatales y lo señalado por la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. En adición a ello, como contrato administrativo debería tener un contenido patrimonial, lo cual se aleja de los fines convencionales de este instrumento internacional. Por otro lado, en lo que respecta a un instrumento jurídicamente no vinculante, el acuerdo interinstitucional no podría ser tal, al encontrarse regido por normas de Derecho Internacional cuando derive de un tratado o por el otro lado, se encuentre regido por el ordenamiento interno de las partes. Lo anterior significa que necesariamente se generaría una obligación jurídica mediante la celebración de estos instrumentos, lo cual discreparía con lo desarrollado respecto a instrumentos no vinculantes.

Por último, el acuerdo interinstitucional no es un tratado, en consideración a que los celebrantes son necesariamente entidades de la administración pública las cuales no son sujetos de Derecho Internacional, por ende, no pueden contraer obligaciones jurídicas en el marco del Derecho Internacional al no ser centro de imputación de derechos y deberes para el sistema internacional. Asimismo al no cumplir con los requisitos

constitucionales para la aprobación y posterior ratificación de un tratado, para el ordenamiento jurídico peruano estos instrumentos no tendrían ese rango legal.

Con ello claro, el presente trabajo considera importante señalar que a partir de esta figura jurídica, se podrá analizar la naturaleza jurídica del memorando de entendimiento sobre derechos aerocomerciales, instrumento que en consideración a su contenido y fin sería un acuerdo interinstitucional en el ordenamiento jurídico peruano. En ese sentido, el contenido de un instrumento resulta esencial para comprender su naturaleza jurídica y ante ello, las entidades administrativas deben guardar cuidado al momento de negociar y acordar el texto a ser empleado en los acuerdos interinstitucionales. Lo anterior se debe realizar con la finalidad de evitar caer en ambigüedades y que la naturaleza del instrumento no sea malinterpretada.

Al fin y al cabo, al haber precisado nuestro segundo objetivo específico, en el siguiente subtítulo nos enfocaremos en analizar los criterios de contenido a considerar para la elaboración de un instrumento internacional. Al respecto, de acuerdo con la práctica internacional de los Estados, múltiples Cancillerías han elaborado guías o directrices que recogen criterios en cuanto a la terminología a ser empleada al momento de redactar el contenido de un instrumento internacional para así distinguir entre un tratado y un (MdE). En ese sentido, mediante el análisis e identificación de conceptos y figuras claves empleadas en el texto, se podrá identificar la intención y voluntad de los interesados en suscribir estos instrumentos y determinar, en caso de duda, la naturaleza jurídica de un instrumento con la denominación de memorando de entendimiento.

### **1.6 Criterios de contenido para la elaboración de un instrumento internacional**

A lo largo del presente capítulo se ha reiterado que el contenido de un instrumento internacional es el elemento determinante para comprender su esencia. Por ello, a través del estudio de los párrafos y artículos que lo componen, se podrá analizar la terminología aplicada y el sentido jurídicamente vinculante o no que lo caracteriza. Lo anterior resulta valioso cuando se está ante un instrumento denominado memorando de entendimiento, el cual en consideración a lo desarrollado, se utiliza en diversos contextos y posee múltiples acepciones.



En ese sentido, ante la necesidad de diferenciar entre instrumentos internacionales, las Cancillerías de varios países han elaborado guías procedimentales para la elaboración de tratados y (MdEs). A manera de ejemplo, el Ministerio de Relaciones Exteriores de Nueva Zelanda señala que existen importantes distinciones legales entre las figuras jurídicas de tratado y los instrumentos de menor estado legal que tratado, porque ambas tendrán implicancias importantes y distintas respecto a cómo Nueva Zelanda se relacionará con otros Estados y cómo realizará la eventual negociación e implementación de tales instrumentos internacionales (Ministry of Foreign Affairs and Trade de Nueva Zelanda, 2020, p.4).

De igual modo, el Ministerio de Relaciones Exteriores de Uruguay reconoce que según se trate de un acuerdo, memorando de entendimiento, convenio u otro instrumento, se deberá cumplir con los requisitos establecidos para el estilo, el objeto del acuerdo, las cláusulas finales, y su forma de entrada en vigor y solución de controversias (Ministerio de Relaciones Exteriores de Uruguay, 2018, p.1).

Por tales razones, el Ministerio de Relaciones Exteriores del Reino Unido menciona que un tratado y un (MdE) se diferencian en razón de los términos empleados en su redacción. Si bien la diferencia fundamental entre ambas figuras jurídicas se basa en si se generan obligaciones jurídicamente vinculantes o no, se considera como práctica internacional en mostrar claramente mediante la forma y la terminología aplicada de que existe una intención de crear obligaciones jurídicas vinculantes o no, y así dar a saber con certeza si se está ante un tratado o un (MdE). Por lo tanto, se deberá evitar emplear el lenguaje de tratado cuando no se trate de un instrumento que sea considerado como tal (Foreign and Commonwealth Office, 2014, p.2).

En cuanto a lo último señalado, Anthony Aust, durante sus años de investigación y práctica en torno a la celebración de instrumentos internacionales, llegó a notar que ciertos términos o palabras se asocian y se emplean comúnmente en los tratados, mientras que los interesados en llegar a un entendimiento mediante un (MdE) optan por utilizar términos distintos a los utilizados en el lenguaje cotidiano de los tratados. A manera de ejemplo, el concepto de “artículo” se emplea generalmente para hacer referencia a una disposición enumerada que forma parte de un tratado. Por el contrario, en el caso de un

(MdE), se opta por utilizar el concepto de “párrafo” con la intención de estructurar el instrumento mediante párrafos debidamente enumerados.

Antes de empezar a profundizar respecto a los criterios empleados por las Cancillerías y la doctrina en torno a la terminología a ser utilizada en instrumentos internacionales, se deberá considerar que la información recopilada se encuentra mayoritariamente en el idioma inglés y que en consideración de nuestra investigación, los términos y nociones proporcionados han sido materia de traducción y adecuación al idioma español. Ante lo expuesto, la traducción realizada no es de carácter literal, sino que corresponde a una traducción jurídica que procurara contextualizar el sentido de los conceptos a la práctica del Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú.

Con esto claro, Aust señala que en consideración de la práctica de los Estados, se nos muestra una intención de concluir un tratado cuando conscientemente se emplean los siguientes términos en inglés: “*shall*”, “*agree*”, “*rights*”, “*obligations*” y “*enter into force*”. En cambio, si los interesados buscan establecer un compromiso mediante un (MdE), se elegirán en vez de los términos anteriormente mencionados, los presentados a continuación en inglés: “*will*”, “*accept*”, “*benefits*”, “*commitments*” y “*come into operation*”, respectivamente (Aust, 2010, p.53).

En cuanto a los términos “*shall*” y “*will*”, ambos son verbos auxiliares en inglés que se utilizan conjuntamente con otros verbos para indicar más que todo, una necesidad o posibilidad a futuro. Por un lado, D' Avanzo & D' Acquisto señalan que generalmente se emplea el término “*shall*” en los tratados con el sentido formal de expresar una orden o un deber a cumplir entre las partes (D' Avanzo & D' Acquisto, 2009, p.40). En cuanto al término “*will*”, la Oxford University Press indica que se utiliza para expresar una acción que alguien está dispuesto a realizar, sea esto una intención o una voluntad. En adición a ello, en concordancia con el contexto, esta palabra también puede tener el sentido de ordenar a alguien a realizar una actividad (Oxford University Press, 2005, p.1746).

Si bien es cierto que la labor de traducir de un idioma a otro puede presentar ciertas complicaciones, en nuestro idioma existen palabras semejantes que expresan el mismo

sentido que las anteriormente desarrolladas y se emplean cotidianamente en el ámbito de los tratados y otros instrumentos internacionales, en esta ocasión se trata de los términos “deber” y “deber de”. De este modo, en el idioma español el “deber” denota obligación, mientras que el “deber de” expresa la existencia de probabilidad o suposición (Real Academia Española, 2005). A manera de ejemplo, las obligaciones contenidas en un tratado se detallarán con el término “deber”, de este modo podremos encontrar supuestos de obligación como: los Estados deberán garantizar igualdad de oportunidades a las líneas aéreas designadas. Por el contrario, en el supuesto de un (MdE), los compromisos se detallarán mediante el “deber de”, como en el caso: las autoridades aeronáuticas deberán de designar a una o más líneas aéreas para que exploten los servicios indicados.

Con la finalidad de concluir la idea, nos resulta importante resaltar que el lenguaje es flexible y dinámico, tanto así que los Estados optan por usar otras palabras que denotan el mismo sentido que las anteriormente señaladas, ejemplo de ello es el uso de “tendrá” en vez de “deberá” o “podrá” en reemplazo de “deberá de”, por tales razones, una recomendación a seguir sería que todas las Cancillerías elaboren un documento de guía que proponga pautas para la terminología a ser aplicada en tanto tratados como otros instrumentos internacionales, y que de ese modo exista uniformidad en los términos a emplear, todo esto con la finalidad de evitar ambigüedades y confusión al momento de interpretar el texto.

De manera concisa, los términos “*agree*” y “*accept*” se traducen literalmente al español como “acordar” y “aceptar”. A manera de ejemplo, en el ámbito de los tratados, se presentan supuestos como: los Estados acordaron realizar la firma del tratado. Por otro lado, en el (MdE), se utilizan los términos “aceptar”, “decidir” o “aprobar” en casos como: las autoridades aeronáuticas aceptaron autorizar a las aerolíneas designadas la operación de estas rutas y frecuencias.

En cuanto a los términos “*obligations*” y “*commitments*”, estos se traducen fielmente en “obligaciones” y “compromisos”. Como se ha mencionado anteriormente, los tratados buscan crear obligaciones jurídicas, mientras que el (MdE) se enfoca en generar compromisos morales o políticos. De esta manera, se pueden presentar supuestos en tratados como: las partes reafirman mutuamente sus obligaciones, en concordancia

con los derechos y obligaciones sujetos a las leyes internacionales. Por contraste, en el (MdE) encontramos casos como: los Estados confirman el compromiso de financiación para desarrollar un plan de implementación.

De igual modo, los términos “*rights*” y “*benefits*” se traducen exactamente en “derechos” y “beneficios” o “ventajas”. A manera de ejemplo, sobre la base de las obligaciones creadas en los tratados, se generarán derechos y deberes entre las partes. Por otro lado, en el (MdE), los interesados llegarán a un entendimiento sobre los beneficios a configurarse entre ellos. Lo anterior no significa que un (MdE) no pueda hacer mención en su contenido a alguna forma de derecho como lo son los derechos de propiedad intelectual o derechos aduaneros en caso sea apropiado al contexto. Sobre el tema de derechos y obligaciones, Mezarina y Rosales mencionan que lo importante será realizar la revisión del contenido para determinar si existen o no obligaciones jurídicas (Mezarina & Rosales. 2019, p.395).

Por consiguiente, entre los conceptos claves que se mencionaron al inicio, los términos “*enter into force*” y “*come into operation*” son traducidos del inglés al español como “entrar en vigor” para tratados y “entrar en funcionamiento” o “surtir efectos” para (MdE) respectivamente. Los términos en cuestión se utilizan en la parte final del instrumento para especificar el momento o condición alguna en torno al inicio de la generación de efectos. En ambos casos, la entrada en vigor se suele concretar usualmente al momento de la firma del documento.

Finalmente, entre otros conceptos adicionales a considerar, Aust menciona los términos “*Parties*” y por otro lado, “*Participants*” o “*Government*”. En adición a ellos, se encuentran los conceptos de “*agreement*” y por el contrario, “*arrangement*” o “*understanding*”, los cuales son reconocidos por los Estados al momento de distinguir entre un tratado y un (MdE) (Aust, 2007, p.496).

En cuanto a tales términos, la palabra “Partes” se utiliza para hacer alusión a quienes suscriben un tratado o un “acuerdo” (“*agreement*”) y por ende son partícipes de tal. En cuanto al (MdE) se suelen emplear los términos de “participantes” o “entidades del gobierno” para describir a los interesados en llegar a un arreglo o entendimiento

(“*arrangement*” y “*understanding*”), estos participantes no se limitan solamente a ser Estados como se ha podido analizar, sino que también pueden abarcar entidades administrativas del gobierno, entidades públicas locales o regionales, ministerios y órganos públicos con personería jurídica.

Ante lo desarrollado, la idea de distinguir entre un tratado y un (MdE) en atención a la terminología a ser empleada, se encuentra materializada en la creación de guías y lineamientos por parte de las Cancillerías de diversos países para concluir tratados o (MdEs). Al respecto, estos documentos son recomendaciones en torno a la forma de elaborar instrumentos no vinculantes para evitar cualquier malentendido en cuanto a su naturaleza jurídica, al precisar el lenguaje a ser utilizado en el contenido y precisar las características del instrumento a ser empleado.

En cuanto a ello, el Ministerio de Relaciones Exteriores de Suiza resalta la importancia de reservar el uso de ciertos términos que se emplean especialmente en los tratados y que pueden transmitir la idea o intención de los interesados de vincularse en instrumentos jurídicamente vinculantes, solamente al ámbito de los tratados. Además, en el caso de un (MdE), se recomienda añadir un artículo a manera de precaución, en el cual se detalle que las disposiciones contenidas en el instrumento no imponen obligaciones jurídicas. En consideración de ello, se destaca la importancia de que la creación de un párrafo o artículo como el mencionado anteriormente, no sea contradicha por la terminología aplicada en el texto del instrumento (Federal Department of Foreign Affairs, 2015, p.7).

Bajo la misma idea, el Ministerio de Relaciones Exteriores de Australia señala que con la finalidad de evitar malentendidos respecto al estado legal del instrumento, la intención de los participantes debe ser clara. Por tales razones, en Australia se procura tener cuidado en cuanto a la terminología mediante la cual se expresa tal intención y se emplea un lenguaje no mandatorio en el caso de los instrumentos internacionales que no son tratados (Department of Foreign Affairs and Trade de Australia, 2018, p.1).

En el mismo sentido, el Ministerio de Relaciones Exteriores de los Estados Unidos de América señala que se deberá evitar la ambigüedad generada en cuanto a si un instrumento internacional es jurídicamente vinculante o no. Por ello, al momento de la negociación de un documento no vinculante, los interesados deberán manifestar su conformidad respecto a que el instrumento no generará obligaciones jurídicas vinculantes regidas por el Derecho Internacional. En adición a ello, se precisa que existen aspectos formales, estilísticos y lingüísticos que son asociados a los instrumentos vinculantes para el Derecho Internacional, mientras que otros aspectos se asocian a los instrumentos no vinculantes de naturaleza moral o política (Department of State de los Estados Unidos de América, 2017).

Por tales razones, en el Reino Unido se menciona que los (MdEs) no deberían ser catalogados como acuerdos y que la palabra “acordar” y sus derivados debería ser evitada en todo momento, en consideración a que los participantes deben manifestar una intención de compromiso en vez de la de una obligación. Con la finalidad de evitar que un (MdE) se interprete como tratado, ciertas palabras no deben ser empleadas (Foreign and Commonwealth Office, 2014, p.14-15).

De manera comparativa con otro país de Europa, en el caso de la práctica internacional suiza, se señala que ciertos instrumentos internacionales no son vinculantes y que en el caso de su no cumplimiento, tales documentos no generarán responsabilidad internacional para sus celebrantes al ser estos meros compromisos políticos. En consideración de ello, el texto a ser redactado en tales instrumentos deberá emplear términos que no expresen la intención de obligarse jurídicamente (Federal Department of Foreign Affairs de Suiza, 2015, p.6).

Por su parte en Oceanía, en Nueva Zelanda, se opta por utilizar el concepto de “arreglo” en vez del de memorando de entendimiento (MdE). Lo anterior se debe a que el uso del memorando de entendimiento (MdEs) ha generado una gran confusión para las entidades públicas, ya que se asociaba el término a un instrumento no vinculante, cuando también pueden existir memorandos de entendimiento que sean tratados en ciertas circunstancias. En cuanto a la terminología a ser empleada, se deberá evitar el uso del término “acuerdo” para los instrumentos no vinculantes en cualquier comunicación y

finalmente, se hace mención que el sentido del instrumento debería ser claro en consideración a la forma y lenguaje utilizado en su texto (Ministry of Foreign Affairs and Trade de Nueva Zelanda, 2020, p.35-36).

En el caso de nuestra región, el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia señala que los memorandos de entendimiento son instrumentos de naturaleza política y no normativa celebrados por Estados y Organizaciones Internacionales. Estos instrumentos son de menor formalidad que los tratados, al abarcar cuestiones técnicas y no generar obligaciones jurídicas. En ese sentido, los memorandos de entendimiento se diferencian de los tratados en su sencilla elaboración y modificación, en el lenguaje de menor obligatoriedad empleado en ellos y por la confidencialidad de la cual se encuentran dotados (Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, 2015, p.9-10).

Por último, la Organización de Estados Americanos menciona que en el caso de que los participantes de un acuerdo no especifiquen o discrepen en torno a la naturaleza del instrumento internacional, los celebrantes deberán considerar ciertos elementos para averiguar si se encuentran ante un tratado o un instrumento jurídicamente no vinculante. En cuanto a ello, se deberá prestar atención a: el lenguaje, la inclusión de ciertas cláusulas finales, las circunstancias que motivan a su celebración y la práctica posterior manifestada por los participantes (Comité Interamericano Jurídico de la Organización de Estados Americanos, 2020, p.28-29).

Finalmente, Aust destaca el rol de supervisión del Ministerio de Relaciones Exteriores al señalar que cuando un ministerio o entidad pública manifieste la intención de realizar un (MdE), esta institución deberá entrar en contacto con el Ministerio de Relaciones Exteriores. La Cancillería deberá guiar y proporcionar información sobre las diferencias entre un tratado y un (MdE), como también sobre las ventajas y desventajas de cada instrumento para asegurar que la forma y la terminología a ser empleadas sean las apropiadas para el contexto e instrumento elegido. A pesar de ello, con demasiada frecuencia los ministerios elaboran memorandos de entendimiento que terminan conteniendo una combinación ambigua de lenguaje de tratado y de (MdE), al persistir la

idea de que solo basta la denominación de memorando de entendimiento para que el instrumento sea jurídicamente no vinculante (Aust, 2007, p.48).

En lo que concierne a nuestro país, el Ministerio de Relaciones Exteriores es el organismo del poder ejecutivo encargado de negociar y suscribir tanto tratados como los demás instrumentos internacionales, además participa en las negociaciones de aquellos instrumentos de naturaleza especializada en coordinación con los sectores competentes (Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Relaciones Exteriores Decreto Supremo N°135, 2010). En cuanto a ello, la función de supervisar y participar en la negociación de instrumentos internacionales requiere de experiencia en el tema como también de conocimiento teórico y técnico en consideración de la materia del instrumento en cuestión. Por tales razones, la problemática en torno a los memorandos de entendimiento debe ser atendida con sumo cuidado y con el permanente apoyo de los informes de los sectores relacionados, de la Dirección General de Tratados (DGT) y de la Oficina General de Asuntos Legales (LEG).

A manera de conclusión en respuesta a nuestro tercer objetivo específico, la práctica internacional resalta la importancia de la forma y terminología a ser empleadas en los memorandos de entendimiento, la cual debe velar por evitar ambigüedades que generen confusión en torno al estado legal y sentido del instrumento. Finalmente, los criterios analizados permiten analizar la forma y el lenguaje expresados en el contenido del instrumento, lo cual puede ser diferenciado en el lenguaje de tratados o el lenguaje de (MdE), todo ello se realiza con la finalidad de esclarecer la incertidumbre en torno al estado legal de un memorando de entendimiento y ayudar a determinar la existencia o no de obligaciones jurídicas en el marco del Derecho Internacional.

De este modo al concluir el presente capítulo, la presente investigación ha respondido al objetivo principal como también a los tres objetivos específicos planteados en la introducción. En ese sentido, con las ideas claras, el siguiente capítulo se encargará de analizar la práctica interinstitucional de celebrar memorando de entendimiento sobre derechos aerocomerciales y determinar si la Dirección General de Aeronáutica Civil se encuentra legitimada para otorgar derechos aerocomerciales mediante estos instrumentos. En cuanto a lo desarrollado, lo investigado en nuestro primer capítulo será esencial para poder abordar el tema de la naturaleza jurídica del memorando de



entendimiento sobre derechos aerocomerciales como también las posturas en cuanto a este instrumento.

## **CAPÍTULO II: LA PRÁCTICA INTERINSTITUCIONAL DE CELEBRAR MEMORANDOS DE ENTENDIMIENTO SOBRE OTORGAMIENTO DE DERECHOS AEROCOMERCIALES**

De acuerdo con la Real Academia Española, la palabra “práctica” es un término polisémico al tener diversos significados. Entre los diversos sentidos que puede cobrar este concepto, el más conveniente para nuestra investigación es el que hace referencia al uso continuado, una costumbre o estilo de algo. En ese sentido, este concepto puede hacer referencia también a un modo o método de particularmente realizar una acción, esto siendo entendido como la forma de materializar una idea en la práctica (Real Academia Española, 2005).

Con esto claro, a qué se refiere la presente investigación con la idea de una práctica interinstitucional de celebrar memorandos de entendimiento sobre otorgamiento de derechos aerocomerciales. Al respecto, uno debe comprender que los países se relacionan entre ellos con múltiples fines y el ámbito comercial es principalmente uno de

ellos. En atención a ello, toda relación comercial requiere de una base en la cual se sustente, en el caso de la relación aerocomercial entre Estados, esta se constituye mediante el uso de instrumentos internacionales que reciben la denominación de memorandos de entendimiento.

La suscripción de estos instrumentos representa el marco normativo por el cual opera el comercio aeronáutico como lo conocemos, la posibilidad de viajar en avión a tierras lejanas o enviar un paquete al otro lado del mundo son el resultado del trabajo de negociación y concretización de estos instrumentos internacionales mediante los cuales se otorgan derechos aerocomerciales entre los participantes.

Ante lo explicado, la presente investigación considera que existe una práctica interinstitucional respecto a celebrar memorandos de entendimiento sobre derechos aerocomerciales, ya que previamente a la suscripción de un tratado aerocomercial o un acuerdo sobre servicios aéreos entre Estados, los países optan por celebrar un memorando de entendimiento entre instituciones, instrumento preliminar de carácter internacional suscrito entre autoridades aeronáuticas de tales países, el cual regulará la relación aerocomercial hasta la celebración y aprobación de un acuerdo sobre servicios aéreos entre los Estados.

En cuanto a ello, Aust señala que los (MdEs) son utilizados frecuentemente para complementar acuerdos bilaterales de servicios aéreos y se les da el tratamiento de ser documentos confidenciales al versar sobre temas comerciales. Al respecto, el Reino Unido ha celebrado más de cien acuerdos sobre servicios aéreos y la gran mayoría de estos se encuentran complementados por (MdEs) confidenciales. Sin embargo, lo anterior no es una práctica única para este país, ya que ha sido la práctica reconocida en la aviación civil internacional durante décadas (Aust, 2007, p.42).

De acuerdo a la información proporcionada por la DGAC, el Perú mantiene relaciones aerocomerciales con cuarenta países a la fecha y de estas relaciones aerocomerciales se observa que actualmente se encuentran vigentes veintisiete memorandos de entendimiento que conjuntamente representan modificaciones a tratados

o son memorandos de entendimiento que por sí solos establecen la relación aerocomercial con tales países (Dirección General de Aeronáutica Civil del Perú, 2020, p.1-9). Con esto claro, la presente investigación se encuentra enfocada únicamente en los memorandos de entendimiento preliminares vigentes que regulan por sí solos las relaciones aerocomerciales con los otros países.

En atención a la importancia del memorando de entendimiento en el ámbito aerocomercial, como se ha señalado en el anterior capítulo, un memorando de entendimiento es utilizado como un instrumento preliminar para establecer una relación aerocomercial entre países y mediante este, las autoridades aeronáuticas se confieren libertades del aire, se acuerdan frecuencias aéreas y rutas aéreas a ser utilizadas.

Por tal razón, en el caso de nuestro país, la Dirección General de Aeronáutica Civil, entidad pública que corresponde al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, se encuentra autorizada por la Ley de Aeronáutica Civil o Ley N° 27261 y su Reglamento para negociar y suscribir acuerdos en materia aeronáutica de índole técnico o aerocomercial, como también celebrar convenios de cooperación y asistencia técnica en temas aeronáuticos sean estos nacionales o internacionales.

Las facultades para celebrar memorandos de entendimiento en el ámbito aerocomercial quedan supuestamente confirmadas en atención a los incisos n) y p) del artículo 9 de la Ley, los cuales señalan expresamente que esta entidad se encuentra encargada de ejecutar la política aérea nacional y por ello, se podrá negociar y celebrar acuerdos en materia aeronáutica de índole técnico o aerocomercial como también celebrar convenios de cooperación y asistencia técnica en materia aeronáutica, sean estos nacionales o internacionales (Ley N° 27261, 2000).

No obstante a ello, mediante este segundo capítulo, la presente investigación se encargará de analizar principalmente las competencias de la Dirección General de Aeronáutica Civil respecto a celebrar memorandos de entendimiento sobre derechos aerocomerciales y en consideración de ello, se determinará si la Dirección General de Aeronáutica Civil se encuentra legitimada para otorgar derechos aerocomerciales mediante la celebración de estos instrumentos.

Por consiguiente en consideración a lo desarrollado en el primer capítulo, el presente capítulo analizará y determinará la naturaleza jurídica del memorando de entendimiento sobre otorgamiento de derechos aerocomerciales en consideración a sus características y elementos. Finalmente, la presente investigación estaría incompleta sin un análisis en torno a la problemática de celebrar memorandos de entendimiento de derechos aerocomerciales y las consecuencias jurídicas que podría devenir de ello.

Ante lo señalado y con múltiples temas a ser desarrollados, el presente capítulo comenzará analizando y determinando los elementos y características del instrumento internacional conocido como el memorando de entendimiento sobre derechos aerocomerciales, instrumento considerado como un acuerdo interinstitucional para el ordenamiento jurídico peruano.

## **2.1 Características y elementos del memorando de entendimiento de carácter preliminar entre autoridades aeronáuticas**

En principio, el memorando de entendimiento como instrumento internacional se utiliza en diversos ámbitos y escenarios. De acuerdo con lo desarrollado en el anterior capítulo, se concluyó que por parte de la doctrina y la práctica internacional, no existe un consenso respecto a la definición de este término y que la denominación de memorando de entendimiento es en esencia ambigua.

Lo anterior explica como en la práctica internacional, se utiliza la denominación de memorando de entendimiento en instrumentos internacionales que pueden ser jurídicamente vinculantes por un lado y no vinculantes jurídicamente por el otro, categorías que el lector comprenderá que son opuestas entre sí. En ese sentido, los interesados en celebrar un memorando de entendimiento optan por utilizar esta figura como un concepto “comodín”, mediante el cual pueden adecuar su forma y contenido en atención a sus necesidades y exigencias.

A pesar de la ambigüedad que caracteriza a este concepto, la presente investigación considera que existen razones por las cuales los Estados optan por utilizar esta figura en el ámbito internacional y más específicamente en el comercial. En lo que corresponde a este último espacio, el memorando de entendimiento es una herramienta esencial en el ámbito aerocomercial, debido a que permite a las autoridades aeronáuticas establecer relaciones aerocomerciales con otros países sin la necesidad de un tratado. De esta manera, mediante el uso del transporte aéreo, se abren nuevos mercados al facilitar el intercambio de bienes y servicios internacionales, como también el incremento del turismo y la creación de nuevas posibilidades de empleo.

En cuanto a las cifras que representa el ámbito aerocomercial, Bartsch señala que en el año 2010, la International Air Transport Association calculó que las aerolíneas del mundo conjuntamente transportaron 2.68 billones de pasajeros y 45.8 millones de toneladas de carga, lo cual representa una ganancia operativa de 21,7 billones de dólares y una ganancia neta de 15,8 billones de dólares (Bartsch, 2018, p.173).

Por consiguiente, lo primero a comprender respecto al memorando de entendimiento sobre derechos aerocomerciales es que es un punto de partida en la negociación de los servicios de transporte aéreo internacional y sirve como una base legal, mediante la cual los interesados llegan a un entendimiento sobre las relaciones aerocomerciales a ser establecidas. Al respecto, Celis señala que las relaciones aerocomerciales se definen como el movimiento de pasajeros, carga y correo entre dos o más países mediante el uso de la aviación civil internacional. Las relaciones aerocomerciales se establecen en base a un marco legal, el cual proporciona las reglas que regirán los servicios aéreos internacionales a ser realizados (Celis, 2016, p.24).

En ese sentido, los memorandos de entendimiento sobre derechos aerocomerciales son el primer paso para la materialización de la aviación civil comercial al establecer un marco legal entre países. En cuanto a ello, Abeyratne menciona que debemos entender el concepto de aviación civil como la realización de actividades de aviación por aeronaves que no se encuentren destinadas al uso gubernamental o militar. Por ende, la aviación civil comprende la realización de transporte aéreo comercial al

público sea este mediante servicios aéreos regulares o no regulares; vuelos privados para negocio u ocio, y una amplia variedad de servicios civiles en torno a la agricultura, construcción, fotografía, búsqueda y rescate, publicidad, entre otros (Abeyratne, 2012, p.24). En lo que respecta a nuestra investigación, la aviación civil internacional es el campo de acción del memorando de entendimiento y ello comprende principalmente al transporte aéreo comercial.

Con esto claro, la importancia del memorando de entendimiento en la aviación civil internacional radica principalmente en su función de otorgar libertades del aire, especialmente en lo relacionado a derechos de tráfico aéreo o derechos aerocomerciales. Al ser un instrumento internacional de carácter jurídicamente vinculante, el memorando de entendimiento sirve como un marco jurídico mediante el cual las autoridades aeronáuticas establecen entre ellas derechos y deberes para la concretización del transporte aéreo internacional.

Sin lugar a dudas, el transporte aéreo comercial no podría existir sin las libertades del aire. En cuanto a ellas, Mena menciona que las libertades del aire son el punto central del diálogo, de la negociación y posterior celebración de todo instrumento internacional que existe en el ámbito aéreo (Mena, 2011, p.338). En ese sentido y de manera concisa, las libertades del aire son privilegios o derechos otorgados de un Estado a otro para la realización del transporte aéreo internacional, lo cual posibilita el ingreso y salida del espacio aéreo de otro país por una aeronave extranjera.

De acuerdo con Palacín, el concepto de libertad del aire tiene su origen en los acuerdos de tránsito y de transporte aéreo relacionados al Convenio de Chicago de 1944, tratado marco que establece los lineamientos internacionales respecto a la aviación civil internacional, y tales acuerdos sirvieron para brindar una denominación a las operaciones aéreas que serían realizadas en los servicios de transporte aéreo internacional. En cuanto a las libertades, estas deben interpretarse como derechos que los Estados se otorgan para el funcionamiento de los servicios de transporte internacional (Palacín, 1992, p.1548).

En ese sentido, el lector debe comprender que en la práctica internacional, la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI), organismo especializado de las

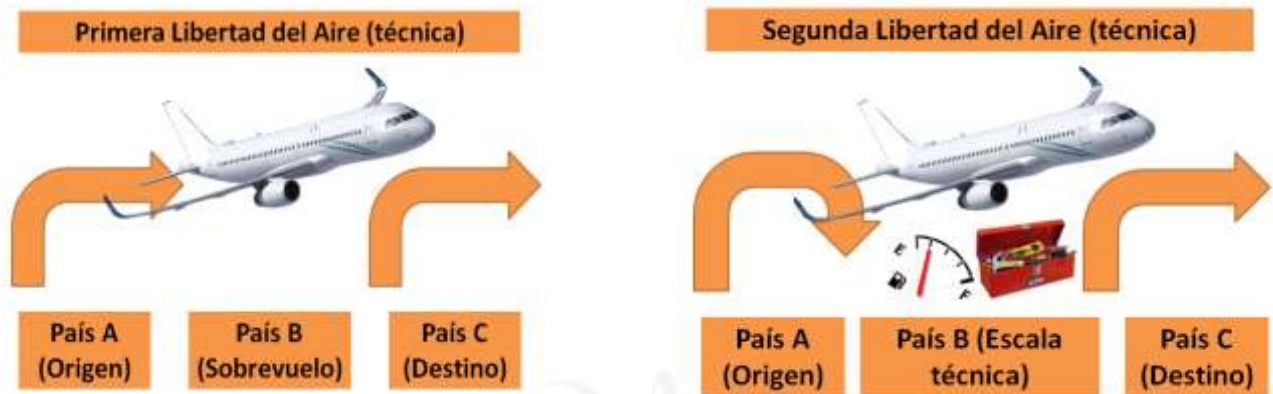
Naciones Unidas en el ámbito de la aviación civil internacional considera que existen unas nueve libertades del aire. En lo que respecta a nuestra investigación, solamente será materia de análisis las primeras cinco libertades del aire, en consideración a que estas son las normalmente desarrolladas en el contenido de los memorandos de entendimiento sobre derechos aerocomerciales y cabe destacar que estas libertades presentan diferencias sustanciales entre ellas, por tal razón resulta común en diferenciar las primeras dos como libertades técnicas, mientras que la tercera, cuarta y quinta libertad serían consideradas como de carácter aerocomercial.

Ante lo desarrollado, la OACI señala que la primera libertad del aire consiste en ser el derecho o privilegio de un Estado para que su aeronave pueda sobrevolar sobre el territorio de otro Estado en el marco de un servicio aéreo regular, sin el permiso de aterrizar en este país. Por otro lado, la segunda libertad del aire es el derecho o privilegio otorgado por un Estado a otro para que su aeronave aterrice en el territorio de este Estado para fines no comerciales, sea esto en un servicio aéreo regular o no regular. La segunda libertad se reconoce con la finalidad de recargar combustible o realizar reparaciones esenciales por cuestiones de un aterrizaje de emergencia, lo cual es conocido como un derecho de escala técnica (Organización de Aviación Civil Internacional, 2016, p.102 o p.4.1-5).

En cuanto a las definiciones desarrolladas, cabe precisar que una operación regular o servicio aéreo regular es el transporte de pasajeros, carga y correo realizado de acuerdo con un itinerario, fecha y hora publicadas con anticipación; por el otro lado, un servicio no regular u operación no regular sería el transporte de pasajeros, carga y correo en el cual la hora de salida y llegada es negociada con el cliente y no responde a un horario preestablecido (Regulaciones Aeronáuticas del Perú RAP 119, 2019). En ese sentido, a continuación se presenta una ilustración elaborada por nosotros sobre estas dos primeras libertades técnicas:

Figura 1: Primera libertad del aire

Figura 2: Segunda libertad del aire



Fuente: Elaboración propia

Fuente: Elaboración propia

De acuerdo con Weber, las primeras dos libertades se encuentran reconocidas en el Acuerdo Internacional de Servicios Aéreos de Tránsito, el cual es un tratado multilateral mediante el cual 130 Estados miembros de la Organización de Aviación Civil Internacional reconocen e intercambian derechos de tránsito aéreo entre ellos, los cuales son la primera libertad del aire relacionada al sobrevuelo de aeronaves y la segunda libertad asociada al aterrizaje técnico (Weber, 2017, p.10).

Posteriormente, Weber comenta que del mismo modo que se celebró un tratado multilateral sobre las primeras dos libertades técnicas, la Organización de Aviación Civil Internacional promovió la celebración de un tratado multilateral sobre las libertades aerocomerciales, el Acuerdo Internacional de Transporte Aéreo Internacional del año 1944, el cual buscaba regular el intercambio multilateral de libertades aerocomerciales o derechos aerocomerciales entre los Estados participantes. No obstante a ello, el tratado



no tuvo éxito al ser solamente aceptado por un número reducido de países (Weber, 2017, p.11).

A pesar de los intentos iniciales por la Organización de Aviación Civil Internacional y de Estados Unidos por promover el multilateralismo en el escenario de la aviación civil internacional, el bilateralismo fue la fórmula escogida por la mayoría de países. Según Wassenbergh, en el año 1946 los Estados Unidos de América y el Reino Unido suscribieron el Acuerdo de Bermuda, el cual se convirtió en el acuerdo estándar que sirve como modelo para todo acuerdo sobre transporte aéreo internacional y sus disposiciones son incorporadas en lo que respecta a derechos aerocomerciales, frecuencias, rutas y capacidad (Wassenbergh, 1962, p.53-54). Lo señalado en este párrafo en torno al bilateralismo explica porque los Estados establecen su relación aerocomercial mediante memorandos de entendimiento y acuerdos sobre servicios aéreos de carácter bilateral, cabe precisar que todos los memorandos de entendimiento en materia aerocomercial celebrados por Perú son de carácter bilateral.

En lo que concierne a las libertades aerocomerciales, derechos de tráfico o derechos aerocomerciales, estos se encuentran menos difundidos que las libertades técnicas, porque requieren necesariamente de una previa negociación comercial entre Estados y de la suscripción de un instrumento internacional mediante el cual sean concedidos. Lo anterior se sustenta en el artículo 6 del Convenio de Chicago de 1944, el cual señala concisamente que ningún servicio aéreo regular de transporte internacional podrá ser realizado en el territorio de un Estado, salvo con la autorización expresa de tal Estado (Convenio de Chicago, 1944). En consideración de ello, el Convenio reconoce la soberanía de un Estado en elegir como se utilizará su espacio aéreo para la realización del transporte aéreo internacional y en el caso del otorgamiento de derechos aerocomerciales se requerirá un instrumento internacional como lo es el memorando de entendimiento o el acuerdo sobre servicios aéreos.

Con respecto al concepto de derecho aerocomercial o libertad aerocomercial, la OACI señala que los derechos aerocomerciales representan un acceso al mercado del transporte internacional al ser producto de un consenso entre países respecto a especificaciones de carácter físico y geográfico en cuanto a pasajeros, carga y correo a

ser transportados en una ruta autorizada para una aeronave (Organización de Aviación Civil Internacional, 2016, p.105 o 4.1-8). De manera complementaria, Palacín considera que un derecho aerocomercial es un privilegio que los Estados se otorgan de manera bilateral o multilateral, con la finalidad de poder embarcar y desembarcar pasajeros, correo y carga en servicio aéreos o no regulares de transporte aéreo internacional. Al respecto, tales derechos aerocomerciales serán ejercidos eventualmente por las aerolíneas designadas de los países que celebran un memorando de entendimiento o acuerdo sobre servicios aéreos (Palacín, 1992, p.1639).

En ese sentido, Bernhardt señala que la tercera, cuarta y quinta libertad del aire son derechos de tráfico destinados a la concretización del transporte internacional de pasajeros, equipaje y carga. Se señala adicionalmente que la Conferencia de Chicago fracasó en llegar a un acuerdo multilateral que realice el intercambio de estos derechos aerocomerciales, lo cual conllevó a que estos derechos sean intercambiados mediante acuerdos bilaterales que representan negociaciones de derechos con valor comercial para los interesados (Bernhardt, 1989, p.8).

De modo tal que la OACI define a la tercera libertad del aire como el derecho o privilegio otorgado por un Estado a otro para transportar tráfico proveniente del Estado de origen de la aeronave al territorio del primer Estado en el marco del servicio aéreo regular. En ese mismo sentido, la cuarta libertad del aire se entiende como el derecho o privilegio otorgado por un Estado a otro para transportar tráfico del territorio del primer Estado al Estado de origen de la aeronave, todo ello en el marco del servicio aéreo regular. Por último, la quinta libertad del aire es el derecho o privilegio otorgado por un Estado a otro de transportar tráfico proveniente del Estado de origen al primer Estado y partir con destino a un tercer Estado transportando el tráfico embarcado en el primer Estado (Organización de Aviación Civil Internacional, 2016, p.105 o 4.1-8).

En consideración de las definiciones desarrolladas, a continuación se presenta una ilustración elaborada por nosotros sobre estas tres libertades aerocomerciales:

Figura 3: Tercera libertad del aire



Fuente: Elaboración propia

Figura 4: Cuarta libertad del aire



Fuente: Elaboración propia

Figura 5: Quinta libertad del aire



Fuente: Elaboración propia

De manera complementaria, Huenemann y Zhang mencionan que las aerolíneas ejercen los derechos contenidos en las libertades del aire siempre que estos hayan sido negociados por los gobiernos de los países y que la aerolínea haya sido incluida en la lista de aerolíneas designadas. Posteriormente, respecto a la tercera libertad, aquella se comprende como el derecho de la aerolínea a transportar tráfico de su lugar de origen a un país extranjero, mientras que la cuarta libertad es el derecho de la aerolínea a transportar tráfico de vuelta del país extranjero al país de origen. Por último, la quinta libertad combina las anteriores libertades al ser el derecho otorgado a la aerolínea para transportar tráfico entre un primer y segundo país, como una extensión de vuelos que comienza con la tercera y cuarta libertad (Huenemann & Zhang, 2005, p.146).

Finalmente, de acuerdo con Bartsch, se debe recordar que estas libertades aerocomerciales son producto de un sistema establecido por la Conferencia de Chicago para categorizar a los derechos o privilegios a ser otorgados entre Estados para la concretización del transporte aéreo internacional. Si bien no hubo consenso respecto a qué derechos deberían ser otorgados en un eventual acuerdo multilateral, sí existió un consenso respecto a cómo se deberían definir estas primeras cinco libertades del aire oficiales. Por tal razón, la Convención de Chicago es la fuente primordial del Derecho Aeronáutico Internacional (Bartsch, 2018, p.54-55).

Al haber contextualizado el campo de acción del memorando de entendimiento, el propósito de esta parte de la investigación es determinar los elementos y características del memorando de entendimiento sobre otorgamiento de derechos aerocomerciales de carácter preliminar en consideración a la terminología y categorización desarrollada en el capítulo anterior. En consideración de ello, el lector debe distinguir que en la práctica aeronáutica peruana se celebran dos formas de memorandos de entendimiento, por un lado se encuentra el memorando de entendimiento de carácter preliminar, el cual es materia de análisis del presente trabajo y el memorando de entendimiento de carácter ulterior.

En ese sentido, el memorando de entendimiento sobre derechos aerocomerciales de carácter preliminar se ha desarrollado a lo largo del presente trabajo y es el instrumento internacional empleado para otorgar derechos aerocomerciales entre autoridades aeronáuticas sin la existencia previa de un tratado. Por el contrario, el memorando de entendimiento de carácter ulterior es un instrumento internacional utilizado para modificar contenido que se ha establecido anteriormente por un tratado. En cuanto a este instrumento, Salazar y Van Fenema señalan que el sistema bilateral se mantiene vivo gracias a los memorandos de entendimiento celebrados entre autoridades aeronáuticas, los cuales buscan actualizar el contenido de los acuerdos de servicios aéreos al actualizar ciertas disposiciones relacionadas a la designación de aerolíneas, la capacidad de las

aeronaves, frecuencias y rutas como también la permisión de la realización de servicios aéreos no regulares (Salazar & Van Fenema, 2016, p.264).

Ante lo mencionado y de acuerdo con la información proporcionada por la Dirección General de Aeronáutica Civil del Perú, de los 27 memorandos de entendimiento vigentes que regulan nuestra relación aerocomercial con otros países, 13 memorandos de entendimiento son de carácter ulterior al ser instrumentos internacionales celebrados con posterioridad a un acuerdo de servicios aéreos o de transporte aéreo internacional, mientras que solamente 14 de ellos son memorandos de entendimiento de carácter preliminar y el análisis de sus elementos y características es el propósito de la presente parte de esta investigación.

A continuación se presenta una lista de los catorce memorandos de entendimiento analizados y sus siete elementos, los cuales serán materia de desarrollo en el presente subtítulo. En consideración de la tabla presentada, la presente investigación analizó el contenido y forma de 13 memorandos de entendimiento entre autoridades aeronáuticas de carácter preliminar. Si bien se considera que son 14 memorandos los existentes, la presente investigación no pudo analizar el memorando de entendimiento con Finlandia por ser de acceso restringido en cuanto a su contenido, a pesar de ello en consideración a la información proporcionada por la Dirección General de Aeronáutica Civil, se trata de un memorando de entendimiento sobre derechos aerocomerciales (Resolución Ministerial N° 901-2018-MTC/01.01, 2018).

País	Denominación del instrumento	Delegaciones	Intención Derechos Aerocomerciales	Proyecto de Acuerdo Bilateral	Rutas & Frecuencias	Entrada en vigor	Firmado
Australia	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
Bélgica	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	No	No
Corea	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
Costa Rica	Acta	Sí	Sí	Sí	Sí	No	Sí
Emiratos Árabes	Sí	No	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí

Finlandia	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	N/P	N/P
Hong Kong	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
Portugal	Sí	No	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
Qatar	Sí	No	No	Sí	No	Sí	No
Rep.Dominicana	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
Singapur	Sí	Sí	Sí	Sí	No	Sí	No
Sudáfrica	Sí	No	Sí	Sí	Sí	No	Sí
Tailandia	Sí	No	Sí	Sí	Sí	Sí	No
Turquía	Sí	No	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí

**Tabla 1: Elementos de los memorandos de entendimiento entre autoridades aeronáuticas preliminares y vigentes (Perú-2020)**

Fuente: Elaboración propia

Con relación a los elementos, se identificaron siete elementos constantes que caracterizan al instrumento y se analizó la terminología empleada en consideración a los criterios desarrollados anteriormente en torno a aquellos términos asociados a instrumentos jurídicamente vinculantes y no vinculantes jurídicamente. Finalmente, en atención al lenguaje del contenido, en la tabla presentada se consignó un “Sí” en caso de que se cumpla con contar con el elemento y no se dé alguna discrepancia en torno a este, por otro lado, se consignó un “No” en los casos de instrumentos que no cuenten con el elemento o existan discrepancias respecto a ello.

A manera de ejemplo, el memorando de entendimiento entre autoridades aeronáuticas celebrado con Tailandia presenta cinco de los siete elementos señalados. En lo que concierne al elemento de “delegaciones”, el instrumento presenta discrepancias al emplear terminología que lo relaciona al gobierno de ambos países y utiliza el término de “partes” el cual es utilizado cotidianamente en el ámbito de tratados. Por otra parte, respecto al último elemento de “firmado”, el cual es el último párrafo del documento previamente a las firmas, el presente instrumento utiliza el término, “hecho”, el cual es generalmente utilizado en la terminología de tratados.

Por último, un caso importante de mencionar sería el del memorando de entendimiento entre autoridades aeronáuticas celebrado con Qatar. En cuanto a tal instrumento, se presentan solamente tres de los siete elementos desarrollados. En cuanto al elemento de “delegaciones”, el memorando utiliza el término de “partes” en vez de

delegaciones aeronáuticas. Por otro lado, el elemento de “intención de otorgar derechos aerocomerciales” no se encuentra presente al no establecer ninguna disposición en cuanto al tema, esto significaría que este documento no genera obligaciones jurídicas sobre derechos aerocomerciales. Con relación a lo anterior, el elemento de “rutas y frecuencias” tampoco se encuentra presente al no concederse derechos de tráfico. Finalmente, no se encuentra presente el elemento de “firmado” al utilizarse en vez el de “hecho” usualmente asociado a los tratados. En ese sentido, se le incluye en la tabla presentada al ser un memorando de entendimiento de carácter preliminar, sin embargo, este instrumento no otorga derechos aerocomerciales y por ello, el documento en cuestión sería un instrumento jurídicamente no vinculante o (MdE).

A partir de lo señalado, el lector debe recordar que el propósito de esta investigación es analizar a los memorandos de entendimiento sobre derechos aerocomerciales de carácter preliminar, todo ello con la finalidad de determinar su naturaleza jurídica. En ese sentido, en esta oportunidad se analizó el contenido de todos los memorandos de entendimiento de carácter preliminar celebrados entre autoridades aeronáuticas y se concluyó que con la excepción del caso de Qatar, solamente existirían 13 memorandos de entendimiento sobre derechos aerocomerciales de carácter preliminar. A continuación se precisarán los elementos y características de los instrumentos internacionales estudiados.

### **2.1.1 Denominación**

De acuerdo con Aust, del mismo modo que uno no debería juzgar un libro por su portada, uno no debería asumir que la denominación del instrumento internacional determina su estado legal. Por ello, si la denominación no es determinante para diferenciar si nos encontramos ante un tratado o un (MdE), la intención expresada por los Estados para que el instrumento sea vinculante o no para el Derecho Internacional, sí lo hará (Aust, 2007, p.23).

Si bien el concepto de memorando de entendimiento es ambiguo y se recurre a tal denominación tanto para instrumentos jurídicamente no vinculantes y vinculantes por igual, la presente investigación considera que deben existir varias razones, por las cuales sus celebrantes prefieren utilizar específicamente esta denominación en ciertas situaciones, especialmente en lo que respecta a asuntos de cooperación o de naturaleza técnica, esto sea en el ámbito cultural, político, moral y comercial.

Al respecto, la presente investigación considera que tal denominación se asocia generalmente a un instrumento de menor formalidad que un tratado, un instrumento que no será sometido a los procedimientos regulados para la aprobación y modificación de un tratado, un instrumento que tendrá un menor estado legal que el de un tratado y un instrumento que por sus características podrá ser mantenido en la confidencialidad.

Con ello claro, la presente investigación considera que los motivos anteriormente expuestos se cumplen en el caso del memorando de entendimiento sobre derechos aerocomerciales, el cual es un instrumento simple en su forma y contenido, el cual no requiere de aprobación por parte del Congreso ni de ratificación por el Presidente al no ser un tratado y finalmente, no requiere ser publicado, por lo cual se mantiene en la confidencialidad.

En lo que respecta a la confidencialidad de los memorandos de entendimiento sobre derechos aerocomerciales, Aust menciona que al contener información comercial sensible para los Estados, los participantes optan por guardar confidencialidad en torno al contenido del instrumento (Aust, 2010, p.323). Cabe destacar que si bien el memorando de entendimiento es de carácter confidencial, la norma con el cual se aprueba no lo es. Por tal motivo, las resoluciones ministeriales del Ministerio de Transportes y Comunicaciones son accesibles al ser publicadas en el diario oficial.

A pesar de lo señalado, la denominación y terminología empleadas en los memorandos de entendimiento sobre derechos aerocomerciales pueden generar confusión al lector respecto a la naturaleza jurídica del instrumento. Aquello se debe a que al no existir lineamientos respecto a la elaboración de tales documentos, se mezclan



términos y disposiciones asociados a tratados como también a instrumentos jurídicamente no vinculantes, todo ello en el marco de un instrumento ambiguo que no es un tratado. En consideración de ello, la presente investigación resalta el trabajo que debe realizar el Ministerio de Relaciones Exteriores conjuntamente con el Ministerio de Transportes y Comunicaciones para supervisar la elaboración del instrumento.

Por último, si consideramos que la denominación de un instrumento no es del todo importante, en el caso de los memorandos de entendimiento sobre derechos aerocomerciales de carácter preliminar, todos ellos presentan la denominación de “memorando de entendimiento entre autoridades aeronáuticas civiles” al inicio del documento, excepto el caso del celebrado con la autoridad aeronáutica de Costa Rica, el cual emplea el término “acta”.

### **2.1.2 Delegaciones**

En cuanto al segundo elemento identificado, los memorandos de entendimiento sobre derechos aerocomerciales son suscritos entre autoridades aeronáuticas civiles de los países interesados. De igual modo que la denominación, el título del instrumento hace referencia necesariamente a los participantes, los cuales se encuentran compuestos por delegaciones de ambos países que incluyen generalmente a representantes del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, del Ministerio de Relaciones Exteriores y de las aerolíneas nacionales interesadas.

Por lo analizado, el concepto de delegación es utilizado constantemente para referirse a los participantes del instrumento internacional, en consideración a que tales documentos son suscritos a veces en el extranjero por nuestra delegación o celebrados en nuestro país con la presencia de la delegación extranjera. En cuanto a los funcionarios que componen tales delegaciones, los memorandos de entendimiento presentan una lista de los miembros presentes en la reunión en sus adjuntos o anexos.

Si bien las entidades públicas que suscriben el instrumento son las autoridades aeronáuticas de los países interesados, Aust señala que al tratarse de una negociación netamente de carácter comercial, los gobiernos actúan en representación de los intereses

de las aerolíneas nacionales, motivo por el cual sus representantes también participan en las negociaciones de derechos aerocomerciales como consultores (Aust, 2010, p.323).

En consideración a lo señalado, la razón principal por la cual se establecen relaciones aerocomerciales con ciertos países y se otorgan derechos aerocomerciales puede basarse en la presión por parte de las aerolíneas de operar en nuevos mercados. Al respecto, Salazar & Van Fenema señalan que los gobiernos deciden cuantas aerolíneas estarán permitidas a realizar los servicios convenidos en atención a las necesidades del mercado y estableciendo por ende, cláusulas duales o múltiples respecto a la designación de aerolíneas (Salazar & Van Fenema, 2016, p.259-260).

Finalmente, si bien el término “delegación” es de uso frecuente en estos instrumentos internacionales, algunos presentan el uso de palabras adicionales como “partes” o “gobiernos” para referirse a los participantes, los cuales de acuerdo a lo desarrollado anteriormente, se encuentran asociados más que todo a los tratados. En razón de ello, si bien en tales documentos se emplea de igual manera el término de “delegación”, el uso de los términos señalados se consideró como una discrepancia.

### **2.1.3 Intención de otorgar derechos aerocomerciales**

El otorgamiento de derechos aerocomerciales es el tema central de la presente investigación y representa el elemento esencial del memorando de entendimiento sobre derechos aerocomerciales de carácter preliminar. En cuanto a tales instrumentos, el primer párrafo se encuentra destinado generalmente a señalar que las autoridades aeronáuticas de ambos países se reúnen con el propósito de negociar el otorgamiento de derechos aerocomerciales entre ambos países.

Como bien se ha desarrollado anteriormente, los derechos aerocomerciales tienen como sustento a las libertades del aire, específicamente la tercera, cuarta y quinta libertad de carácter aerocomercial, las cuales son concedidas especialmente mediante memorandos de entendimiento sin la necesidad de un tratado. Al respecto, Bartsch menciona que los servicios de transporte aéreo internacional son únicos en lo que concierne a su autorización, aquello se debe a que conforme al artículo 6 de la

Convención de Chicago, ningún servicio aéreo regular podrá ser efectuado en el territorio de otro país, sin la autorización especial para ello. Lo anterior significa que un acuerdo internacional es necesario entre ambos países para que puedan operar los servicios de aerolíneas internacionales (Bartsch, 2018, p.66-67).

En ese sentido, los derechos de tráfico o derechos aerocomerciales a ser otorgados se encuentran señalados expresamente en el texto del instrumento. Cabe destacar que las delegaciones diferencian entre los derechos a ser conferidos en el caso de pasajeros y carga, al precisar cuáles libertades las aerolíneas están autorizadas a operar y estableciéndose límites en los casos de servicios combinados de pasajeros y carga. A manera de ejemplo, en el caso del memorando de entendimiento sobre derechos aerocomerciales con Australia, se señala que las aerolíneas designadas estarán autorizadas a operar con derechos de tercera y cuarta libertad en consideración a su capacidad, sin embargo en el caso de servicios combinados de carga y pasajeros, no podrán ejercer derechos de quinta libertad, salvo en los puntos establecidos a través de notas diplomáticas (Resolución Ministerial N° 354-2013-MTC/02, 2013).

Por último, en lo concerniente a los criterios de contenido y terminología a ser empleados en instrumentos internacionales, Shaw menciona que en el caso de Qatar vs Bahreín ante la Corte Internacional de Justicia, la Corte consideró que un acuerdo será o no jurídicamente vinculante en consideración de los términos empleados y de las circunstancias o situaciones que forman parte del caso (Shaw, 2003, p.814). En ese sentido, si bien el análisis de la terminología empleada por las delegaciones participantes fue importante para comprender las características y naturaleza del memorando de entendimiento, la presente investigación concluyó que tales instrumentos exacerban más la confusión de la naturaleza del instrumento al combinar terminología de tratados y de instrumentos jurídicamente no vinculantes. No obstante a ello, el hecho de que se otorguen derechos de tráfico o derechos aerocomerciales mediante estos instrumentos es suficiente para afirmar que los memorandos de entendimiento sobre derechos aerocomerciales de carácter preliminar son instrumentos jurídicamente vinculantes.

#### **2.1.4 Proyecto de acuerdo bilateral**

Ante lo comentado, el memorando de entendimiento sobre derechos aerocomerciales de carácter preliminar cumple con la finalidad de establecer una relación aerocomercial entre países sin la aprobación previa de un acuerdo de servicios aéreos o de transporte aéreo internacional. Sobre el particular, Palacín señala que la aviación civil internacional se caracteriza por presentar un amplio número de problemas que requieren de rapidez en su solución y por tales razones, los Estados en ciertas ocasiones adoptan fórmulas más ágiles como el memorando de entendimiento, el cual se suscribe únicamente entre autoridades aeronáuticas sobre los asuntos aeronáuticos de su competencia (Palacín, 1992, p.1746-1747).

Por tal razón, si bien el memorando de entendimiento sirve como una base legal de carácter temporal para que opere el transporte aéreo internacional, mediante su suscripción, las delegaciones manifiestan su intención de celebrar en un eventual futuro un tratado entre los Estados. En ese sentido, estos instrumentos internacionales señalan constantemente en su primer párrafo que las autoridades aeronáuticas de ambos países se reunieron con la intención de negociar un acuerdo bilateral de servicios aéreos y prepararan el texto de un acuerdo de servicios aéreos que se presenta como anexo.

A pesar de ello, si bien el propósito ulterior de los países es la celebración de un tratado, se presentan diversos motivos por los cuales los países no llegan a concretizar aquello. Con la intención de mencionar algunos, se debe tomar en consideración la demanda de las rutas y frecuencias convenidas entre países, si no se utilizan frecuentemente, entonces no habrá necesidad por parte de las aerolíneas de presionar para que se autoricen más servicios aéreos regulares. Por otro lado, se debe considerar que un tratado es producto de un proceso de negociación entre Estados y un acuerdo sobre servicios aéreos desarrolla temas adicionales que no se incluyen en un memorando de entendimiento como la regulación de derechos aduaneros, tarifas, libre competencia y competencia justa, protección ambiental y seguridad de la aviación, entre otros. Finalmente y en consideración a lo anteriormente señalado, se debe considerar que los Estados establecen procedimientos internos para la aprobación de un tratado, en nuestro

país el Congreso lo debe aprobar y al desarrollar una gran variedad de temas adicionales, la aprobación del instrumento puede demorar varios años.

En ese sentido y a manera de ejemplo, conforme a la información presentada por la DGAC, los siguientes países a continuación llevan más de 10 años con solamente un memorando de entendimiento como base jurídica regulando la relación aerocomercial entre ellos: Bélgica, Costa Rica, Emiratos Árabes, Hong Kong, República Dominicana, Singapur y Sudáfrica (Dirección General de Aeronáutica Civil, 2020, p.1-9).

Con las ideas claras en lo que concierne a los acuerdos de servicios aéreos, la International Air Transport Association señala que son instrumentos internacionales que representan el marco jurídico para el transporte aéreo internacional y regulan el intercambio en los servicios aéreos entre Estados. Asimismo, los Estados los consideran como tratados jurídicamente vinculantes que desarrollan temas como el otorgamiento de derechos aerocomerciales, la capacidad de las aeronaves, tarifas a los viajes aéreos, la designación de aerolíneas, derechos aduaneros y de propiedad intelectual, entre otros (International Air Transport Association, 2018, p.25-26).

Finalmente, Bartsch complementa lo anterior en que son tratados vinculantes internacionalmente entre Estados, los cuales representan la desregularización de los servicios aéreos entre ambos países. Al respecto, la finalidad de tales acuerdos es precisar el entendimiento mutuo respecto al intercambio de derechos autorizados a las aerolíneas para sobrevolar, aterrizar y transportar pasajeros o carga hacia o dentro del territorio de ambos países. En ese sentido, a través de sus artículos se definirán las rutas a ser operadas, la capacidad de las aeronaves, las frecuencias de los vuelos, destinos y las disposiciones sobre código compartido (Bartsch, 2018, p.74).

### **2.1.5 Rutas y frecuencias**

Los conceptos de “ruta” y “frecuencia” se encuentran necesariamente relacionados a los derechos aerocomerciales, en consideración a que las aerolíneas designadas ejercerán los derechos conferidos en las rutas establecidas y frecuencias convenidas por el memorando de entendimiento. Al respecto, Palacín menciona que el II Acuerdo de Bermuda entre Estados Unidos y Reino Unido define al concepto de segmento de ruta como un punto de

salida y de llegada fijados por las aerolíneas de los países, en consideración al territorio de su país y del territorio del otro país. Por ello, de acuerdo con el artículo 2 del acuerdo, cada participante otorga derechos para la concretización de servicios aéreos regulares en las rutas especificadas (Palacín, 1992, p.1731-1732).

En ese mismo sentido, Salazar y Van Fenema señalan que las rutas son necesarias para la operación de los vuelos realizados por las aerolíneas, de modo tal que las rutas especificadas serán incluidas en un anexo en el instrumento. El mencionado anexo precisará los puntos en los territorios de los Estados involucrados que servirán de partida y de llegada, como también se podrán establecer puntos intermedios o puntos más allá. Finalmente, se menciona que ciertos Estados limitan los puntos a ser establecidos en consideración a que el otro Estado parte podría exigir en un eventual futuro el otorgamiento de derechos de quinta libertad para utilizar los puntos mencionados con fines comerciales (Salazar & Van Fenema, 2016, p.261).

A manera de ejemplo, el memorando de entendimiento entre autoridades aeronáuticas civiles de la República de Perú y la República de Panamá establece las rutas Panamá-Lima vv. y Panamá-Iquitos vv. con derechos de tercera y cuarta libertad (Resolución Ministerial 191-2012-MTC/02, 2012). Al respecto, en lo que concierne a la primera ruta, la aerolínea designada panameña tendrá como punto de salida la ciudad de Panamá y su punto de llegada sería la ciudad de Lima. Al ser el otorgamiento de derechos aerocomerciales de carácter recíproco, se entiende por “vv.” que la ruta es viceversa y que las aerolíneas peruanas designadas operarán en la misma ruta partiendo desde Lima a ciudad de Panamá.

Por otro lado, el memorando de entendimiento entre autoridades aeronáuticas civiles de la República del Perú y la República de Corea establecen para las aerolíneas designadas por la República de Perú que el punto de salida podrá ser cualquier ciudad de Perú, que las ciudades de Los Ángeles, San Francisco y otros 4 puntos a ser establecidos serán puntos intermedios, que cualquier ciudad de Corea será el punto de llegada y que finalmente, ambos países podrán establecer tres puntos más allá. (Resolución Ministerial

N° 884-2011 MTC/02, 2011). En ese sentido y a manera de ejemplo, se podría establecer la siguiente ruta para una aerolínea peruana, Lima-San Francisco-Seúl-Osaka.

Finalmente, en lo que respecta al concepto de frecuencia, este término hace referencia al número de servicios aéreos regulares semanales o mensuales que las aerolíneas designadas pueden llegar a operar respecto a las rutas establecidas. A manera de ejemplo, la I Acta Final de la Primera Reunión de Consulta entre las Autoridades Aeronáuticas de las Repúblicas de Costa Rica y Perú señala que ambas partes tendrán el derecho de operar hasta siete frecuencias semanales (Resolución Ministerial N° 301-1997MTC/15.06, 1997). Por otro lado, el memorando de entendimiento entre autoridades aeronáuticas de los gobiernos de la República del Perú y los Emiratos Árabes Unidos señala que en cuanto a servicios combinados, las aerolíneas designadas podrán operar sin ninguna restricción con respecto al número de frecuencias en el ejercicio de derechos de tráfico de tercera, cuarta y quinta libertad (Resolución Ministerial N° 264-2005-MTC/02, 2005).

#### **2.1.6 Entrada en vigor**

Las disposiciones respecto a la entrada en vigor del instrumento se encuentran en la última página del documento y especifican el momento cuando empezará a generar efectos jurídicos. Al respecto, en la mayoría de los casos, se establece que solamente se requiere la firma del instrumento para ello y en otros que esto se dará cuando los participantes cumplan con realizar los procedimientos internos. A manera de ejemplo, el memorando de entendimiento entre las autoridades aeronáuticas de la República Dominicana y la República del Perú señala que la entrada en vigor será luego de obtenidas las autorizaciones internas de cada parte en cumplimiento de las leyes internas (Resolución Ministerial N° 046-2010-MTC/01, 2010).

Por otro lado, en consideración a los criterios de contenido para la elaboración de instrumentos internacionales estudiados anteriormente, el término de “entrada en vigor” se encuentra asociado generalmente al ámbito de tratados conforme a los manuales y guías de Cancillerías extranjeras. No obstante a ello, se debe recordar lo señalado por Aust quien considera que no se debería asumir que solamente porque un instrumento

internacional contiene terminología o expresiones asociadas a tratados, lo hace un tratado (Aust, 2007, p.33). La comprensión de las características y naturaleza del instrumento se dará mediante un análisis íntegro del documento en cuestión.

### **2.1.7 Firma y cuestiones complementarias**

Finalmente, la mayoría de los memorandos de entendimiento sobre derechos aerocomerciales de carácter preliminar incluyen en el último párrafo una mención de que el instrumento ha sido firmado en el lugar y fecha en los cuales se reunieron las delegaciones participantes. Posteriormente a ello, se presentan las firmas y nombres de los jefes de las delegaciones de ambos países.

De igual modo que en el anterior punto sobre entrada en vigor, en lo que concierne a criterios de contenido para la elaboración de instrumentos internacionales, el término de “firma” o “firmado” se encuentra asociado a la celebración de (MdEs). Lo anterior da a entender que al no existir criterios de contenido establecidos por el Ministerio de Relaciones Exteriores de nuestro país para la elaboración de instrumentos internacionales, se suelen suscribir documentos que combinan la terminología destinada para tratados e instrumentos jurídicamente no vinculantes en un mismo instrumento, lo cual como se ha comentado anteriormente, agrava la confusión en torno a la naturaleza de los instrumentos internacionales denominados memorando de entendimiento.

Con la finalidad de complementar lo investigado, los memorandos de entendimiento sobre derechos aerocomerciales incluyen de vez en cuando disposiciones en torno a la designación de aerolíneas, servicios aéreos no regulares y código compartido. En consideración de ello, al haber sido analizados anteriormente los dos primeros asuntos, el último tema sobre código compartido se encuentra precisado por Salazar y Van Fenema quienes lo definen como una forma de cooperación comercial entre aerolíneas de ambos países para compartir el código de vuelo y venderlo como una única operación. Lo anterior beneficia a las aerolíneas de ambos países en consideración a que ya no competirán más en las mismas rutas, pero podría genera problemas en torno a la protección de los derechos de consumidor en atención a los servicios que uno contrata (Salazar & Van Fenema, 2016, p.262).



Por último y respecto a nuestro primer objetivo específico del segundo capítulo, en consideración al análisis del contenido de los memorandos de entendimiento suscritos preliminarmente por las autoridades aeronáuticas de nuestro país, se determinó que existen solamente trece memorandos de entendimiento sobre derechos aerocomerciales de carácter preliminar, los cuales representan la base jurídica aerocomercial con los mencionados países. En ese sentido, al haber comprendido las características y elementos que componen al memorando de entendimiento sobre derechos aerocomerciales, el siguiente punto a desarrollar explorará las posturas existentes en torno a la naturaleza jurídica del mencionado instrumento internacional y se presentará la opinión de la investigación en cuanto a ella.

Adicionalmente, a partir de ahora, toda mención al “memorando de entendimiento sobre derechos aerocomerciales” se realizará en consideración a que nos referimos al memorando de entendimiento sobre derechos aerocomerciales celebrado por autoridades aeronáuticas de carácter preliminar, el cual es el objeto de estudio de la presente investigación.

## **2.2 Naturaleza jurídica del memorando de entendimiento sobre derechos aerocomerciales**

Con las ideas claras sobre el instrumento a ser estudiado, se plantean las siguientes dudas a ser dilucidadas: ¿El memorando de entendimiento sobre derechos aerocomerciales sería considerado un instrumento internacional jurídicamente vinculante o no vinculante jurídicamente? En relación a ello, ¿nos encontramos ante un instrumento que responde a las características de un instrumento *de hard law* o de *soft law*? Por último, entre las categorizaciones propuestas de tratado, (MdE) o acuerdo interinstitucional, en consideración a su particularidad, ¿el memorando de entendimiento sobre derechos aerocomerciales a cuál categoría pertenecería?

En primer lugar y en consideración a la finalidad del memorando de entendimiento de establecer una relación jurídica de carácter aerocomercial, la presente investigación concluye en la necesidad de que este instrumento internacional sea de

carácter jurídicamente vinculante. Lo anterior se determina en atención a que mediante estos documentos, las autoridades aeronáuticas de ambos países se conceden derechos de tráfico o aerocomerciales para la concretización del transporte aéreo internacional, estos derechos y sus deberes contrapuestos se encuentran en el marco de una relación jurídica que tiene como origen al memorando de entendimiento. Cabe añadir que al ser de carácter preliminar, estos instrumentos serán la base jurídica establecida para la relación aerocomercial entre ambos países al ser el único instrumento suscrito por las autoridades aeronáuticas hasta la celebración de un acuerdo sobre servicios aéreos.

No obstante a ello, si bien nos encontramos ante un instrumento internacional, tales instrumentos no se encuentran regidos por el Derecho Internacional, debido a que en consideración al contenido de los trece memorandos analizados, no se establecen disposiciones que los sometan al ordenamiento jurídico internacional y porque al ser los participantes, unas entidades de administración pública, tales instituciones no podrían establecer obligaciones regidas por el Derecho Internacional al no ser sujetos de Derecho Internacional y por ende, no ser centro de imputación de derechos y deberes para tal ordenamiento. Al respecto, si bien la autoridad aeronáutica peruana es parte del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, y actúa como una dependencia del gobierno, los actos realizados por ella se realizan en el marco de lo que la ley nacional le permite y sus acciones no pueden extenderse a generar obligaciones internacionales al Estado peruano como sujeto de Derecho Internacional, al no contar con las autorizaciones reguladas sobre plenos poderes (Decreto Supremo N°031-RE, 2007).

Por tal razón, la presente investigación realizó una distinción esencial en consideración a los instrumentos jurídicamente vinculantes, al categorizarlos en regidos por el ordenamiento internacional o por el ordenamiento interno. Bajo esa línea, nuestro trabajo considera pertinente en señalar que los memorandos de entendimiento sobre derechos aerocomerciales serían instrumentos internacionales regidos por el ordenamiento interno de las partes, debido a que en consideración a su contenido, los derechos y deberes establecidos por las autoridades aeronáuticas se encuentran regulados por la normativa nacional en lo que respecta a la autorización de aerolíneas designadas, la operación de rutas y frecuencias aéreas, el uso de aeródromos y aeropuertos que se

requieren para el ejercicio de tales derechos aerocomerciales. A manera de ejemplo, conforme al artículo 217 del Reglamento de la Ley de Aeronáutica Civil, la Dirección General de Aeronáutica Civil estará encargada de supervisar el otorgamiento de permisos de operación y de vuelo para el servicio de transporte aéreo internacional regular y no regular conforme a los derechos aerocomerciales concedidos en instrumentos internacionales (Decreto Supremo N° 050-2001-MTC, 2001).

De modo tal que ante el dilema planteado de ser un instrumento de *soft law* o de *hard law*, se debe considerar que por sus particularidades y contenido, estos instrumentos internacionales no podrían pertenecer al ámbito del *soft law* al generar obligaciones jurídicas entre los participantes. En ese sentido, si bien los memorandos de entendimiento se asocian normalmente con el ámbito del *soft law*, en nuestro caso, el instrumento se encuentra destinado específicamente a establecer una relación jurídica única que genera derechos y deberes de carácter aerocomercial entre las autoridades aeronáuticas. Con ello claro, la presente investigación considera que si bien tales instrumentos internacionales son jurídicamente vinculantes, no sería prudente categorizarlos como instrumentos de *hard law* convencionales al no encontrarse regidos por el Derecho Internacional. No obstante a ello, en consideración a sus características y contenido, el presente trabajo concluye que presentan mayores similitudes con instrumentos de *hard law* que son jurídicamente vinculantes.

Finalmente, a lo largo del primer capítulo se planteó la categorización dicotómica de tratado y (MdE) propuesta por Anthony Aust y por otro lado, se incluyó como una tercera categoría la del acuerdo interinstitucional para clasificar a un instrumento internacional con la denominación de memorando de entendimiento. En cuanto a las primeras dos categorizaciones, la distinción esencial entre ambas categorías se encuentra en la intención manifestada por los participantes de generar obligaciones jurídicas en el marco del Derecho Internacional, lo cual se realiza con un instrumento con las formalidades y requisitos de un tratado de acuerdo a lo regulado por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Por el contrario, un (MdE) no busca generar derechos y obligaciones internacionales, porque se utilizan para registrar entendimientos mutuos que convienen los Estados y es una clasificación empleada por Aust para organizar aquellos instrumentos que no son tratados. En cuanto a ello, se precisa que un (MdE) es un instrumento concluido entre Estados, los cuales no tienen la intención de encontrarse regulados por el ordenamiento internacional, o cualquier otro ordenamiento jurídico y por ende, no son vinculantes jurídicamente (Aust, 2007, p.32).

En ese orden de ideas, el memorando de entendimiento sobre derechos aerocomerciales no es un tratado. Aquello se debe a que en primer lugar, estos instrumentos internacionales no son celebrados por los Estados en sí, sino por las autoridades aeronáuticas de los países. Respecto a este punto, las delegaciones de los países guardan cuidado para no incluir mención alguna que pueda vincular al gobierno o al Estado en la redacción del documento, ya que ellas no cuentan con los plenos poderes para obligar internacionalmente al Estado peruano mediante un tratado.

Bajo esa misma línea, en cuanto a la esencia de los tratados, Crawford menciona que la definición preliminar de tratado elaborada por la Comisión de Derecho Internacional en los borradores de la Convención de Viena implica que los sujetos de la relación jurídica sean dos o más Estados u otros sujetos de Derecho Internacional y que el instrumento se encuentre gobernado por el ordenamiento internacional. En ese sentido, de acuerdo con el artículo 2, los acuerdos comerciales entre gobiernos regidos por uno o más ordenamientos nacionales se encontrarían excluidos de la presente definición (Crawford, 2012, p.782). Cabe destacar que el proyecto de la Comisión de Derecho Internacional necesariamente planteaba que los tratados sean celebrados entre sujetos de Derecho Internacional, lo cual significaría que las partes de la relación jurídica deberían contar con personalidad jurídica para el ordenamiento internacional. Finalmente, Shaw menciona que la personalidad jurídica internacional involucra necesariamente la interrelación de derechos y deberes ante el sistema internacional, como también la capacidad de ejercerlos (Shaw, 2003, p.176).

Ante la idea respecto a que las entidades administrativas del gobierno podrían asumir obligaciones internacionales, Klabbers señala que tal razonamiento supondría que

tales entidades administrativas serían sujetos de Derecho Internacional, legitimados para contar con derechos y obligaciones de carácter internacional, idea que no encuentra fundamento para el ordenamiento internacional. Al respecto, se señala que McNair argumentó que la posibilidad que se establezcan obligaciones internacionales a nivel de entidades del gobierno en vez de Estados podría generar a futuro problemas con que un nuevo gobierno desconozca las obligaciones internacionales por el anterior gobierno (Klabbers, 1996, p.101-102).

En ese sentido, Klabbers menciona las investigaciones realizadas por Ludwig Bittner quien señaló que solamente el jefe de Estado estaría legitimado para concluir acuerdos vinculantes para el Derecho Internacional. En su defecto, ciertas personas podrían hacerlo con las autorizaciones respectivas, de modo tal que los tratados requerirían los poderes correspondientes para su celebración y todo acuerdo celebrado sin tal elemento no sería un tratado. Consecuentemente, Bittner observó que las entidades públicas celebraban cotidianamente acuerdos sin tales poderes y concluyó que al celebrarse tales instrumentos sin poderes, los acuerdos celebrados serían vinculantes solo para las instituciones públicas y no para los Estados. Finalmente, el autor concluyó que los acuerdos administrativos no serían tratados (Klabbers, 1996, p.98).

Por lo tanto, si bien la presente investigación estima que los memorandos de entendimiento sobre derechos aerocomerciales no son tratados, el jurista Julián Palacín considera lo contrario. Al respecto, Palacín señala que conforme al Art. 82° de la Ley N° 27261, el Director de la Dirección General de Aeronáutica Civil se encuentra facultado para realizar actas o memorandos de entendimiento que son instrumentos preparatorios y provisionales que deben seguir lo estipulado en el Art 56° o 57° de la Constitución para perfeccionarse en un tratado. Se complementa lo anterior al señalar que ningún Ministro de Transportes podrá realizar una interpretación del Art 82° de la Ley que usurpe las facultades que la Constitución establece para la celebración de tratados, las cuales recaen en el Presidente o el Congreso de la República (Acción Popular N° 00107-2016, 2016).

En lo que concierne al razonamiento presentado, la presente investigación concuerda con que los memorandos de entendimiento sobre derechos aerocomerciales deben respetar las disposiciones constitucionales establecidas, no obstante a ello, los

artículos mencionados describen específicamente condiciones y requisitos para la aprobación de tratados. Al respecto, conforme a la idea de Palacín, se interpretaría que tales instrumentos son tratados si se requieren que sean aprobados mediante el procedimiento constitucional. En cuanto a ello, la presente investigación discrepa con la idea de que los memorandos de entendimiento sean tratados en consideración a lo anteriormente desarrollado, no obstante a ello, nos anticipamos a mencionar que los memorandos de entendimiento sobre derechos aerocomerciales deberían ser celebrados como tratados en consideración a diversas razones que se fundamentarán posteriormente, sin embargo, actualmente la naturaleza jurídica de tales instrumentos no responde a la de un tratado.

Por otro lado y en consideración de lo analizado, el memorando de entendimiento sobre derechos aerocomerciales supuestamente debería ser considerado un (MdE) al no ser un tratado, esto es si nos basamos en la categorización dicotómica presentada inicialmente. Bajo esa idea, se estaría ante un instrumento que no es jurídicamente vinculante para los participantes al no encontrarse regido por un ordenamiento jurídico nacional o internacional. Lo anterior sería la opinión de Aust quien señala que la mayoría de acuerdos sobre servicios aéreos se encuentran complementados por (MdEs), los cuales sirven para designar aerolíneas, a especificar las rutas a ser operadas y establecer la capacidad de las aeronaves. Aquellos instrumentos son confidenciales y de constante modificación en atención a las necesidades del ámbito aerocomercial (Aust, 2010, p.323).

Ante lo expuesto, el lector debe recordar que Aust no diferencia entre el memorando de entendimiento preliminar y el ulterior, siendo este último regido por el Derecho Internacional al tener como base a un tratado mediante el cual se otorgaron derechos aerocomerciales anteriormente. Por ello, la presente investigación considera que el memorando de entendimiento sobre derechos aerocomerciales al cual se refiere Aust es el de carácter ulterior, el cual se utiliza para precisar y modificar contenido en acuerdos sobre servicios aéreos de carácter técnico u operativo, motivo por el cual se clasificaría como un (MdE) al no establecer obligaciones jurídicas entre los participantes. Al respecto, la presente investigación concuerda con tal posición en lo referente a memorandos de entendimiento de carácter ulterior, en consideración a que ya no se confieren nuevos derechos aerocomerciales que los previamente otorgados.

Sin embargo, en el caso del memorando de entendimiento sobre derechos aerocomerciales de carácter preliminar, no se podría aplicar la categorización de (MdE), debido a que tal instrumento internacional tiene la función principal de generar obligaciones jurídicas vinculantes entre las entidades públicas participantes y servir como base legal para el otorgamiento de derechos aerocomerciales, en ese sentido, las obligaciones que se generen se encontrarían regidas por los ordenamiento jurídicos de las entidades participantes, lo contrario a lo que preceptúa la categorización de (MdE).

Finalmente, ante la última opción propuesta, la presente investigación analizará si el memorando de entendimiento sobre derechos aerocomerciales de carácter preliminar es un acuerdo interinstitucional. De acuerdo con Bonifaz, en las últimas décadas se han creado nuevos instrumentos internacionales con la finalidad de establecer las bases de una relación internacional entre países mediante entidades de la administración pública, todo ello sin la necesidad de recurrir a instrumentos como los tratados con sus requisitos y procedimientos (Bonifaz, 2016, p.9).

Con tal finalidad, Orozco menciona que en el ordenamiento jurídico mexicano se ha regulado la figura jurídica del acuerdo interinstitucional, el cual responde a las exigencias cada vez mayores de cooperación internacional entre entidades gubernamentales nacionales y extranjeras que realizan funciones semejantes. El campo de acción de tales instrumentos es amplio siempre que se encuentre dentro de las facultades y competencias de las entidades administrativas que los celebren (Orozco, 2016, p.36). En consecuencia, Becerra menciona que se ha consolidado una práctica de celebrar acuerdos ejecutivos mediante entidades públicas descentralizadas, los cuales no se encuentran regidos por el Derecho Internacional al no ser estos sujetos de Derecho Internacional y que en ciertos casos se celebran sin fundamento constitucional o sin aprobación del Congreso o publicación alguna (Becerra, 1997, p.55).

En lo que respecta al ordenamiento jurídico peruano, la mencionada figura jurídica se encuentra regulada por el Decreto Supremo N° 031-2007-RE y la Resolución Ministerial N° 0231/RE-2013 que aprueba la Directiva N° 002-2013-DGT. En ese sentido, el acuerdo interinstitucional se interpreta como aquel acuerdo celebrado por escrito entre entidades de la administración pública y entidades administrativas

gubernamentales extranjeras, el cual estará regido por el Derecho Internacional o por el ordenamiento interno, cualquiera sea su denominación, se tenga un tratado previamente o no (Decreto Supremo N° 031-2007-RE, 2007).

Como se ha podido analizar anteriormente, la categoría de acuerdo interinstitucional se diferencia a la de tratado y (MdE). En lo que respecta a la naturaleza del acuerdo interinstitucional, Orozco señala que no son tratados internacionales al no haber sido celebrados por las instancias facultadas para ello conforme a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ni por órganos considerados como sujetos de Derecho Internacional, por tal razón no surtirían efectos internacionales mediante su celebración (Orozco, 2016, p.53). Por otro lado, los acuerdos interinstitucionales se diferencian de los (MdEs) al necesariamente encontrarse regidos por las normas del ordenamiento internacional o del ordenamiento interno, en consideración a ello, al generarse obligaciones jurídicas entre ellos, esto discreparía con todo lo que representa la categoría de (MdE).

Ante lo expuesto y en consideración a lo analizado respecto a tal figura jurídica en el capítulo anterior, la presente investigación identificó cinco elementos esenciales que los acuerdos interinstitucionales deben cumplir, los cuales se mencionan a continuación: en primer lugar, el instrumento debe ser un acuerdo o convenio elaborado por escrito. En segundo lugar, tal acuerdo deberá ser celebrado por entidades de la administración pública peruana y entidades gubernamentales extranjeras u organismos internacionales. En tercer lugar, el documento en cuestión deberá regirse por el Derecho Internacional o por el ordenamiento interno de las partes. En cuarto lugar, se considerará cualquier denominación que se utilice y finalmente, el contenido desarrollado por el instrumento no podrá versar sobre las materias que la Constitución Política establece en su artículo 56.

En consideración de ello, el Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú mediante la Dirección General de Soberanía Límites y Asuntos Antárticos plantea que los acuerdos que puede suscribir la Dirección General de Aeronáutica Civil en el marco de la Ley de Aeronáutica Civil y su Reglamento, serán necesariamente acuerdos interinstitucionales o instrumentos de *soft law*, mas no tratados. En adición a ello, los



convenios nacionales e internacionales a ser suscritos tendrán carácter de convenio de cooperación o de asistencia técnica (Memorándum DSL N° DSL00032/2015, 2015).

La postura del Ministerio de Relaciones Exteriores en torno a la naturaleza jurídica del memorando de entendimiento sobre derechos aerocomerciales queda definida por la Dirección General de Tratados y la Oficina de Asuntos Legales, las cuales señalan que los memorandos de entendimiento sobre derechos aerocomerciales son instrumentos internacionales, pero no son tratados. En lo que concierne a su naturaleza jurídica, se trata de un acuerdo preliminar entre autoridades aeronáuticas interesadas en celebrar un acuerdo sobre servicios aéreos posteriormente, el cual regulará la relación aerocomercial íntegramente. En consideración a ello, el Ministerio de Relaciones Exteriores considera que al ser un simple instrumento de carácter preparatorio, no son tratados y no requieren ser aprobados por el Congreso. Son entendimientos entre la Dirección General de Aeronáutica Civil y otras entidades públicas, esencialmente de índole técnico aerocomercial que por su naturaleza no generarán obligaciones internacionales para el Estado peruano (Memorándum DGT N° DGT0781/2016, 2016).

Ante lo presentado y según el razonamiento de Cancillería, los memorandos de entendimiento celebrados por nuestras autoridades aeronáuticas serían acuerdos interinstitucionales para el ordenamiento jurídico peruano al no ser instrumentos de *soft law*. Al respecto, la presente investigación concuerda con la postura de Cancillería, en consideración a que el memorando de entendimiento sobre derechos aerocomerciales cumple con los elementos descritos de la figura jurídica del acuerdo interinstitucional. Con ello claro, los memorandos de entendimiento analizados serían convenios escritos celebrados por una entidad de la administración pública peruana y una entidad gubernamental extranjera, que se encuentran regidos por el ordenamiento interno de las partes, sea cual sea la denominación utilizada en el instrumento y que se celebran en el marco de las competencias conferidas por la Ley de Aeronáutica Civil y su Reglamento a la Dirección General de Aeronáutica Civil.

Bajo esa misma lógica, la presente investigación consideraría que los memorandos de entendimiento sobre derechos aerocomerciales celebrados con posterioridad a la vigencia del Decreto Supremo N° 031-RE-2007, se encontrarían

regulados por nuestro ordenamiento jurídico como acuerdos interinstitucionales. Cabe mencionar que de los 13 memorandos de entendimiento sobre derechos aerocomerciales preliminares existentes, solamente 3 habrían sido publicados con anterioridad a la vigencia del mencionado decreto supremo, estos son los celebrados con las autoridades aeronáuticas de Costa Rica, Emiratos Árabes Unidos y Sudáfrica. A pesar de ello, la presente investigación afirma que tales memorandos cumplen también con las características y elementos que corresponden a la figura del acuerdo interinstitucional.

De manera complementaria, Mezarina y Rosales señalan el caso del memorando de entendimiento entre las autoridades aeronáuticas civiles de la República del Perú y la República de Chile, instrumento internacional suscrito por la Dirección General de Aeronáutica Civil y aprobado por resolución ministerial del Ministerio de Transportes y Comunicaciones que otorgaba derechos aerocomerciales y contenía obligaciones jurídicas entre los participantes, por lo que su naturaleza no era la de un (MdE), sino la de un acuerdo interinstitucional propiamente dicho (Mezarina & Rosales, 2019, p.398).

Finalmente, Celis señala que en atención a la Directiva N° 002-DGT/RE-2013, la cual busca orientar a las entidades de la administración pública para la ejecución y suscripción de instrumentos internacionales en el ejercicio de sus competencias, los memorandos de entendimiento sobre derechos aerocomerciales serían acuerdos interinstitucionales en consideración a sus características (Celis, 2016, p.29).

Ante ese orden de ideas, lo desarrollado daría una respuesta final al segundo objetivo específico del capítulo respecto a la naturaleza jurídica del memorando de entendimiento sobre derechos aerocomerciales de carácter preliminar. No obstante a ello, si bien nuestro ordenamiento jurídico reconoce a los memorandos de entendimiento como acuerdos interinstitucionales, la presente investigación recuerda al lector que el Decreto Supremo N° 031-RE establece una restricción especial respecto a los asuntos que podrán ser desarrollados mediante este instrumento internacional.

Al respecto, el artículo 6 del Decreto Supremo N° 031-RE señala expresamente que bajo ninguna circunstancia, los acuerdos interinstitucionales podrán desarrollar materias a las cuales se refiere el artículo 56 de la Constitución Política (Decreto Supremo

N° 031-RE, 2007). En ese sentido, el mencionado artículo de nuestra Constitución expresa que los tratados deberán ser aprobados por el Congreso en el caso de versar sobre cualquiera de los siguientes temas: derechos humanos, soberanía, dominio o integridad del Estado, defensa nacional y obligaciones financieras del Estado (Artículo 56, Título II, Constitución del Perú).

En ese sentido, el lector se debe preguntar en qué se relaciona una restricción basada en un artículo de la Constitución respecto a la aprobación de tratados y los memorandos de entendimiento. En efecto, la presente investigación considera que la celebración de memorandos de entendimiento sobre derechos aerocomerciales implica necesariamente una materia que se señala en el artículo comentado, la soberanía y dominio del Estado.

Con la finalidad de profundizar las implicancias de lo anterior, Abeyratne señala de manera concisa que el concepto de soberanía representa la supremacía de un Estado y su personalidad jurídica, la cual se manifiesta como el poder de crear y administrar normas. Al respecto, se reconocen dos formas de soberanía, la soberanía interna y la externa. En cuanto a la primera, los Estados ejercen derechos exclusivos para definir la naturaleza y función de sus instituciones. Esta forma de soberanía se materializa en el poder del Estado para generar sus normas y hacerlas respetar. Por otro lado, la soberanía externa se traduce como el poder que tiene un Estado para relacionarse libremente con otros Estados o entidades (Abeyratne, 2012, p.1-2).

En cuanto a tal idea, los conceptos de soberanía y territorio se encuentran indudablemente relacionados. Crawford menciona que la soberanía territorial de un Estado se extiende a lo largo de su territorio, el cual se encuentra compuesto por la tierra, el aire y el mar territorial, los fondos marinos y el subsuelo. Así, el territorio de un Estado con su gobierno y la población que habita en sus límites representan la base física y social de un Estado. Finalmente, el Estado ejerce soberanía y jurisdicción sobre su territorio, la primera se comprende como una cierta forma de personalidad jurídica del Estado, mientras que la jurisdicción representa aspectos específicos relacionados a derechos, libertades y poderes (Crawford, 2012, p.203-204).

De acuerdo con Aust, en el Derecho Internacional, la noción de Estado implica un gobierno que pueda controlar y administrar su territorio. En ese sentido, la soberanía se comprende como aquel derecho de un Estado para actuar independientemente de otros Estados, solamente encontrándose sujeto a las limitaciones y restricciones impuestas por las normas que rigen en el ordenamiento internacional. Los Estados ejercen soberanía en sus territorios y tal soberanía territorial se extiende a lo largo de la tierra, las aguas, el mar y el espacio aéreo territorial (Aust, 2012, p.33).

Con ello claro, en lo que respecta a nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 54 de la Constitución señala que el territorio del Estado se encuentra compuesto por el suelo, subsuelo, el dominio marítimo y el espacio aéreo. En lo que respecta al espacio aéreo, el Estado ejerce soberanía y jurisdicción sobre este (Artículo 54, Título II, Constitución del Perú). Al respecto, el lector puede observar que existe una relación implícita entre la soberanía de un Estado y su territorio, el cual comprende necesariamente al espacio aéreo que lo circunscribe.

Nuevamente Abeyratne menciona que la posesión simbólica del espacio aéreo es necesaria para que un Estado ejerza soberanía sobre tal. Por ende, el concepto de soberanía se asocia con el de propiedad y en su ejercicio, el Estado actúa como propietario en exclusión de otros Estados. En ese sentido, la determinación de la soberanía del espacio aéreo se realiza en consideración a su uso, la naturaleza de su posesión y el control que se realiza a favor de este. Finalmente, se concluye que la soberanía en el Derecho Internacional es el derecho de ejercer las funciones de un Estado en exclusión a otros respecto a cierto lugar perteneciente al Estado, y en lo que respecta a la aviación internacional, se reconoce al principio de soberanía como base para la realización del transporte aéreo internacional (Abeyratne, 2012, p.2-3).

Por tal razón, mediante el artículo primero y segundo del Convenio de Chicago de 1944, se reconoce que los Estados cuentan con completa y exclusiva soberanía respecto al espacio aéreo sobre su territorio y que tal territorio comprenderá tanto el suelo y aguas adyacentes que se encuentren en el dominio y jurisdicción de tal Estado (Convenio de Chicago, 1944).

A partir de ello y en consideración a que el transporte aéreo internacional implica indudablemente la cesión en uso del espacio aéreo, la presente investigación concluye que los memorandos de entendimiento sobre derechos aerocomerciales al celebrarse con la finalidad de otorgar derechos aerocomerciales y ser la base legal para la concretización del transporte aéreo internacional, necesariamente versan sobre soberanía y dominio del Estado conforme al artículo 56 de la Constitución.

Sin caer en la redundancia, lo anterior encuentra su fundamento en el contenido del memorando de entendimiento y todo lo que conlleva el otorgamiento de derechos aerocomerciales. El transporte aéreo internacional como lo conocemos requiere de un marco jurídico que permita la autorización de aerolíneas designadas, las cuales efectuarán servicios aéreos regulares en las rutas y frecuencias aéreas establecidas por las autoridades aeronáuticas, y que requerirán del uso de aeródromos y aeropuertos para el embarque y desembarque de pasajeros, carga y correos. Como el lector ha podido apreciar hasta ahora, todo ello se realiza en función del memorando de entendimiento sobre derechos aerocomerciales y comprenden necesariamente el uso del espacio aéreo como expresión del ejercicio de la soberanía del Estado.

Si bien el concepto de soberanía y su relación con el espacio aéreo serán explorados en el tercer y último capítulo, la presente investigación concluye en este punto de que existe una discrepancia importante respecto a los elementos del acuerdo interinstitucional, al incumplirse con lo estipulado en el Decreto Supremo N° 031-2007-RE y la Directiva N° 002-DGT-RE-2013 al no solamente implicar considerablemente las materias de soberanía y dominio del territorio contenidas en el artículo 56 de la Constitución, sino que configura un caso de cesión en uso del territorio del Estado.

Ante lo expuesto, la presente investigación concluye que los memorandos de entendimiento sobre derechos aerocomerciales serían acuerdos interinstitucionales suscritos irregularmente que no siguieron los procedimientos y lineamientos establecidos por nuestro ordenamiento jurídico en cuanto a lo regulado sobre acuerdos interinstitucionales. El aporte de nuestra investigación al estado del arte se encuentra por ende, en haber identificado el presente problema respecto a la naturaleza del memorando de entendimiento y ello nos motiva a analizar en el próximo punto, las atribuciones de la

Dirección General de Aeronáutica Civil para otorgar derechos aerocomerciales mediante memorandos de entendimiento.

Finalmente, la presente investigación concluye en que los memorandos de entendimiento sobre derechos aerocomerciales de carácter preliminar son instrumentos internacionales jurídicamente vinculantes regidos por el ordenamiento interno de las partes, que son reconocidos por nuestro ordenamiento jurídico como acuerdos interinstitucionales y que en atención a su finalidad de otorgar derechos aerocomerciales, necesariamente versan sobre las materias de soberanía y dominio del Estado, por tales razones se les consideraría como acuerdos interinstitucionales que pertenecen a una práctica irregular.

### **2.3 La Dirección General de Aeronáutica Civil y el otorgamiento de derechos aerocomerciales mediante memorandos de entendimiento**

Sin mayor preámbulo y en consideración a lo analizado, la relación aerocomercial necesaria para la concretización del transporte aéreo internacional, se establece mediante memorandos de entendimiento sobre derechos aerocomerciales celebrados por las autoridades aeronáuticas nacionales e internacionales correspondientes. En nuestro país, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones es el organismo del Poder Ejecutivo encargado de regular y supervisar la realización de actividades de transporte en todas sus modalidades a lo largo del territorio de la República.

En lo que concierne a nuestra investigación, los artículos 4 y 6 de la Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones señalan que tal organismo cuenta con competencias exclusivas respecto a la aeronáutica civil y por tal motivo, se encuentra encargado de ejercer las funciones específicas de planear, regular, autorizar, gestionar y evaluar la realización de los servicios de transporte aéreo en el territorio (Ley N° 29370, 2009).

De tal modo y conforme a lo estipulado en el artículo 8 de la Ley de Aeronáutica Civil, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones es la única autoridad aeronáutica civil en nuestro país. Las funciones que conlleva la aeronáutica civil para su

concretización son ejercidas por una dependencia especializada conocida como la Dirección General de Aeronáutica Civil que cuenta con autonomía técnica y administrativa para ello (Ley de Aeronáutica Civil Ley N° 27261, 2000).

Con ello claro y en consideración a la necesidad de analizar la relación aerocomercial establecida por los memorandos de entendimiento sobre derechos aerocomerciales, se procederá a desarrollar y precisar el marco normativo que sustenta la celebración de tales instrumentos internacionales, las normativas que legitiman a las autoridades aeronáuticas a celebrarlos y finalmente, las obligaciones y posibles consecuencias que derivan de tal práctica interinstitucional.

### **2.3.1 Marco jurídico de las entidades participantes en la suscripción de memorandos de entendimiento**

Sin mayor necesidad de ahondar respecto a la estructura y organización del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, el lector solo debe recordar que para los fines de esta investigación, las funciones relacionadas a la aeronáutica civil son desempeñadas especialmente por la Dirección General de Aeronáutica Civil, la cual es un órgano de línea del Despacho Viceministerial de Transportes y este último responde al Despacho Ministerial, el cual se encuentra a cargo del Ministro de Transportes y Comunicaciones, quien es la autoridad de mayor jerarquía política en la institución.

De acuerdo con los artículos 7 y 8 del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Transporte y Comunicaciones, el Despacho Ministerial es un órgano de alta dirección encargado de plantear y coordinar las políticas nacionales y sectoriales relacionadas a los ámbitos de transportes y comunicaciones. Por ello, el Despacho podrá suscribir convenios, acuerdos interinstitucionales, memorandos de entendimiento y otros instrumentos nacionales e internacionales, y podrá ratificar tales actos mediante resoluciones ministeriales siempre que se encuentren en el marco de sus competencias (Resolución Ministerial N° 0785-2020-MTC/01, 2020).

En cuanto al Despacho Ministerial, este se divide en dos viceministerios, el primero es el Despacho Viceministerial de Transportes y el último, el Despacho

Viceministerial de Comunicaciones. Para los fines de la presente investigación, solamente el primero es de importancia y este se encuentra regulado en los artículos 10 y 11 del Reglamento, al señalarse que el Despacho Viceministerial se encuentra a cargo del viceministro de transportes y ejerce las funciones del ministro en materia de aeronáutica civil y servicios de transporte nacional, regional e internacional cuando se le sea encargado. Entre las funciones del Despacho Viceministerial se encuentran las de coordinar y supervisar la política nacional del sector transportes y las actividades realizadas por los órganos y entidades sujetas al sector de transportes (Resolución Ministerial N° 0785-2020-MTC/01, 2020).

Finalmente, en lo que corresponde a la Dirección General de Aeronáutica Civil, los artículos 107 y 108 del Reglamento señalan que es un órgano de línea dependiente del Despacho Viceministerial de Transportes, que cuenta con autoridad técnico normativa y desempeña las funciones de la autoridad aeronáutica civil del Perú en todo lo concerniente y necesario para gestionar, supervisar y regular las actividades de aeronáutica civil. Por último, en lo que corresponde a sus atribuciones, se encuentra facultada a negociar y suscribir acuerdos en materia aeronáutica de índole técnico o aerocomercial en el marco de la política aérea e interés nacional (Resolución Ministerial N° 0785-2020-MTC/01, 2020).

Cabe destacar que de acuerdo con lo estipulado en el artículo 109 del Reglamento, la Dirección General de Aeronáutica Civil cuenta con tres unidades orgánicas, las cuales son las siguientes: Dirección de Regulación, Promoción y Desarrollo Aeronáutico, Dirección de Certificaciones y Autorizaciones, y por último, la Dirección de Seguridad Aeronáutica (Resolución Ministerial N° 0785-2020-MTC/01, 2020). En lo que corresponde a nuestra investigación, la Dirección de Certificaciones y Autorizaciones es de especial interés, ya que mediante ella se coordina y se conceden los derechos de tráfico aéreo.

Las competencias y funciones de la Dirección de Certificaciones y Autorizaciones se encuentran señaladas en el artículo 112 y 113 del Reglamento, al hacer mención que se trata de una unidad orgánica con el rol de supervisar y conceder permisos para el uso del espacio aéreo peruano tanto a las aeronaves nacionales como a las internacionales.



En lo que corresponde a sus funciones, tal entidad coordina y otorga los derechos de tráfico necesarios para la operación de las aeronaves y supervisa la ganancia generada por tales derechos aerocomerciales. Finalmente, se encuentra facultada para proponer la suscripción de acuerdos de cooperación comercial y de código compartido (Resolución Ministerial N° 0785-2020-MTC/01, 2020).

Ante lo expuesto, el lector comprenderá que en lo que corresponde al rol del Ministerio de Transportes y Comunicaciones en la relación aerocomercial a ser establecida, la Dirección General de Aeronáutica Civil como órgano de línea ejerce las funciones asociadas a la autoridad aeronáutica civil en nuestro país. Si bien los Despachos mencionados realizan una supervisión posterior de los actos que realiza tal dependencia, sus funciones adicionales se limitan solamente al proceso de ratificación de los memorandos de entendimiento por el Despacho Ministerial mediante una resolución ministerial en conformidad a la Ley N° 27261, la Ley N° 29370, el Decreto Supremo N° 050-2001-MTC y el Decreto Supremo N° 021-2007-MTC.

Sin embargo, al tratarse de la celebración de un instrumento internacional, la negociación y eventual suscripción de los memorandos de entendimiento sobre derechos aerocomerciales requiere necesariamente del trabajo conjunto con el organismo encargado de supervisar y llevar a cabo la política exterior de nuestro país, el Ministerio de Relaciones Exteriores. De manera complementaria, Palacín menciona que las relaciones aéreas internacionales son establecidas conjuntamente por grupos de trabajo conformados por funcionarios diplomáticos y funcionarios de la autoridad aeronáutica civil, quienes se encargan de revisar y estudiar los convenios aéreos internacionales celebrados y por suscribirse, como también de examinar los problemas técnicos que surjan respecto a la aviación civil internacional (Palacín, 1992, p.1669).

En lo que concierne al rol del Ministerio de Relaciones Exteriores en la relación aerocomercial, el literal e) de funciones rectoras y el literal i) de funciones específicas del artículo 3 del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Relaciones Exteriores señalan que el Ministerio de Relaciones Exteriores se encuentra facultado a participar y supervisar los procesos de negociación de instrumentos internacionales celebrados por los sectores competentes, y deberá expedir las normas necesarias para la

idónea suscripción de los instrumentos internacionales, como también supervisar su cumplimiento (Decreto Supremo N°135-2010-RE, 2010).

De la misma manera que en el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, el Ministerio de Relaciones Exteriores cuenta con un organigrama general y su Reglamento de Organización y Funciones detalla las funciones de cada uno de los órganos, oficinas, direcciones y despachos que conforman al Ministerio. En ese sentido y para los fines de la presente investigación, nos compete hacer mención de solamente dos direcciones que se encuentran relacionadas al ámbito de la aviación civil internacional, la Dirección General de Soberanía, Límites y Asuntos Antárticos (DSL) y la Dirección de Asuntos Aéreos y Espaciales (DSL-AER).

En lo que respecta a la Dirección General de Soberanía, Límites y Asuntos Antárticos, los artículos 71 y 72 del Reglamento señalan que es un órgano de línea dependiente del Despacho Viceministerial, el cual se encuentra encargado de atender las acciones relativas al ejercicio de los derechos de soberanía territorial en los ámbitos terrestre, marítimo, aéreo y espacial, asimismo debe proteger los intereses nacionales y llevar a cabo la política exterior en cuanto a tales ámbitos y la política nacional antártica. En ese sentido, entre las funciones a ser desempeñadas, se encuentra la de negociar los instrumentos internacionales referidos a los asuntos de soberanía en los ámbitos anteriormente mencionados (Decreto Supremo N°135-2010-RE, 2010).

Con la finalidad de garantizar el cumplimiento de los intereses nacionales y de la política exterior en lo concerniente a la soberanía territorial, la Dirección General de Soberanía, Límites y Asuntos Antárticos se encuentra compuesta por las siguientes unidades orgánicas: Dirección de Límites, Dirección de Asuntos Marítimos, Dirección de Asuntos Antárticos y finalmente, la Dirección de Asuntos Aéreos y Espaciales. En ese sentido, la última mencionada es de particular importancia para nuestra investigación, en cuanto a que es responsable de participar conjuntamente con la Dirección General de Aeronáutica Civil en el proceso de negociación y suscripción de los memorandos de entendimiento sobre derechos aerocomerciales.

En virtud de lo mencionado, el artículo 76 del Reglamento señala que la Dirección de Asuntos Aéreos es una unidad orgánica específica que forma parte de la Dirección General de Asuntos de Soberanía y que por ello, se encarga de ejercer y resguardar la política exterior y los intereses nacionales en torno a la delimitación del espacio aéreo y el crecimiento de la aviación civil internacional en nuestro territorio. Ahora, entre las diversas funciones con las que cuenta tal Dirección, se encuentran las de participar en la negociación de instrumentos internacionales relativos a la aviación civil internacional, promover acciones para consolidar la soberanía sobre el espacio aéreo y por último, coordinar con los sectores correspondientes el cumplimiento de los acuerdos internacionales suscritos (Decreto Supremo N°135-2010-RE, 2010).

Finalmente, con la finalidad de ejercer sus funciones, la Dirección de Asuntos Aéreos y Espaciales cuenta con el apoyo de otros órganos de línea que forman parte del Ministerio de Relaciones Exteriores, la Dirección General de Tratados (DGT) y de la Oficina General de Asuntos Legales (LEG), órganos específicos que se encargan de emitir opinión en torno a la forma adecuada de suscribir instrumentos internacionales y asesorar respecto a aspectos jurídicos de Derecho Internacional Público o Derecho Interno, los cuales serán esenciales para el proceso de negociación y suscripción de los memorandos de entendimiento sobre derechos aerocomerciales.

Con ello claro y a manera de conclusión, el lector debe recordar que la celebración de memorandos de entendimiento sobre derechos aerocomerciales es un trabajo en conjunto entre el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y el Ministerio de Relaciones Exteriores. En consideración de lo analizado, la entidad que ejerce las funciones de autoridad aeronáutica civil en el ámbito nacional e internacional es la Dirección General de Aeronáutica Civil (MTC) y esta entidad de la administración pública suscribirá memorandos de entendimiento sobre derechos aerocomerciales siempre con la supervisión y asesoramiento de la Dirección de Asuntos Aéreos y Espaciales (MRE). Ante lo estudiado, el siguiente punto a desarrollar abordará la cuestión del marco normativo existente en torno a las competencias y atribuciones de la DGAC para celebrar memorandos de entendimiento sobre derechos aerocomerciales.

### **2.3.2 Marco jurídico sobre las competencias de la Dirección General de Aeronáutica Civil para suscribir memorandos de entendimiento**

A manera de inicio, la Ley de Aeronáutica Civil citada anteriormente es la normativa principal en lo concerniente a la realización de actividades de aviación general y comercial, como también aquellas que se encuentren relacionadas y sean necesarias para la concretización de la aviación por aeronaves civiles. En ese sentido, la normativa en cuestión y su Reglamento son las fuentes principales que posibilitan la materialización del transporte aéreo internacional y por ellas, se legitima a la DGAC a ejercer sus funciones y competencias. Ante lo señalado, si bien en el anterior punto se analizó el marco normativo de las unidades orgánicas que participan en la suscripción de memorandos de entendimiento, la finalidad del presente punto es analizar el marco jurídico existente que legitima a la DGAC a celebrar tales instrumentos internacionales.

Con el objetivo claro, tanto la Ley y su Reglamento son congruentes con el Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, al señalar que la autoridad de aeronáutica civil es el Ministerio, pero que tal autoridad es ejercida por la Dirección General de Aeronáutica Civil. En cuanto a ello, los literales n) y p) del artículo 9 de la Ley señalan que la DGAC negociará y suscribirá acuerdos de carácter técnico y aerocomercial sobre asuntos aeronáuticos y que celebrará convenios de cooperación técnica de carácter nacional o internacional en el marco de sus competencias (Ley N° 27261, 2000).

De igual modo que la Ley, el artículo 12 del Reglamento especifica que el Director General de Aeronáutica Civil se encuentra facultado para negociar y celebrar convenios de cooperación y asistencia técnica respecto a asuntos de aeronáutica civil. Por otro lado y en coordinación con el Ministerio de Relaciones Exteriores, se encuentra facultado para negociar y suscribir acuerdos en materia aerocomercial que deberán ser ratificados por decreto supremo refrendado y también se podrán celebrar actas o memorandos de entendimiento, los cuales deberán ser ratificados por el Ministro de Transportes y Comunicaciones (Decreto Supremo N° 050-2001-MTC, 2001).

Ante lo mencionado, el lector puede observar que tanto la Ley de Aeronáutica Civil y su Reglamento precisan que entre las atribuciones de la Dirección General de Aeronáutica Civil, se encuentra la facultad de celebrar acuerdos en materia aerocomercial y acuerdos de cooperación técnica. Al respecto, el legislador hace una diferenciación entre la naturaleza de ambas clases de acuerdos, al versar los primeros sobre derechos aerocomerciales o libertades aerocomerciales, mientras que los últimos se encuentran destinados a solucionar los problemas operativos que se dan cotidianamente en la aeronáutica civil. Asimismo, el Reglamento establece una diferencia adicional entre los acuerdos aerocomerciales y las actas o memorandos de entendimiento, al señalar que los primeros serán aprobados por decreto supremo y refrendados por el Ministro de Transportes y Comunicaciones, mientras que los últimos serán solamente ratificados por el Ministro.

En ese sentido, la presente investigación estima que los acuerdos aerocomerciales a los cuales se hace referencia en la normativa, no son de ninguna manera tratados en el sentido de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, sino más bien acuerdos interinstitucionales regulados por el Decreto Supremo N° 031-2007-RE. Por tal motivo, en el campo teórico, se podría considerar que el Reglamento diferenciaba en la atribución del Director de celebrar acuerdos interinstitucionales de naturaleza aerocomercial y actas o memorandos de entendimiento de carácter operativo y político en el sentido convencional de instrumento de *soft law*. No obstante a ello, en la práctica interinstitucional y en consideración a lo estudiado, las actas o memorandos de entendimiento suscritas por la Dirección General de Aeronáutica Civil al otorgar derechos aerocomerciales serían acuerdos interinstitucionales o acuerdos aerocomerciales en sentido general.

Posteriormente y específicamente acerca del transporte aéreo internacional, el artículo 82 de la Ley de Aeronáutica Civil señala que la actividad aerocomercial se establece en el orden internacional mediante servicios de transporte aéreo de empresas nacionales y extranjeras, en cuanto a ello, la Dirección General de Aeronáutica Civil otorgará las autorizaciones necesarias y suscribirá actas o memorandos de entendimiento sobre transporte aéreo, estas últimas deberán ser ratificadas por el Ministro de Transportes y Comunicaciones (Ley N° 27261, 2000).

Con ello claro, la presente investigación estima que la Ley de Aeronáutica Civil y su Reglamento son claros en lo que concierne a las competencias de la Dirección General de Aeronáutica Civil y sus representantes de suscribir actas o memorandos de entendimiento como acuerdos aerocomerciales para la realización del transporte aéreo internacional. Sin embargo y aunque la ley principal lo permita, el presente trabajo considera evidente que existe un grave problema en el hecho que la Dirección General de Aeronáutica Civil pueda suscribir tales instrumentos internacionales.

Antes de concluir con el presente punto, se debe recordar que el artículo primero de la Ley señala que la aeronáutica civil se deberá regir en conformidad con la Constitución Política del Perú, los instrumentos internacionales vigentes, por la Ley misma, sus reglamentos, anexos y la costumbre en el ámbito de la aeronáutica civil (Ley de Aeronáutica Civil Ley N° 27261, 2000). Ante lo mencionado, la Ley de Aeronáutica Civil y su Reglamento deben contener disposiciones que sean congruentes y compatibles con las normas de mayor jerarquía que efectivamente inspiran y fundamentan su contenido.

De especial importancia resulta el problema anteriormente mencionado respecto a que los memorandos de entendimiento sobre derechos aerocomerciales versan sobre las materias de soberanía y dominio del Estado y que ello entraría en desacuerdo con los requisitos y restricciones que tanto el Decreto Supremo N° 031-RE-2007 y la Directiva N° 002-DGT-RE-2013 establecen para los acuerdos interinstitucionales al señalar que bajo ninguna circunstancia podrían versar sobre las materias que el artículo 56 de la Constitución reserva para los tratados en consideración a su importancia.

Por ello, la presente investigación considera que la práctica interinstitucional de celebrar memorandos de entendimiento sobre derechos aerocomerciales es irregular al no cumplir con los requisitos que se establecen para la celebración de acuerdos interinstitucionales y adicionalmente ser incompatible con el contenido constitucional en lo que corresponde al requisito de aprobación del Congreso para las materias estipuladas en el artículo 56 de la Constitución.

A manera de conclusión, la presente investigación considera que si bien la Ley de Aeronáutica Civil y su Reglamento facultan a la Dirección General de Aeronáutica Civil para suscribir memorandos de entendimiento sobre derechos aerocomerciales, tales atribuciones contenidas en disposiciones normativas no serían válidas al ser incompatibles con el Decreto Supremo N° 031-RE-2007 y la Directiva N° 002-DGT-RE-2013, las cuales regulan la figura jurídica del acuerdo interinstitucional. Ante lo expuesto, conforme a lo que se desarrollará en el próximo capítulo, los derechos aerocomerciales o libertades del aire deberán ser necesariamente otorgados a través de un tratado y no por un acuerdo interinstitucional.

#### **2.4 Problemática y responsabilidad jurídica de la Dirección General de Aeronáutica Civil**

Ante lo advertido, la presente investigación considera que la práctica interinstitucional de celebrar memorandos de entendimiento sobre derechos aerocomerciales es irregular al utilizarse esta clase de instrumentos para otorgar derechos de tráfico o derechos aerocomerciales, los cuales en atención a su relación con la soberanía y territorio, no serían compatibles con los requisitos a seguir de un acuerdo interinstitucional. A partir de ello, la problemática adicional existente respecto a los memorandos de entendimiento sobre derechos aerocomerciales puede ser resumida en las siguientes tres situaciones a explicar a continuación.

En primer lugar, actualmente los memorandos de entendimiento sobre derechos aerocomerciales son utilizados preliminarmente a la suscripción de un tratado. Sobre aquello, la Dirección General de Aeronáutica Civil puede cumplir con la misma finalidad de establecer una relación jurídica aerocomercial con otro país y otorgar derechos aerocomerciales para el uso del espacio aéreo sin la necesidad de un tratado, ya que podría hacer todo lo anteriormente comentado con el memorando de entendimiento. Ante lo analizado, tal entidad se encuentra facultada a negociar y suscribir tales instrumentos internacionales y el mismo Ministerio de Transportes y Comunicaciones lo ratificará posteriormente mediante una resolución ministerial.

Por lo expuesto, el primer problema a considerar se resume en que actualmente se puede utilizar al memorando de entendimiento con el mismo fin con el cual se celebraría un acuerdo de servicios aéreos. La problemática en cuestión ocasiona que en el caso de los 13 países analizados, la relación aerocomercial se establezca y se mantenga solamente por un memorando de entendimiento y aunque trascurren los años, no se llegue a celebrar un acuerdo sobre servicios aéreos. Ante tal contexto, la presente investigación considera que la Dirección General de Aeronáutica Civil podría estar aprovechándose de ello para utilizar a los memorandos de entendimiento con la intención de omitir la celebración de un tratado con los requisitos y procedimientos que conllevaría aquello con la excusa de dar mayor operatividad a la aviación comercial.

Al respecto, Aust menciona que siempre que no exista una ventaja en especial en celebrar un (MdE), como por ejemplo la confidencialidad que los caracteriza, no debería existir razón alguna para evitar celebrar un tratado. Del mismo modo, no debería haber motivo alguno para preferir un tratado que un (MdE), a menos que se busquen generar obligaciones jurídicas o derechos y deberes, o dependiendo de la materia a tratar exista algún requisito legal o constitucional para un tratado (Aust, 2007, p.32). En ese sentido, si bien Aust desarrolla lo anterior en atención a la categoría dicotómica de tratado y (MdE), la presente investigación considera que la comparación en cuestión es igualmente aplicable y vigente para los acuerdos interinstitucionales.

Por otro lado, Abugattas considera que la regulación de instrumentos internacionales como los acuerdos interinstitucionales llega a generar inseguridad jurídica al ser utilizados con la finalidad de evitar el trámite de aprobación previo a la manifestación del consentimiento de un Estado, el cual se realiza normalmente por el Poder Legislativo u otro organismo que efectúe tales funciones. A manera de ejemplo, el autor reconoce que en el caso de la celebración de un Tratado Marco sobre Aviación Comercial entre dos Estados, si por alguna razón dicho acuerdo necesitara de aprobación legislativa previa por su contenido, el tratado en cuestión no se podría ejecutar hasta que sea aprobado por el Congreso, lo cual demoraría años y por ende, se generaría un gran perjuicio económico para ambos países (Abugattas, 2015, p.260).



Finalmente, la presente investigación concluye en que la celebración de los memorandos de entendimiento sobre derechos aerocomerciales por la Dirección General de Aeronáutica Civil es sumamente práctica aunque irregular, en consideración a que todo el proceso de negociación, celebración y ratificación del instrumento se realiza por el mismo Ministerio de Transportes y Comunicaciones, y al ser el instrumento un acuerdo interinstitucional, no se requeriría de plenos poderes ni de la aprobación o evaluación por parte del Congreso. En adición a ello, el instrumento ni es publicado en el Diario Oficial al ser confidencial por versar sobre temas comerciales. Ante lo analizado, todo ello permite que en la práctica, los memorandos de entendimiento regulen la relación aerocomercial entre países en vez de los acuerdos sobre servicios aéreos, los trece memorandos estudiados son ejemplo de aquello.

Por consiguiente, en lo que respecta a la segunda situación a analizar, de los trece memorandos de carácter preliminar analizados, uno se diferencia de los demás, este es el caso del memorando de entendimiento con Tailandia. Al respecto, al inicio del instrumento se señala que las delegaciones participantes que suscriben el documento, lo realizan en representación de los gobiernos de la República del Perú y del Reino de Tailandia. El instrumento continúa normalmente desarrollando los elementos restantes al abordar el tema del proyecto de acuerdo de servicios aéreos, las rutas y frecuencias a ser utilizadas y el otorgamiento de derechos de tercera, cuarta y quinta libertad para servicios combinados de pasajeros y carga, básicamente los elementos analizados anteriormente en este capítulo.

La problemática del presente caso consiste en que este instrumento no es celebrado por autoridades aeronáuticas, sino que se suscribe por delegaciones en representación de los gobiernos de ambos países. Por ello y en consideración a los criterios de interpretación de contenido para instrumentos internacionales analizados anteriormente, el problema en cuestión surge de la posibilidad que se malinterprete la intención expresada en el contenido del texto y que la contraparte pueda considerar que el documento se celebra a nivel de gobierno o de Estados y no entre entidades de la administración pública en el marco de sus competencias.

Si bien el supuesto problema es hipotético y se basa en un memorando celebrado en el 2005 que no siguió pautas de redacción que los memorandos de entendimiento posteriores presentan, la presente investigación advierte de los posibles peligros que se podrían devenir de una incorrecta interpretación de la naturaleza de estos instrumentos internacionales. Por tal razón es que se dedicó una gran parte de la investigación para estudiar el concepto de memorando de entendimiento y precisar la naturaleza jurídica del memorando de entendimiento sobre derechos aerocomerciales.

Finalmente, en lo que respecta a la tercera y última situación a explicar, actualmente se presenta una coexistencia entre tratados de transporte aéreo internacional y memorandos de entendimiento. Ahora, esta coexistencia no se basa en los casos anteriormente mencionados de celebrar memorandos de entendimiento de carácter técnico para complementar a un acuerdo de servicios aéreos, sino en que se llegan a celebrar memorandos de entendimiento que presentan cambios sustanciales al contenido de un tratado y por ello, tanto un tratado y un memorando se encuentran vigentes y regulan al mismo tiempo la relación aerocomercial con cierto país.

Cabe destacar que los memorandos de entendimiento a mencionar se diferencian de los analizados en nuestra investigación, en que son celebrados después de un tratado, es decir, ulteriormente. A pesar de ello, al ser producto de las competencias y facultades que se le otorgan a la Dirección General de Aeronáutica Civil, se considera que la siguiente situación amerita ser explicada.

En ese sentido, de acuerdo con la información aportada por la DGAC en consideración de los 27 memorandos de entendimiento vigentes que regulan nuestra relación aerocomercial con otros países, solamente 14 de ellos son de carácter ulterior al haber sido celebrados posteriormente a un acuerdo de servicios aéreos o de transporte aéreo internacional (Dirección General de Aeronáutica Civil del Perú, 2020, p.1-9). Si bien tales instrumentos no han sido analizados en esta investigación, se podría presentar la posibilidad de que algunos de ellos concedan derechos aerocomerciales adicionales que no se encontraban contemplados anteriormente, lo cual se extendería del campo técnico u operacional al abarcar un tema sustancial de la relación aerocomercial.

Por otro lado, el caso del memorando con el Reino Unido es de particular importancia, en consideración a que se pactó una cláusula expresa en los memorandos de entendimiento para que un proyecto de tratado empezara a generar efectos jurídicos entre las partes. En la práctica, lo comentado se traduce en que las autoridades aeronáuticas optaron por dejar de aplicar un tratado vigente y que fue aprobado por el Congreso, a cambio de un acuerdo interinstitucional negociado y celebrado por la misma autoridad aeronáutica.

La situación de coexistencia de instrumentos internacionales resulta alarmante y responde a una práctica irregular, en consideración a que cualquier modificación sustancial del contenido de un tratado deberá cumplir con los requisitos y procedimientos constitucionales para ello, los cuales se comprenden en el procedimiento agravado de aprobación de tratados conforme al artículo 56 de la Constitución. Al respecto, si bien la presente investigación comparte la idea de que por cuestiones técnicas de operatividad, el contenido de los tratados pueda ser actualizado por acuerdos interinstitucionales, lo anterior no se extiende a que mediante un acuerdo interinstitucional se busque otorgar nuevos derechos aerocomerciales o generar otras obligaciones jurídicas a las partes, más aún cuando tales obligaciones serían de carácter internacional y vincularían al Estado peruano al darse en el marco de un tratado. En ese sentido sería problemático suponer que por el accionar de una unidad orgánica de un Ministerio, se pueda terminar responsabilizando internacionalmente al Estado peruano.

Ante las ideas desarrolladas, la problemática ocasionada por los memorandos de entendimiento sobre derechos aerocomerciales supone la necesidad de profundizar en los supuestos de responsabilidad jurídica que se podrían generar en la relación aerocomercial por continuar con tal práctica interinstitucional. En tal sentido, las clases identificadas de responsabilidad jurídica que se generen se basarán en el contexto, en el cual se utilice al memorando de entendimiento sobre derechos aerocomerciales. Sobre aquello, se recuerda que el análisis de la presente investigación se basó en el contexto de la celebración preliminar de los memorandos de entendimiento.

Con ello claro, la Comisión de Relaciones Exteriores del Congreso de la República reconoce la existencia de los memorandos de entendimiento y los relaciona

normalmente con la sección final de los acuerdos bilaterales sobre servicios aéreos. En cuanto a ellos, los informes de la comisión señalan que se utilizan para ampliar o modificar aspectos particulares de los acuerdos firmados y que pueden existir previamente a un acuerdo bilateral (Comisión de Relaciones Exteriores del Congreso de la República, 2014, p.9).

En ese sentido y en atención a la problemática, se debe recordar que los memorandos de entendimiento sobre derechos aerocomerciales de carácter preliminar son acuerdos interinstitucionales celebrados por entidades de la administración pública de ambos países y al encontrarse regidos por el ordenamiento interno de las partes, la responsabilidad jurídica que se podría generar en el caso de incumplimiento de obligaciones recaería necesariamente en las entidades administrativas que los celebran.

Sobre la primera situación comentada, en la cual la relación aerocomercial se mantiene solamente por un memorando de entendimiento celebrado de manera irregular, si bien se trata de un instrumento internacional, las obligaciones jurídicas en cuestión no se dan en consideración al Derecho Internacional, porque las partes involucradas no son sujetos de Derecho Internacional. Por tal razón, la responsabilidad jurídica que se produzca por el incumplimiento de las obligaciones jurídicas establecidas recaerá únicamente en las autoridades aeronáuticas participantes, al ser este instrumento de carácter preliminar. Por ello, la Dirección General de Aeronáutica Civil deberá responder y solucionar cualquier problema que se dé en la relación aerocomercial comunicándose con la otra autoridad aeronáutica.

De acuerdo con lo señalado, Klabbbers menciona que las entidades o departamentos de un Estado no pueden ser considerados como sujetos de Derecho Internacional por sí mismos, porque no cuentan con un orden legal internacional que los considere en torno a derechos y deberes. En cuanto a ello, se hace mención de la opinión de J.C.E Van Den Bradhof quien concluyó que los acuerdos administrativos son solamente vinculantes para las entidades administrativas (Klabbbers, 1996, p.103).

Igualmente, Orozco menciona que en atención al Derecho Internacional, las dependencias y organismos descentralizados de la administración pública carecen de *ius*

*contrahendi e ius legationis*, por ello no pueden por sí mismos acudir a los mecanismos que el ordenamiento internacional contempla para la solución de controversias u otras instituciones creadas para sujetos reconocidos por el sistema internacional. En ese sentido, no podrían incurrir en supuestos de responsabilidad internacional para el Estado (Orozco, 2016, p.44).

Por ello y en lo que respecta a las formas de solución de controversias restantes, se podría recurrir a la misión diplomática para que remita una nota diplomática con el fin de comunicar el incumplimiento y realizar una reclamación para que se concrete la obligación comprometida. Al respecto, nuestra Cancillería señala que una nota diplomática es una comunicación de carácter formal tanto escrita o verbal en la cual una misión diplomática de un Estado intercambia información con la Cancillería de otro Estado (Ministerio de Relaciones Exteriores, 2015).

En el hipotético caso que el incumplimiento de la obligación jurídica persista, la misión diplomática de un Estado podría recurrir mediante la vía procesal constitucional a la acción de cumplimiento. En cuanto a ello, León señala que la acción de cumplimiento se encuentra regulada en el inciso 6 del artículo 200 de nuestra Constitución como una garantía constitucional que procede contra cualquier autoridad o funcionario que no respete u obedezca una norma legal o acto administrativo firme, y que su aspecto procesal como sus requisitos se encuentran desarrollados en el Código Procesal Constitucional en lo concerniente a la acción de amparo (León, 2017, p.190).

Sobre lo último, los memorandos de entendimiento sobre derechos aerocomerciales son necesariamente aprobados por resoluciones ministeriales del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, y por ello, la acción de cumplimiento se presentaría en consideración al cumplimiento de la resolución señalada y normas conexas como el Decreto Supremo N° 031-2007-RE que regula al acuerdo interinstitucional y la Ley N° 27261 con su Reglamento que regulan y facultan la celebración de tales instrumentos internacionales.

Si bien tanto la obligación y responsabilidad jurídica a generarse en los memorandos de entendimiento preliminares estudiados recae en las mismas autoridades

aeronáuticas, ante la problemática comentada y en consideración a las dos otras situaciones explicadas, cabe la posibilidad de que se genere una clase distinta de responsabilidad, en el caso de los memorandos de entendimiento de carácter ulterior celebrados en el marco de un tratado. En aquellos casos, nuestro país podría ser susceptible de tener responsabilidad internacional en el caso de no cumplir con las obligaciones establecidas en tales instrumentos internacionales.

En cuanto a ello, Klabbers menciona que bajo las normas de responsabilidad internacional de los Estados, un Estado solamente puede ser responsable de un hecho ilícito cuando la conducta realizada pueda ser atribuida al Estado y esta constituya una violación de una obligación internacional por parte del Estado. En el caso del incumplimiento de un acuerdo administrativo, solo se generaría responsabilidad al Estado si el acuerdo en cuestión creaba obligaciones internacionales para el Estado (Klabbers, 1996, p.100).

Bajo esa idea, en el caso de los memorando de entendimiento de carácter ulterior, al analizar la problemática, se presentaron dos situaciones importantes, una que correspondía a memorandos que otorgaban derechos aerocomerciales adicionales que no se encontraban contemplados anteriormente en los tratados y otra hipotética en la que se podría malinterpretar la naturaleza jurídica del instrumento en cuestión. Ambas situaciones descritas podrían configurar supuestos de responsabilidad internacional.

Ante lo señalado y con la necesidad de precisar el concepto de responsabilidad internacional, Maftei señala que la responsabilidad internacional es una institución legal en la cual el Estado u otro sujeto de Derecho Internacional deben reparaciones a la otra parte por haber cometido un acto en detrimento o perjuicio de otro sujeto de Derecho Internacional. En cuanto a ello, la responsabilidad internacional se compone por dos elementos constitutivos, la conducta antijurídica y la imputabilidad (Maftei, 2015, p.43). Por su parte, Stern menciona que el concepto de responsabilidad internacional por el hecho internacionalmente ilícito se entiende como la totalidad de obligaciones que un Estado debe cumplir en razón de una acción u omisión que le sería imputable (Stern, 2010, p.194).

De tal modo, en consideración del Proyecto sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos o por sus siglas (PREHII), Sferrazza comenta que el hecho internacionalmente ilícito es la base de la responsabilidad internacional del Estado y que ella se encuentra compuesta por los siguientes dos elementos: el comportamiento imputable y la ilicitud del mismo (Sferrazza, 2017, p.276). Por tales razones, el incumplimiento de una obligación internacional creada por un memorando de entendimiento en el marco de un tratado podría generar un supuesto de responsabilidad internacional que serviría como marco protector para que lo pactado mediante el instrumento se concretice en los términos establecidos.

Por ello, a diferencia de los memorandos de entendimiento de carácter preliminar que se caracterizan por estar regidos por las normas de los ordenamientos internos de las partes, en el caso de los memorandos de entendimiento de carácter ulterior celebrados en el marco de un tratado, al concederse derechos adicionales que los previamente establecidos por el tratado, la relación aerocomercial se modifica sustancialmente al establecerse obligaciones regidas en el marco del Derecho Internacional por la existencia de un tratado.

Ante lo expuesto, las obligaciones internacionales que se generen en el marco de un tratado, ya no serán con la autoridad aeronáutica, sino que comprometerán jurídicamente al Estado peruano a efectuar lo pactado, en consideración a que las normas internacionales solamente vinculan a los sujetos de Derecho Internacional, en este caso el Estado peruano y no una entidad administrativa que no puede contar con derechos ni deberes o establecer obligaciones internacionales por ella misma al no ser reconocida por el sistema internacional.

Por otro lado, en lo que respecta a la última situación comentada de posible malinterpretación de la naturaleza del instrumento, el riesgo se encuentra en que las delegaciones celebran el instrumento internacional en representación de los gobiernos y no entre autoridades de la administración pública, lo cual posibilitaría que en un futuro la otra parte estime que se generaron obligaciones internacionales con el Estado peruano. Si bien la responsabilidad internacional es una posibilidad, la presente investigación

considera que este problema podría ser solucionado sencillamente mediante el envío de notas diplomáticas que aclaren la naturaleza del instrumento.

En ese sentido, al analizar la práctica interinstitucional de celebrar memorandos de entendimiento para otorgar derechos aerocomerciales, la presente investigación advierte de los peligros a darse en el caso del incumplimiento de una obligación en el marco de un tratado o por una malinterpretación de la naturaleza del instrumento, ya que ello podría producir un supuesto de responsabilidad internacional por la comisión de un hecho internacionalmente ilícito y tal responsabilidad podría ser asociada con el Estado peruano en vez de la autoridad aeronáutica.

Con ello claro, la responsabilidad internacional se llegaría a generar cuando el Estado incumpla con una obligación internacional, lo cual llevaría a que se configure un hecho internacionalmente ilícito siempre que estén presentes tanto el elemento subjetivo y el elemento objetivo del hecho ilícito. En cuanto a ello, el elemento subjetivo consistiría en ser la imputabilidad del Estado que realiza la conducta antijurídica, mientras que el elemento objetivo sería el incumplimiento de una obligación contenida en una norma internacional. Finalmente, la tarea de determinar la responsabilidad internacional de un Estado sería competencia de las instancias internacionales.

Por último, al haber cumplido con nuestro tercer objetivo específico y con los temas planteados para nuestro segundo capítulo, la presente investigación ha respondido al objetivo principal y sus objetivos específicos conexos. Con todo ello claro, nuestro tercer y último capítulo se encargará de profundizar nuestra postura respecto a que los memorandos de entendimiento sobre derechos aerocomerciales implican a las materias de soberanía y dominio del territorio. Por tal motivo, se iniciará el siguiente capítulo con una breve investigación respecto a la evolución y desarrollo del concepto de soberanía. Posteriormente, al haber precisado el concepto, se pasará a explicar la situación el espacio aéreo territorial como expresión de la soberanía de un Estado. Finalmente y a manera de conclusión de la investigación, se presentará nuestra postura respecto a la restricción de soberanía y el acuerdo interinstitucional.





### **CAPÍTULO III: LA SOBERANÍA AÉREA PERUANA Y LOS MEMORANDOS DE ENTENDIMIENTO SOBRE DERECHOS AEROCOMERCIALES**

El reconocimiento de la soberanía de los Estados como principio del sistema internacional, se remonta a un conjunto de tratados celebrados en la región de Westfalia en el noroeste de la actual Alemania, los cuales pusieron fin a la Guerra de los Treinta Años que se desencadenó en el continente europeo desde 1618 a 1648. En efecto, tales tratados de paz son recordados como la Paz de Westfalia y representan el final de una época cargada de complejos conflictos de carácter político, religioso y militar que se originaron por la Reforma Protestante y la Contrarreforma.

De acuerdo con Kaiser, el concepto de soberanía estatal fue incorporado al Derecho Internacional Público mediante los tratados de Westfalia celebrados entre el Sacro Imperio Romano Germánico y el rey de Francia conjuntamente con sus aliados. En cuanto a ello, los tratados de Westfalia establecieron nociones importantes al orden internacional europeo, como la no intervención en el ejercicio de los poderes soberanos de los monarcas que reinaban en aquellos tiempos, lo cual serviría como antecedente al reconocimiento del principio de igualdad soberana de los Estados (Kaiser, 2010, p.87).

En ese sentido, Salmón menciona que la Paz de Westfalia representó un antecedente esencial en la historia universal para el comienzo de la sociedad internacional y el Derecho Internacional Público. Aquella sociedad internacional a configurarse después de Westfalia se caracterizaría por un nuevo orden compuesto por Estados soberanos que respetarían los límites territoriales, que no intervendrían en asuntos de otros países y que serían igualmente soberanos respecto a su territorio (Salmón, 2017, p.22).

Por otro lado, el cambio de paradigma supuestamente generado por la Paz de Westfalia ha sido cuestionado por diversos autores a lo largo del tiempo en consideración a que el contenido de tales instrumentos no buscaba la creación de entidades políticas independientes ni mucho menos Estados soberanos. A manera de ejemplo, Beaulac señala que la suscripción de los tratados representó la oportunidad para los monarcas de expandir la autoridad en sus territorios con mayor autonomía. En tal sentido, los tratados celebrados se encontraban destinados a tratar temas religiosos, a solucionar controversias territoriales entre los reinos beligerantes y en contemplar la capacidad de las entidades del imperio de celebrar acuerdos (Beaulac, 2004, p.97).

Ante lo desarrollado, la mención de la Paz de Westfalia no se sustenta en la necesidad de analizar las consecuencias de ella en el panorama político europeo del siglo XVII o en debatir sobre su importancia para el nacimiento de Estados independientes y soberanos, sino en que la presente investigación estima que Westfalia representa un paso fundamental en el desarrollo, surgimiento y reconocimiento del concepto de soberanía. En ese sentido, Larkins menciona que entre las múltiples definiciones de soberanía

propuestas por Stephen Krasner, la soberanía Westfaliana representa la configuración de un acuerdo sobre la organización de la vida política en consideración a la no intervención de actores externos en el territorio propio. Sobre aquello, la soberanía Westfaliana se basaría principalmente en los principios de territorialidad e independencia de la intervención externa (Larkins, 2010, p.21).

Por ello, si bien el concepto de soberanía se encuentra asociado a la Paz de Westfalia en el ideario popular, las ideas respecto a la soberanía tienen su origen desde mucho antes y con el paso del tiempo han evolucionado adecuándose a nuevos contextos históricos en los cuales el soberano ejercía su poder, como se podrá analizar más adelante. Ante ello, cabe mencionar que la soberanía de los Estados es un principio fundamental en el sistema internacional moderno. En cuanto a una aproximación a la definición moderna del concepto de soberanía, Salmón señala que la soberanía se debe entender como la capacidad legal de un Estado de ejercer aquellos derechos que el sistema internacional reconoce, y realizar actos internos en su territorio como crear normas o tomar decisiones en el marco de sus competencias (Salmón, 2017, p.34).

Ante lo señalado y en lo que respecta a nuestra investigación, se buscará precisar el significado y sentido de la palabra soberanía y se procederá a explorar la relación existente entre el ejercicio de la soberanía y el territorio, específicamente con el espacio aéreo, para así poder consolidar nuestra opinión respecto a que los memorandos de entendimiento que otorgan derechos aerocomerciales implican considerablemente a las materias de soberanía y dominio del territorio y que por tal razón, al responder tales instrumentos a una práctica irregular, se recomendaría recurrir a la vía de tratados para otorgar derechos aerocomerciales.

Con todo ello claro, la finalidad del presente y último capítulo, se centra en analizar si la celebración de memorandos de entendimiento sobre derechos aerocomerciales implica a las materias de soberanía y dominio del Estado. Con tal propósito, se requerirá investigar al concepto de soberanía, su desarrollo y evolución, en atención a su relación con el concepto de dominio. A partir de ello se podrá determinar la relación existente entre la soberanía y el espacio aéreo.

### 3.1 Definición y evolución histórica del concepto de soberanía

A lo largo de la historia, el concepto de soberanía se ha empleado y relacionado con la autoridad política en consideración a la legitimación de su poder. De acuerdo con Branch, si bien se señala que el concepto de soberanía asociado al Estado apareció en la Edad Media, aquello discreparía con ciertas nociones en torno a lo que la autoridad política representaba en aquella época, si bien los reyes con sus reinos realizaban reclamos respecto al territorio que les pertenecía, aquello no se podría interpretar como la soberanía territorial de un Estado moderno, en consideración a que los gobernantes ejercían una autoridad incompleta en sus reinos basada más que todo en vínculos feudales y supuestas demarcaciones territoriales (Branch, p.25-26).

En aquel contexto histórico, Valega señala que se da la aparición de una de las primeras definiciones en torno a la soberanía, la cual se encuentra en la novela principal de Nicolás Maquiavelo, *El Príncipe*, en la cual se sostiene que la soberanía representa aquel poder de carácter superior que posee el príncipe, un derecho que justifica y fundamenta la integridad y cohesión de los poderes del Estado (Valega, 2018, p.33). En cuanto a Maquiavelo y su obra, se puede apreciar adicionalmente el uso de la palabra soberanía, o sea esto posiblemente un producto de la traducción al idioma inglés, en la cual se utiliza el término para hacer referencia al ejercicio de poder y control que el César mantenía sobre Roma (Maquiavelo, 2008, p.265).

Por otro lado y en el mismo siglo XVI, se teoriza que el primer uso del concepto de soberanía se encuentra en la obra de Jean Bodin, *Les six livres de la République*, la cual fue escrita en un contexto en el cual la estabilidad política y social de Francia peligraba en consideración al apoyo cada vez mayor a los argumentos constitucionales en detrimento del poder absoluto del monarca. Al respecto, Shaw señala que el concepto de soberanía de Bodin buscaba explicar la estructura de autoridad dentro de un Estado moderno, en el cual se sustentaba la necesidad de un poder soberano que estableciera leyes y que no se encontrara sometido a las normas que estableciera, sino solamente se encontraría limitado por las normas de Dios y por las del Derecho Natural. En ese sentido, la idea del soberano legislador evolucionó con el tiempo en el principio que legitima el poder del Estado en su territorio (Shaw, 2003, p.21).

En ese sentido, Beaulac menciona que el pensamiento de Bodin respecto a la soberanía se enfocó en la jerarquía estructural de la gobernabilidad en la sociedad de su época. Bodin consideró que existía una autoridad soberana con superioridad legal respecto a las otras instituciones de la sociedad como la Iglesia, el Ejército y el pueblo. Esta autoridad soberana ejercía un poder unificado de carácter perpetuo y absoluto que la posibilitaba crear normas como marca distintiva de su soberanía (Beaulac, 2004, p.117-118). Posteriormente, se señala que el concepto de soberanía fue empleado por Bodin para posicionar al monarca o príncipe como el supremo soberano en la estructura jerárquica de la sociedad, quien era el poder supremo unificado y perpetuo a diferencia de los Estados Generales o el Parlamento que eran autoridades temporales y descentralizadas sometidas al soberano (Beaulac, 2004, p.122).

De acuerdo con Krasner, el concepto de soberanía en sus inicios se encontró asociado a la forma de organización de la autoridad pública. Por ello Bodin y Thomas Hobbes, autor del Leviatán, se encontraron motivados a proporcionar una explicación para la legitimidad del poder de la autoridad soberana de su época en consideración a que cualquier forma de protesta o guerra contra el soberano, no se encontraría legitimada. Si bien la legitimidad del soberano se encontraba en la Ley Natural y el derecho divino del monarca, también se contemplaba la necesidad de la existencia del Estado para el bienestar de la población, y la concentración del poder o soberanía era fundamental para la subsistencia del Estado (Krasner, 1999, p.11).

Bajo esa misma línea, Mostov menciona que Bodin y Hobbes rechazaron la idea de soberanía dividida, es decir que la soberanía sea compartida entre los nobles, el pueblo y el rey, en consideración a que la soberanía para tales autores era inalienable e indivisible. Al respecto, Bodin consideró como atributo esencial de la soberanía, el poder de crear normas, sin embargo si tal atributo era compartido por todos por igual se caería en anarquía como en los Estados Populares (Mostov, 2008, p.25).

En lo que concierne al pensamiento de Hobbes respecto al concepto de soberanía, Pemberton señala que para Hobbes la idea de Estado era impensable sin la de soberanía,

porque la soberanía era el alma y la esencia de la autoridad política. De la misma manera que Bodin, se reconoció que las señales del ejercicio de la soberanía por la autoridad política quedaban reflejadas en la potestad de crear normas y deshacerlas, en amasar riqueza y controlar una milicia, y se añadiría que también se debería tener un control sobre la opinión de los hombres. Para Hobbes, la soberanía yace en un pacto basado en el consenso de los individuos para constituir un poder supremo en el cual sus derechos se encontrarían consolidados. Finalmente, la soberanía deberá ser ejercida en concordancia con el Derecho Natural y en caso de incumplir con sus funciones, se disolverá generando que los hombres retornen al estado de naturaleza de cada hombre por sí mismo (Pemberton, 2008, p.35-37).

De manera complementaria, Fukuda señala que en el Leviatán, Hobbes reconoce que cada hombre tiene un derecho de naturaleza y por ello es susceptible de celebrar un contrato legal en el caso de que quiera apartarse del estado de naturaleza para convivir en sociedad. Sin embargo, mediante tal contrato concede su derecho al soberano quien a partir de ahora podrá juzgarlo en caso corresponda, porque el soberano posee un monopolio sobre el poder de legislar, de administrar justicia y de tomar las decisiones que sean necesarias (Fukuda, 1998, p.24). En ese sentido, Beaulac resume el trabajo de Hobbes respecto a la soberanía al señalar que mediante un pacto entre los hombres se llega a establecer una persona artificial, la cual se caracteriza por ser una entidad política que se le confiere la competencia de gobernar. Finalmente, aquella persona artificial será reconocida como el soberano y quienes se encuentren sometidos a sus reglas serán sus súbditos. Con la idea del pacto y de la soberanía, Hobbes intentó justificar la situación social de subordinación permanente de los individuos al gobernante y a las instituciones políticas de su tiempo (Beaulac, 2004, p.139).

Ante lo desarrollado por Bodin y Hobbes, el lector puede observar que inicialmente el concepto de soberanía se interpretaba como aquel poder supremo de carácter inalienable, indivisible y perpetuo que recaía en el soberano como autoridad política de mayor jerarquía en la sociedad, quien se encontraba legitimado a crear normas, a juzgar a los subordinados y a realizar lo necesario para el bienestar de la comunidad. En ese sentido, en sus inicios, la idea de soberanía se utilizó para justificar la legitimidad del absolutismo monárquico de aquellas épocas.

Con el paso del tiempo, diversos autores aportaron su punto de vista en cuanto a la soberanía. Sobre ello, Pemberton menciona que Jean Jacques Rousseau, quien escribió el Contrato Social, compartió la idea de que la soberanía no podía ser dividida y distribuida en organismos como el poder ejecutivo, legislativo o judicial, en consideración a que la soberanía era única y absoluta concedida por las personas mediante un contrato social que los unía como cuerpo político. El pensamiento de Rousseau se basó en que la soberanía recaía en el contrato social y cualquier acto que excediera a este no sería legítimo, por ello consideró que se encontraba limitada por el Derecho Natural y el bien común de las personas (Pemberton, 2008, p.40-42).

Por otro lado, Kurtulus señala que el pensamiento de Rousseau en torno a la soberanía se distinguió de los anteriores, al basarse en la idea de que la soberanía recaía en las personas, quienes celebraban libremente un contrato social mediante el cual se sometían a la voluntad del Estado. La soberanía popular basada en un contrato social, se diferenciaba al contrato de Hobbes en que este era un compromiso y no un contrato de sumisión. En ese sentido, la soberanía de las personas no podía ser restringida por las normas positivas y el ejercicio de ella no podía ser transferido a algún órgano del Estado mediante la representación (Kurtulus, 2005, p.44).

Finalmente, a diferencia de los autores anteriormente mencionados, con Emer de Vattel y su obra *Le Droit des Gens*, el concepto de soberanía se empezó a asociar más con el Estado que el gobernante y se analizó la externalización de la soberanía al ámbito internacional. De acuerdo con Beaulac, se debe comprender que Vattel consideró que la soberanía se encontraba en el Estado, el cual definió como un cuerpo político compuesto por hombres unidos con el propósito de garantizar seguridad y crecimiento, por ende, el Estado o nación tendría obligaciones y derechos al ser considerado como una persona moral producto de una contrato social (Beaulac, 2004, p.133-135).

Posteriormente, Vattel planteó que toda nación que se gobierne por sí misma sin la interferencia de otro Estado, se considerará como Estado soberano. Por ello, aquel Estado tendrá derechos como los demás Estados y se gobernará el mismo bajo su autoridad y las normas que genere. En ese orden de ideas, la soberanía empezó a ser

interpretada como independencia o exclusividad en torno al poder en el sentido que la autoridad política no se encontrara sometida a otro Estado o una norma externa (Beaulac, 2004, p.137).

En lo que respecta a los aportes adicionales de Vattel respecto a la soberanía en el ámbito internacional, Krasner considera que Vattel propuso el concepto de igualdad entre Estados, en consideración a que si los hombres son iguales en el estado de naturaleza, los Estados conformados por hombres también serían iguales entre ellos, por ende, el Estado más pequeño sería igual de soberano que el Reino más grande (Krasner, 2004, p.14). Asimismo, se considera que Vattel teorizó el principio de no intervención, en atención a que ningún Estado tendría derecho a intervenir en los asuntos internacionales de otro, ya que todo Estado es soberano (Krasner, 2004, p.21).

Al haber realizado un breve análisis en torno a la idea y desarrollo del concepto de soberanía a lo largo de los últimos siglos, el lector debe comprender que la soberanía política en un inicio se encontró asociada al poder del gobernante, quien era básicamente el monarca absolutista, el cual en los tiempos de Bodin o Hobbes representaba al Estado soberano. Con el paso del tiempo, autores como Rousseau sostuvieron que la soberanía recaía en las personas o el pueblo, las cuales mediante el contrato social conferían la soberanía a una autoridad política, que ya no era el gobernante de antaño, sino una persona moral abstracta en el sentido del Estado moderno. En cuanto al concepto de Estado moderno, Larkins señala que Max Weber, el padre de la sociología moderna, llegó a definir al Estado como una comunidad humana que ejerce el monopolio legítimo de la fuerza física en un territorio determinado. La coerción del Estado no se basa solamente en el uso de la fuerza, sino también recae en el inmenso aparato burocrático existente que regula el día a día (Larkins, 2010, p.27).

En lo que corresponde a la relación entre soberanía y Estado, Kaiser menciona que el Estado en su condición de autoridad política cuenta con soberanía, la cual lo legitima y faculta a realizar los actos que sean necesarios. En consideración de la teoría de los elementos constitutivos del Estado, la soberanía es un elemento esencial para la existencia del Estado conjuntamente con el territorio, la población y el gobierno, por tal razón el concepto de soberanía es inherente al del Estado (Kaiser, 2010, p.86).



Bajo esa misma línea y desde la postura del Derecho Internacional, Salmón señala que los Estados en atención a su soberanía cuentan con todas las atribuciones y capacidades que el orden internacional les reconoce como sujetos primarios del Derecho Internacional (Salmón, 2017, p.34). Posteriormente, Salmón estima que el Estado soberano gozará de la capacidad internacional de celebrar tratados con otros Estados, de ser susceptible de asumir responsabilidad internacional y acudir a instancias internacionales, de participar en organizaciones internacionales, y finalmente, de establecer relaciones diplomáticas o consulares con otros Estados (Salmón, 2017, p.36).

Con todo ello claro, en lo que respecta al concepto de soberanía en la actualidad, la presente investigación comparte la definición propuesta por Kaiser en cuanto a que la soberanía de los Estados se caracteriza por el ejercicio del poder tanto inalienable y exclusivo en el ámbito territorial y de competencia de un Estado (Kaiser, 2010, p.85). Al respecto, Novak y García-Corrochano señalan que la soberanía es una atribución de carácter jurídico que le permite a un Estado tomar decisiones propias y autónomas sobre asuntos nacionales e internacionales. La soberanía también se interpreta como el derecho de todo Estado para elegir su sistema político, administrativo y económico sin la interferencia de otro Estado y ello abarca el derecho de crear y aplicar las normas en el territorio sobre las personas y bienes que se encuentren dentro de aquel. Finalmente y de gran importancia para nuestro trabajo, la soberanía comprende el derecho de dominio en cuanto a la integridad del territorio, lo cual comprende el suelo, el mar y el espacio aéreo (Novak & García-Corrochano, 2001, p.40-41).

En atención a las diversas connotaciones del concepto de soberanía, Krasner plantea cuatro definiciones respecto al concepto, las cuales se clasifican en: soberanía internacional legal, soberanía Westfaliana, soberanía doméstica y soberanía de interdependencia. De manera concisa, la soberanía internacional legal responde al reconocimiento mutuo de Estados en el sistema internacional. El reconocimiento internacional de un Estado se extiende a sus entidades, territorio y al ejercicio de su soberanía en el territorio. En ese sentido, todos los Estados son iguales jurídicamente para el sistema internacional. Por otro lado, la soberanía Westfaliana presupone que el Estado existe en un territorio específico en el cual la autoridad política ejerce su soberanía sin la

intervención de otros Estados, lo anterior se fundamenta en el principio de territorialidad y el de no intervención (Krasner, 2004, p.3).

Ante las definiciones propuestas por Krasner y en lo que respecta a la soberanía doméstica, tal concepto se asocia a la organización formal de la autoridad política y comprende la capacidad y legitimidad de tales autoridades de ejercer control en su territorio. Finalmente, el concepto de soberanía de interdependencia comprende el control y regulación del Estado en lo concerniente a ciertos factores como el movimiento de bienes, personas e información en el marco de su territorio. Al respecto, se menciona que el escenario internacional actual caracterizado por la globalización llega a afectar y mermar la soberanía del Estado, al existir cada vez una mayor dependencia de factores externos que se encuentran fuera del control del Estado (Krasner, 2004, p.4).

Entre los diversos matices que puede cobrar el concepto de soberanía, Salmón plantea que el concepto puede ser clasificado en dos categorías, la soberanía interna y la externa. En lo que respecta a la primera categoría, se hace referencia a las atribuciones del Estado dentro de los límites de su territorio, en el cual ejerce su jurisdicción y protección como soberano autónomo ante las personas y bienes que se encuentren en el territorio. Por otro lado, la soberanía externa se manifiesta en que el Estado es la autoridad máxima en su territorio y ello deriva en su reconocimiento internacional como soberano independiente (Salmón, 2017, p.34).

A manera de conclusión, el lector puede comprender que existen diversas clasificaciones y sentidos que la soberanía puede cobrar en la actualidad. Por ello y de manera concisa, la presente investigación considera que la soberanía es una sola y representa aquella autonomía e independencia presentes en un Estado que lo legitiman a decidir sobre las acciones a ser realizadas en su territorio y en el ámbito internacional.

Con las ideas claras respecto al concepto de soberanía y al haber desarrollado nuestro primer objetivo específico del capítulo, se debe precisar que el presente trabajo se encuentra enfocado en analizar un aspecto en especial de la soberanía de los Estados, la soberanía territorial. Sobre ella, Novak y García-Corrochano señalan que la soberanía

territorial es plena, exclusiva e inviolable y comprende el ejercicio de la autoridad del Estado respecto a todo lo que se encuentra en su territorio. En ese sentido, la soberanía territorial es plena porque el Estado ejerce sus atribuciones en el territorio sin mayor restricción que las pactadas. En la misma medida, la soberanía territorial es exclusiva, porque el Estado es el único legitimado para crear normas y aplicarlas en su territorio sin la intervención de otros Estados. Finalmente, la soberanía territorial es inviolable en lo concernientes a sus fronteras y por ello ningún Estado podrá intervenir en su espacio territorial (Novak & García-Corrochano, 2001, p.41-42). Al haber precisado lo anterior, el siguiente punto a desarrollar explorará la relación existente entre el ejercicio de la soberanía y el territorio, en especial, el espacio aéreo.

### **3.2 Espacio aéreo territorial como expresión de soberanía**

Ante las ideas desarrolladas en torno a la soberanía, se ha podido comprender que el Estado ejerce poder respecto a todo aquello que se encuentre en su territorio, aquella manifestación de la soberanía se conoce como soberanía territorial y con la finalidad de comprenderla, se deberá proceder a analizar el concepto de territorio. A manera de inicio, Oduntan considera que el concepto de territorio posee una naturaleza política y jurídica al encontrarse su origen etimológico en la palabra latina “*terra*”, la cual significa tierra o terreno. De tal término se desprende la palabra compuesta en latín de “*terrorium*” que hace referencia al lugar de algo. A partir de tal origen, el concepto de territorio cobra un sentido de ubicación al ser empleado para referirse al lugar que circunscribe un área. Aquella área podrá ser marítima, aérea o celestial y comprenderá a las relaciones mantenidas entre la soberanía, la tierra y el pueblo (Oduntan, 2012, p.11).

En ese mismo sentido, García Toma menciona que el concepto de territorio como elemento constitutivo del Estado representa un espacio geográfico en el cual el Estado ejercerá eventualmente su soberanía, dominio y jurisdicción. Al respecto, la importancia del territorio no solamente se limita a la existencia de un espacio físico, sino que también

representa la vinculación de una zona geográfica con una organización de personas que habitan en el lugar y que configuran al Estado (García Toma, 2010, p.133-134).

Bajo esa misma línea, Larkins explora la obra de Robert Sack respecto a la territorialidad y comprende que la designación de un área o zona como territorio simboliza una práctica social mediante la cual un grupo de personas elige, delimita y ejerce control sobre un espacio geográfico. En los tiempos más recientes, la soberanía y poder expresados por el Estado moderno representan la forma más eficiente mediante la cual se llega a controlar a una sociedad que realiza diversas actividades económicas en el territorio y por ello, el poder del Estado es territorial (Larkins, 2010, p.36).

Finalmente, Novak y García-Corrochano consideran que el territorio de un Estado representa aquella área geográfica delimitable en la cual un Estado en particular ejerce su soberanía y autoridad. El territorio de un Estado se encuentra compuesto por tres dimensiones que lo caracterizan, una dimensión terrestre, una marítima y una aérea (Novak & García-Corrochano, 2001, p.36). De manera complementaria, García Toma menciona que en consideración a la doctrina, se reconocen tres características respecto al territorio: la inalienabilidad, la inviolabilidad y el dominio eminente. En primer lugar, la inalienabilidad consiste en la imposibilidad de la enajenación del territorio con fines comerciales. Por otro lado, la inviolabilidad radica en la soberanía que ejerce el Estado sobre su territorio, lo cual excluye de intervención en su territorio a cualquier otro. Por último, el dominio eminente se basa en que la soberanía ejercida sobre el territorio deberá cumplir siempre con el bienestar general de la nación (García Toma, 2010, p.136-137). Con ello claro, se debe recordar que la soberanía territorial a ser ejercida sobre el territorio es plena, exclusiva e inviolable.

Ante las ideas expuestas respecto al concepto de territorio, se debe comprender que el territorio de un Estado se encuentra compuesto por partes con características físicas distintas, entre ellas generalmente se reconoce al suelo, subsuelo, dominio marítimo y al espacio aéreo. No obstante a ello, en el caso del dominio marítimo, se pueden explorar otros conceptos que se encuentran comprendidos en este, como el mar territorial, la zona contigua, la zona económica exclusiva y los fondos marinos. Finalmente resulta valioso mencionar que la Constitución reconoce que la soberanía y jurisdicción ejercidas por el

Estado en cuanto a su territorio se realizan de manera íntegra en todas las expresiones del territorio, las cuales abarcan al suelo, el subsuelo, el dominio marítimo, y por último y de gran importancia para nuestra investigación, el espacio aéreo suprayacente (Artículo 54, Título II, Constitución del Perú).

Con ello claro y en atención a los fines y objetivos establecidos por nuestra investigación, nos enfocaremos en analizar y desarrollar especialmente el elemento del espacio aéreo. En efecto, la idea que tenemos sobre el espacio aéreo nos lleva a pensar con curiosidad en el cielo celeste que se extiende en el horizonte y que por muchos años estuvo fuera del alcance de los hombres. A diferencia de los otros elementos del territorio brevemente mencionados, el espacio aéreo encarna una manifestación distinta a las demás, en consideración a que cobra forma de un océano gaseoso e intocable que se proyecta hasta considerables alturas y que recientemente ha podido ser navegable y aprovechable por los hombres a partir del siglo pasado con la invención del aeroplano.

Por su parte, Salmón enfatiza en que el espacio aéreo se define como aquella área ubicada sobre el espacio terrestre y marítimo de un Estado, en el cual se ejerce plena y exclusiva soberanía. Ahora, si bien las dimensiones del espacio aéreo se calculan en función a la extensión del territorio, en el ámbito internacional no existe un consenso respecto a cómo se debería delimitar el espacio aéreo (Salmón, 2017, p.57). En el caso de nuestro país, mediante la RAP 311 sobre servicios de control de tránsito aéreo, se establecen clases de espacio aéreo en atención al tipo de vuelo, sea este mediante *international flight rules* (IFR) o *virtual flight rules* (VFR), en consideración a la necesidad de proporcionar asistencia de control de tráfico. De acuerdo con ello, el espacio aéreo puede ser clasificado como clase A, B, C, D, E, F, G. (Resolución Directoral N° 294-2010-MTC/12 RAP 311, 2010).

En lo que respecta a la condición legal del espacio aéreo, Novak y García-Corrochano mencionan que existen dos posturas principales en torno a ella, la postura de libertad absoluta respecto al aire y la de soberanía estatal. En cuanto a la primera, autores como Fauchille consideraron que el aire era un espacio que por su condición no podía ser materia de propiedad y por ende, al ser igualmente libre para todos, ningún Estado ejercía soberanía respecto al espacio aéreo suprayacente. Por otro lado, la postura de la soberanía del Estado se basó en que los Estados ejercían una soberanía ilimitada y absoluta respecto

al espacio aéreo que los rodeaba, el cual se debía interpretar como una extensión de la superficie terrestre. Al fin y al cabo, la postura de soberanía estatal primó en el ámbito internacional en consideración a que priorizaba los intereses y necesidades de los Estados, por ello fue utilizada como base de los convenios internacionales a ser celebrados posteriormente (Novak & García-Corrochano, 2001, p.246-247).

Por su parte y bajo esa misma línea, Oduntan comenta que inicialmente, el espacio aéreo se interpretó como un bien común, en el que nadie podía ejercer un derecho de propiedad exclusivo. De acuerdo con Windscheid, el espacio aéreo no podía ser considerado como un objeto al no poder ser individualizable. Ante tales ideas, autores como Bouve consideraron que la propiedad del espacio aéreo se debía comprender como la posesión efectiva y permanente que se ejercía en torno aquel, situación complicada, mas no imposible. En lo que concierne a tal idea, los Estados ejercen soberanía respecto a su territorio y aquella soberanía se proyecta respecto al espacio aéreo encima del suelo terrestre y dominio marítimo. Por ende, los Estados ejercen una posesión implícita respecto a todo lo que comprende su territorio. Bajo esa línea argumentativa, el Estado ejerce soberanía y control sobre su espacio aéreo (Odunta, 2012, p.57-58).

De acuerdo con García Toma, el reconocimiento internacional de la soberanía estatal en torno al espacio aéreo encuentra su primer hito en la celebración de la Convención de París de 1919, la cual se realizó con la finalidad de establecer normas para la navegación aérea internacional y recogió principalmente el reconocimiento del ejercicio de la soberanía plena y exclusiva por parte de los Estados respecto al espacio aéreo sobre su suelo y mar, sin delimitarlo hasta cierta altura (García Toma, 2010, p.142). Entre otros instrumentos internacionales que encuentran su fundamento en el Convenio de París y reconocen la relación entre la soberanía y el espacio aéreo, se encuentran el Convenio de Madrid, el de la Habana y el de Buenos Aires, todos ellos de carácter regional y celebrados después de unas décadas.

Con ello claro y como bien se ha mencionado anteriormente, la aviación internacional encuentra como principal instrumento normativo a la Convención de Chicago de 1944, la cual en su artículo primero señala expresamente que los Estados que celebren aquel instrumento reconocen la soberanía estatal plena de todo Estado respecto

al espacio aéreo que se extiende a lo largo de su territorio. En lo concerniente a ello, Palacín enfatiza en que la soberanía como principio es la base del pensamiento aeropolítico moderno, sin embargo también origina problemas y desafíos en torno a la evolución de la libre realización de la aviación comercial internacional. Finalmente, en virtud de la soberanía sobre el espacio aéreo, el Estado negocia convenios bilaterales o multilaterales, establece las normas aeronáuticas a seguir, concede autorizaciones y permisos a las aeronaves, otorga derechos aerocomerciales para el uso del espacio aéreo y permite o prohíbe el vuelo en su territorio (Palacín, 1992, p.1507).

Ante lo expresado, se puede comprender que existe una notoria vinculación entre la soberanía y el territorio, en atención a que los Estados solamente podrán ejercer su soberanía y jurisdicción dentro del espacio geográfico que les pertenece. De acuerdo con Novak y García-Corrochano, ante el Derecho Internacional, la soberanía territorial implica independencia frente a los demás Estados, aquello se traduce en que el Estado posee competencia exclusiva respecto a todo lo que comprende su territorio y ejerce jurisdicción sobre los bienes y personas en este (Novak & García-Corrochano, 2001, p.161). Más adelante, se menciona que el Estado como institución territorial adecúa su poder en torno al Derecho Internacional y que ningún otro Estado puede intervenir o ejercer poder sobre su territorio, salvo que se haya dado previamente consentimiento por parte del soberano territorial (Novak & García-Corrochano, 2001, p.163).

Ante la primacía del principio de soberanía en el espacio aéreo, Kaiser menciona que con el paso del tiempo, el concepto de soberanía se ha empleado con cierta flexibilidad, en especial en el transporte aéreo comercial. En cuanto a ello, si bien la soberanía aérea ha sido invocada en múltiples ocasiones con la finalidad de proteger el transporte aéreo nacional y las rutas aéreas internacionales, ante las necesidades de desarrollar el mercado y de hacer crecer a la industria, los Estados Unidos de América impulsó una campaña por la desregularización del espacio aéreo. Con ello, desde finales de la década de los 70s, aquellas ideas empezaron a ser materializadas en nuevos acuerdos bilaterales de tráfico aéreo de carácter sumarisimo (Kaiser, 2010, p.98).

En la década posterior, la Unión Europea estableció normativas comunitarias para desregularizar y liberalizar el transporte aéreo al permitir la creación de un espacio aéreo compartido entre los Estados miembros y la apertura de todo lo necesario para la realización de servicios aéreos regulares. Finalmente, en el año 2008 tanto la Unión Europea y Estados Unidos celebraron un Acuerdo de Cielos Abiertos que significó la liberalización total de las rutas, servicios aéreos, frecuencias y aeropuertos, entre ambos (Kaiser, 2010, p.100).

De manera complementaria, Oduntan comenta que desde el año 1978, los Estados Unidos y la Unión Europea han realizado una campaña para presionar a los demás países por la desregularización del espacio aéreo, lo que generó que esta se convierta en una postura popular respecto a ciertos Estados. Ante tal posición, se debe también pensar en los efectos y consecuencias que ello podría tener en un Estado con una industria aeronáutica incipiente o en desarrollo, en consideración a que la apertura total del espacio aéreo conllevaría la pérdida del control de los cielos ante aerolíneas extranjeras (Oduntan, 2012, p.65). En ese sentido, el otorgamiento de derechos aerocomerciales, sea por memorandos de entendimiento, acuerdos sobre servicios aéreos o tratados de cielos abiertos implicaría necesariamente la cesión del uso del espacio aéreo a otros Estados, con el propósito de que efectúen actividades aerocomerciales aprovechándose del territorio de otros Estados, un acto de suma importante que claramente involucra y afecta el dominio del espacio aéreo y la soberanía territorial de un Estado.

Ante lo expuesto y al haber explorado la relación existente entre la soberanía y el espacio aéreo, la presente investigación reconoce como evidente que el transporte aéreo comercial no solamente requiere del espacio aéreo para su realización, sino también de la labor de especialistas, técnicos y encargados que supervisen el tráfico aéreo, que gestionen los aeropuertos y aeródromos en los cuales eventualmente se aterrizará y se despegará, y todo aquella actividad necesaria para el correcto desempeño de la actividad aerocomercial internacional en nuestro territorio. Si bien en las últimas décadas, el panorama del transporte aéreo internacional se ha caracterizado por una mayor flexibilidad respecto a la soberanía, los Estados son libres y soberanos para vincularse y



acordar en las materias que sean más beneficiosas para sus intereses y necesidades. Por ello, la presente investigación considera que el establecimiento de la relación aerocomercial y el otorgamiento de derechos aerocomerciales deben recaer en el Estado, el cual mediante su poder de *ius tractum* puede celebrar tratados que versen y afecten el dominio y soberanía del espacio aéreo como expresión de su territorio.

Finalmente al haber dado respuesta a nuestro segundo objetivo, el siguiente punto a desarrollar buscará exponer nuestra posición en torno a las restricciones señaladas por el Decreto Supremo N° 031-2007-RE y la Directiva N° 002-DGT-RE-2013, respecto a la figura jurídica del acuerdo interinstitucional. Aquellas restricciones se basan en que los acuerdos interinstitucionales no podrán versar bajo ninguna circunstancia sobre las materias señaladas en los párrafos del artículo 56 de la Constitución Política. Al respecto, se compartirán las interpretaciones que se han podido identificar y se fundamentará la posición de la investigación.

### **3.3 Soberanía y restricciones del acuerdo interinstitucional**

Ante lo expuesto a lo largo de la presente investigación, se parte de la idea principal de que los memorandos de entendimiento sobre derechos aerocomerciales de carácter preliminar son acuerdos interinstitucionales. En lo que respecta a la figura jurídica del acuerdo interinstitucional, se han podido identificar los elementos que la caracterizan y entre ellos se comentó que existía una discrepancia con uno de ellos, en consideración a que los memorandos de entendimiento sobre derechos aerocomerciales necesariamente implican a la materia de soberanía y dominio del Estado. Por tales razones, la celebración por la DGAC de estos instrumentos internacionales representaría una práctica irregular, al versar sobre una de las materias prohibidas para los acuerdos interinstitucionales y señaladas en el Artículo 56 de la Constitución Política. En ese sentido, se procederá a profundizar respecto a esta limitación y a precisar los alcances del mencionado artículo de la Constitución

Para empezar, Novak señala que el artículo 56 de la Constitución Política sirve para establecer una diferenciación respecto a dos formas de tratados, los tratados complejos o solemnes y los tratados simplificados o ejecutivos. La distinción en cuestión se basa en el procedimiento requerido para la aprobación del instrumento, sea este mediante el Congreso para los tratados complejos o de sola ratificación por el Presidente de la República para los simplificados. De este modo, la Constitución establece tal particularidad debido a que se reconoce la importancia sustantiva de ciertas materias que requerirán de la opinión y voto del Congreso (Novak, 2005 p.759).

Con la finalidad de comprender la importancia y sentido actual del artículo 56, Rubio Correa recurrió a la búsqueda de antecedentes regulatorios en las constituciones de 1823 a 1933. En cuanto a ello, el autor señala que solamente se pudo encontrar al artículo 151 de la Constitución de 1839, en el cual se expresa que todo acuerdo celebrado con otro Estado deberá ser aprobado por el Poder Legislativo para así ser reconocido por el Estado peruano (Rubio, 1999, p.167).

En cuanto al antecedente constitucional más cercano, Novak menciona que en la anterior Constitución Política de 1979, se empleaba una fórmula general en el artículo 102 que requería que todo tratado sea aprobado por el Congreso antes de su ratificación por el Presidente de la República. Sobre aquello, se comenta que se generaba una gran confusión, en consideración a que el artículo 104 establecía que el Presidente podía celebrar tratados sin la intervención del Congreso siempre que se trataran de materias de su exclusiva competencia. Ante tal situación, se libraron varios debates para esclarecer cuales eran aquellas materias que no requerían ser previamente aprobadas por el Congreso. Finalmente, el constituyente optó por establecer una lista positiva en el artículo 56 de la Constitución Política de 1993 para eliminar cualquier duda que se pueda originar respecto a las competencias del Congreso y del Presidente de la República (Novak, 2005, p.760).

Como se ha podido apreciar anteriormente, actualmente el artículo 56 de la Constitución Política establece una lista taxativa que contiene cuatro incisos y un párrafo adicional. Las materias contenidas en este artículo fueron elegidas por el constituyente en consideración a su importancia y representan la intención de que sean sometidas al

control y aprobación del Congreso. Aquellas materias son las siguientes sin algún orden en especial: derechos humanos, soberanía, dominio o integridad del Estado, defensa nacional y finalmente, obligaciones financieras del Estado.

Sobre tales materias, Rubio Correa menciona la posibilidad de que existan supuestos en los cuales exista incertidumbre respecto a si un tratado versa sobre las materias enumeradas en el artículo 56. En ese caso, se requerirá del intercambio de opiniones entre el Congreso y el Presidente de la República para llegar a un consenso en torno a si efectivamente el tratado requerirá de la vía compleja o de la simplificada para su aprobación. En adición a ello, el artículo 57 señala que todo tratado simplificado o ejecutivo deberá ser remitido al Congreso para que tome conocimiento de ello, lo cual permitirá al Congreso realizar un control ulterior (Rubio, 1999, p.168).

Con ello claro, el Decreto Supremo N° 031-2007-RE y la Directiva N° 002-DGT-RE-2013, normas que regulan la figura jurídica del acuerdo interinstitucional, reconocen y establecen que estos instrumentos internacionales no podrán contener o versar sobre las materias contempladas en los incisos y párrafos del artículo 56 de la Constitución, entre ellas, la materia de soberanía, dominio e integridad del Estado. Al respecto, el presente trabajo ha identificado tres posiciones respecto a esta restricción.

En primer lugar, la posición más simple recae en una interpretación literal del contenido de ambas normativas. En ese sentido y a partir de la lectura del párrafo final de la definición de acuerdo interinstitucional, se puede observar que expresamente se señala que bajo ninguna circunstancia los acuerdos interinstitucionales podrán versar sobre las materias señaladas en el artículo 56 de la Constitución. En cuanto a tal postura, Mezarina y Rosales mencionan que el campo de acción de los acuerdos interinstitucionales es el mismo que el de los tratados ejecutivos, en cuanto a que estos no podrán desarrollar las materias detalladas en el artículo 56 de la Constitución y no deberán afectar las atribuciones o competencias de otras entidades de la administración pública (Mezarina & Rosales, 2019, p. 381).

Desde otro punto de vista y como segunda postura a considerar, Bonifaz Tweddle opina que la finalidad de la alusión al artículo 56 de la Constitución radica solamente en

recordar que los acuerdos interinstitucionales a ser celebrados no deberán generar o establecer nuevas obligaciones internacionales para los Estados de las entidades administrativas que celebren tales instrumentos. Aquello se fundamenta principalmente en que la generación de obligaciones internacionales requeriría necesariamente de un tratado (Bonifaz, 2016, p.22).

Sobre esta interesante postura, se puede comentar que Bonifaz se refiere principalmente a los acuerdos interinstitucionales que se celebran en el marco de un tratado o convenio previo, y que resulta obvio que no se podrían modificar disposiciones sustanciales de un tratado o generar nuevas obligaciones internacionales cuando el acuerdo interinstitucional se establece entre entidades de la administración pública de ambos países y no entre Estados como sujetos de Derecho Internacional. Si bien tal postura se puede considerar como un aporte valioso, se extralimita demasiado a las palabras y sentido que se expresa cuando se menciona que bajo ninguna circunstancia se podrá versar sobre las materias del artículo 56 de la Constitución.

En cuanto a ello, la posición de Bonifaz genera incertidumbre respecto a si la restricción de desarrollar tales materias sería únicamente en los casos que se generen obligaciones internacionales, lo cual permitiría que los acuerdos interinstitucionales desarrollen tales materias siempre que no impliquen la generación de obligaciones internacionales. Nuevamente, se reitera que esta posición se extiende mucho a los fines buscados por las normativas en cuestión, ya que estas expresamente señalan que bajo ninguna circunstancia, estos instrumentos deberán versar sobre tales materias.

Finalmente, en lo que concierne a nuestra última postura, la presente investigación considera evidente que se establece una limitación respecto a los temas que un acuerdo interinstitucional puede desarrollar. No obstante a ello, se debe evaluar el grado de relación e implicación con la materia señalada en el artículo 56 de la Constitución para determinar si efectivamente el instrumento versa sobre aquella. En ese sentido, si bien esta postura proviene de la posición basada en una interpretación literal, esta se complementa con la necesidad de mostrar fehacientemente una relevante relación y afectación a la materia en cuestión mediante el acuerdo interinstitucional.

Con respecto a esta postura, su fundamento y razón de ser se encuentran en que las materias contempladas en el artículo 56 de la Constitución se prestan a ser demasiado generales. A manera de ejemplo, la materia de derechos humanos se puede extender lo suficiente para abarcar a todo derecho fundamental o constitucional, lo cual restringiría en uso a todo acuerdo interinstitucional que implique o desarrolle en sus disposiciones algún derecho sustantivo. Lo anterior también se podría aplicar respecto a la materia de defensa nacional, al argumentar que una disposición de un acuerdo interinstitucional vulnera o afecta una cuestión de defensa del Estado, aunque ello no sea el propósito esencial del instrumento en cuestión.

Bajo esa misma línea argumentativa, el problema se intensifica todavía más cuando consideramos que la materia de soberanía puede presentar múltiples acepciones conforme a lo analizado anteriormente. En cuanto a ello, Novak Talavera conceptualiza a la soberanía como aquella atribución jurídica de un Estado para atender y tomar decisiones respecto a los asuntos de carácter interno y externo que le competen. (Novak, 2005, p.762). Ante tal idea, el ejercicio de la soberanía de un Estado podría comprender todo acto o decisión de un Estado, y ante una interpretación literal de las restricciones del acuerdo interinstitucional, ello limitaría considerablemente la utilidad y el campo de acción de este instrumento internacional.

De manera complementaria y en alusión a la idea de soberanía, Novak menciona la opinión de Enrique Bernaldes quien se pronunció respecto a la nueva fórmula a emplear para la aprobación de tratados contemplada en el artículo 56 de la Constitución de 1993. En cuanto a ella, se comenta que primaba la idea entre los parlamentarios de la década de los ochentas de que todos los tratados deberían ser aprobados por el Congreso, ya que los tratados sin importar su contenido eran expresivos de la soberanía del Estado (Novak, 2005, p.760). Como se puede apreciar, el alcance de las materias señaladas es tan amplio que una interpretación literal y absoluta de las restricciones del acuerdo interinstitucional dejaría inutilizable al instrumento en cuestión.

Ante lo expuesto, la presente investigación considera que la restricción o prohibición propuesta por el Decreto Supremo N° 031-2007-RE y la Directiva N° 002-DGT-RE-2013 debe ser interpretada en consideración a que bajo ninguna circunstancia se afecte o implique considerablemente cualquiera de las materias descritas en el artículo

56 de la Constitución dando así respuesta al tercer objetivo específico del capítulo. En cuanto a este razonamiento, todo acuerdo interinstitucional remitido al Ministerio de Relaciones Exteriores deberá contener un informe por la entidad de la administración pública solicitante en el cual se argumente que no se afecta relevantemente alguna de las materias señaladas. Finalmente, tal documento será materia de revisión por el MRE previa celebración del instrumento.

Con todo ello claro, el próximo punto a tratar se enfocará en fundamentar nuestra posición respecto a cómo la celebración de memorandos de entendimiento sobre derechos aerocomerciales de carácter preliminar implica considerablemente a la soberanía y dominio del Estado. Aquello se fundamentará en consideración a antecedentes registrados y al análisis de lo que conlleva la cesión en uso del espacio aéreo mediante tales instrumentos internacionales. En atención a ello, se podrá comprender la gran importancia del aporte de la presente investigación en torno al estudio de los memorandos de entendimiento y su uso irregular como acuerdo interinstitucional para otorgar derechos aerocomerciales a otros Estados para el uso de nuestro espacio aéreo, acto que afecta claramente a la soberanía territorial.

### **3.4 Memorandos de entendimiento sobre derechos aerocomerciales y su relación con la soberanía y dominio del Estado**

Como se ha podido comprender a lo largo de la presente investigación, el memorando de entendimiento sobre derechos aerocomerciales representa la posibilidad de negociar y pactar el otorgamiento de derechos aerocomerciales mediante un instrumento práctico y de sencilla elaboración, el cual es celebrado a nivel de entidades aeronáuticas. En lo que respecta a tales instrumentos, estos son divididos en dos categorías principales, en consideración al momento de su celebración. Por tal razón, los memorandos de entendimiento serán preliminares cuando sean el único instrumento internacional celebrado entre los participantes y representen el marco normativo de la relación aerocomercial entre aquellas entidades. Por otro lado, los memorandos de entendimiento

serán ulteriores cuando se suscriban posteriormente a un tratado aerocomercial u otro instrumento internacional que regule la relación aerocomercial.

Con ello claro, los memorandos de entendimiento sobre derechos aerocomerciales son considerados como acuerdos interinstitucionales al ser un instrumento internacional realizado por escrito y celebrado entre entidades de la administración pública peruana y su equivalente extranjero, los cuales se podrán encontrar regidos por el ordenamiento interno de las partes o el ordenamiento internacional dependiendo de su categoría, contenido y efectos jurídicos a ser generados, sin importar la denominación empleada y que se celebran en el marco de las competencias de la DGAC. En efecto y de acuerdo con lo desarrollado en el capítulo anterior, el Ministerio de Relaciones Exteriores reconoce que tales instrumentos son acuerdos interinstitucionales. Por su parte, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones reconoce que los memorandos de entendimiento sobre derechos aerocomerciales no son tratados, al ser instrumentos preparatorios o preliminares a un acuerdo sobre servicios aéreos. En ese sentido, estos memorandos se celebran momentáneamente hasta que se celebre un acuerdo ulterior (Oficio N° 1380-2015-MTC/02, 2015).

A partir de ello, la presente investigación concluyó en el capítulo anterior que las competencias conferidas por la Ley de Aeronáutica Civil y su Reglamento para la suscripción de instrumentos internacionales por parte de la Dirección General de Aeronáutica Civil se limitaban solamente a las figuras jurídicas de los acuerdos interinstitucionales y la de instrumentos de *soft law*, lo cual es congruente con la práctica interinstitucional actual de celebrar memorandos de entendimiento entre autoridades aeronáuticas para principalmente establecer una relación aerocomercial, conceder derechos de tráfico, pactar las frecuencias y rutas para los vuelos, y otras cuestiones necesarias para el desarrollo de la actividad aerocomercial internacional.

Todo bien hasta este punto, debido a que la celebración de memorandos de entendimiento como acuerdos interinstitucionales sería válida y compatible con las atribuciones que posee la Dirección General de Aeronáutica Civil. Sin embargo y como se ha podido apreciar a lo largo del presente trabajo, tanto el Decreto Supremo N° 031-RE-2007 y la Directiva N° 002-DGT-RE-2013, normativas claves para la regulación del

acuerdo interinstitucional, expresamente señalan que tales instrumentos internacionales no podrán versar sobre las materias contenidas en el artículo 56 de la Constitución, entre ellas las de soberanía, dominio o integridad del Estado.

Ante tal restricción, la presente investigación considera que una interpretación literal de aquella prohibición sería contraproducente para el acuerdo interinstitucional, ya que imposibilitaría su uso hasta para las cuestiones más básicas. Por ello, la restricción en cuestión debe ser interpretada razonablemente, en el sentido que los acuerdos interinstitucionales bajo ninguna circunstancia deberán afectar o implicar considerablemente las materias señaladas en el artículo 56 de la Constitución.

En ese sentido, la idea principal a ser argumentada a continuación, se basará en que los memorandos de entendimiento sobre derechos aerocomerciales versan necesariamente y considerablemente sobre las materias de soberanía y dominio del territorio al conceder derechos aerocomerciales. Por tal razón, la celebración de tales instrumentos internacionales por la DGAC se configuraría como una práctica irregular en consideración a que se implica una materia prohibida por las normativas que regulan el acuerdo interinstitucional. Ante tal descubrimiento, la presente investigación recomienda que el otorgamiento de derechos aerocomerciales se debería realizar solamente mediante tratados y no por acuerdos interinstitucionales.

Con ello claro, entre las múltiples definiciones a considerar sobre el concepto de soberanía, Krasner identifica que los Estados cuentan con la potestad de tomar decisiones libremente en torno al control del movimiento de personas y bienes en su territorio, esta forma de expresión de soberanía es denominada soberanía de interdependencia y comprende al control que ejerce el Estado sobre los bienes que ingresan o se encuentran en su territorio. Sobre tal manifestación de soberanía, el autor reconoce que en las últimas décadas, la soberanía de los Estados se ha visto cada vez más afectada por la globalización y las necesidades del mercado internacional, lo que ha generado que en ciertas situaciones, el Estado pierda la capacidad de controlar efectivamente los actos que acontecen en su territorio (Krasner, 1999, p.22-23).



A partir de lo desarrollado, el Estado ejerce soberanía sobre su territorio y ello se encuentra reflejado en el ámbito internacional al contar con la capacidad de celebrar un tratado de límites, de paz, del medio ambiente o sobre recursos naturales (Novak, 2005, p.762). De igual manera que en los instrumentos comentados, el ejercicio de la soberanía sobre el territorio se manifiesta cuando se celebra un acuerdo sobre servicios aéreos o se suscribe un memorando de entendimiento sobre derechos aerocomerciales mediante la autoridad aeronáutica, al ser ambos instrumentos que implican la cesión en uso del espacio aéreo peruano como parte del territorio del Estado.

Sobre lo anterior, si bien nos podríamos basar simplemente en que los memorandos de entendimiento versan sobre soberanía, porque implican el uso del espacio aéreo y las aeronaves extranjeras usan necesariamente el espacio aéreo para concretizar sus actividades, la idea a explorar en el presente punto consiste en que el otorgamiento de derechos aerocomerciales requiere que el Estado peruano disponga de los medios necesarios para hacer cumplir lo pactado en tales instrumentos, como lo son el uso de pistas de aterrizaje, aeropuertos, aeródromos, servicios de información y hasta la concesión del propio espacio aéreo en lo que respecta a las rutas y frecuencias para servicios aéreos regulares, lo cual afecta el ejercicio de la soberanía del Estado en lo concerniente al dominio y control sobre el espacio aéreo.

En simples palabras, Novak define al dominio como aquel derecho que el Estado ejerce respecto a todo lo que le pertenece. Aquel derecho se encuentra manifestado en todos los bienes muebles e inmuebles que se encuentran en su territorio y a este último en sus diversas dimensiones (Novak, 2005, p.759). En ese sentido, tanto Novak y García-Corrochano reconocen que el Estado ejerce *dominium e imperium* sobre su territorio. En cuanto al primero, se señala que el territorio es un bien y el Estado puede ejercer los derechos reales que les corresponde de igual manera que un propietario privado respecto a sus bienes. Por otro lado, el territorio también es un espacio geográfico habitado por personas y el Estado ejerce control y autoridad sobre sus habitantes (Novak & García-Corrochano, 2001, p.162).

De manera complementaria, García Toma señala que el Estado ejerce soberanía y dominio sobre su territorio. En cuanto a ello, la soberanía es un concepto genérico que

representa el poder exclusivo que un Estado ejerce sobre su territorio. Por otro lado, el dominio alude a la potestad y control que el Estado ejerce respecto a los bienes muebles e inmuebles en su territorio, como también al territorio bajo su dominio. El ejercicio de estos derechos patrimoniales deberá ser empleado en consideración a las necesidades y finalidades establecidas por la Constitución (García Toma, 2010, p.115)

Ante tales ideas, la soberanía y dominio que ejerce el Estado sobre su territorio y los bienes que se encuentren en este, son comparables con el ejercicio del derecho de propiedad. De la misma manera que un privado realiza todo lo necesario para optimizar los beneficios que percibe de lo que pertenece, el Estado debe realizar lo mismo en atención a las leyes y al bienestar de la nación. Por tal razón, el Estado debe velar por hacer un uso adecuado y eficiente de los bienes y territorio de su propiedad, lo que significa celebrar memorandos de entendimiento que resulten favorables a nuestro país y posibiliten el fortalecimiento y crecimiento de la industria aeronáutica nacional.

Bajo esa misma línea, Beaulac considera que una de las ideas más interesantes propuestas por Emer de Vattel respecto a la soberanía consistía en que el Estado debía ejercer su poder tanto en el campo interno y externo en beneficio de las personas. Sobre ello, Vattel consideraba al Estado como una persona moral en el que se confiaban las obligaciones y derechos de gobernar, por tal razón al otorgársele tal autoridad, el Estado debía representar los intereses y necesidades del pueblo y actuar siempre en beneficio de la nación (Beaulac, 2004, p.148).

Como se ha podido comprender hasta el momento, el propósito esencial de celebrar memorandos de entendimiento sobre derechos aerocomerciales es el de establecer relaciones aerocomerciales con otros países al otorgar derechos y libertades para la explotación del espacio aéreo. En ese sentido, al conceder el uso del espacio aéreo a las aeronaves con matrícula de otro Estado, se les faculta a que utilicen el espacio aéreo, las instalaciones aeronáuticas y todo bien mueble relacionado a la actividad para que sean empleados de la misma manera que el Estado peruano los usaría para la realización del transporte aerocomercial.

Ante tal escenario, al reconocer que el espacio aéreo es un recurso propio, el otorgamiento de derechos aerocomerciales a las autoridades aeronáuticas extranjeras en términos no favorables para el Perú afectaría considerablemente el dominio y control del espacio aéreo al perder las ventajas de la ubicación estratégica de nuestro territorio, al tener que competir con una industria aeronáutica extranjera más preparada para el transporte aéreo internacional y anular toda posibilidad que la industria peruana asuma mayor protagonismo o participación en el mercado internacional mediante sus conexiones con el resto del continente americano.

De acuerdo con ello, Novak y García-Corrochano comentan que la soberanía económica de un Estado se ve afectada cuando el control sobre sus recursos naturales o actividades económicas se encuentra limitado. En ese sentido, se destaca que todo Estado ejerce soberanía plena y permanente sobre el uso y disposición de sus bienes, y de las actividades económicas a ser realizadas en su territorio (Novak & García-Corrochano, 2001, p.168). Por último, se debe recordar que el artículo 44 de la Constitución reconoce y enfatiza el deber del Estado peruano de defender la soberanía nacional en todo escenario posible (Artículo 44, Título II, Constitución del Perú).

Sobre lo anterior y en consideración a la práctica interinstitucional, se debe hacer mención de la experiencia con el memorando de entendimiento entre las autoridades aeronáuticas de Perú y Chile en el año 2011. De manera concisa, mediante tal instrumento internacional, la DGAC otorgó 14 frecuencias semanales con derechos de quinta libertad a New York y/o Los Ángeles a Chile, a cambio de 28 frecuencias semanales con derechos de quinta libertad sin limitaciones de ruta a Perú (Resolución Ministerial N° 412-2011-MTC/02, 2011).

La celebración del instrumento en cuestión generó una gran controversia respecto a la pérdida de oportunidades económicas que suponía el memorando de entendimiento para nuestro país. En esencia, al otorgar la quinta libertad del aire se cedía en uso el espacio aéreo peruano para que las aeronaves con matrícula chilena aterricen en suelo peruano, embarquen pasajeros o carga, y se dirijan con destino al lucrativo mercado estadounidense. A cambio de permitir utilizar la ubicación estratégica de nuestro país y

el espacio aéreo, a la autoridad aeronáutica peruana se le concedió la ruta Asia-Pacífico con escala en la Isla de Pascua de muy poco uso.

En efecto, de acuerdo con las conclusiones del informe realizado por la Comisión de Relaciones Exteriores del Congreso, en el año 2013 se transportaron 77,713 pasajeros de un total de 193,837 en la ruta Lima-LosÁngeles-Lima por la aerolínea chilena Lan Airlines, lo que representó un 40% de la ruta aerocomercial. Asimismo, en lo que respecta a la ruta Lima-NewYork-Lima, en el mismo año Lan Airlines transportó 33,836 pasajeros de un total de 144,079, lo que representó un 25% de la ruta en solo dos años de celebrado el memorando de entendimiento (Comisión de Relaciones Exteriores del Congreso de la República, 2013, p.32).

Posteriormente y a manera de comparación, durante el año 2015, se transportaron 94,209 pasajeros de un total de 204,729 en la ruta Lima-LosÁngeles-Lima por la aerolínea chilena Lan Airlines, mientras que en la ruta Lima-NewYork-Lima, se transportaron 110,520 de un total de 212,276 pasajeros. Lo anterior simbolizaría más de la mitad del transporte efectuado por una empresa extranjera (Ministerio de Transportes y Comunicaciones, 2015).

Cabe destacar que de la misma manera que el problema con Chile se generó a causa del otorgamiento de la quinta libertad, la cual permite a las aerolíneas extranjeras aterrizar en territorio peruano y embarcar pasajeros o carga para partir a otro país, la Dirección General de Aeronáutica Civil ha otorgado en los 13 memorandos de entendimiento de carácter preliminar analizados, la quinta libertad en el caso de transporte de pasajeros o carga (Dirección General de Aeronáutica Civil, 2020, p.1-9).

Ante lo expuesto, la presente investigación reitera que el otorgamiento de derechos aerocomerciales, en especial la quinta libertad, mediante memorandos de entendimiento afecta e implica considerablemente las materias de soberanía, dominio y control del Estado respecto a su espacio aéreo. La idea basada en que el otorgamiento de derechos aerocomerciales implica necesariamente a la materia de soberanía ha sido desarrollada en otras oportunidades, en especial en la celebración de acuerdos de servicios aéreos en los informes remitidos al congreso para su aprobación.

En cuanto a ello y a manera de ejemplo, la Comisión de Relaciones Exteriores del Congreso reconoce al analizar el acuerdo de servicios aéreos entre Argentina y Perú que la realización de servicios aéreos en el espacio aéreo peruano implicaría a la materia de soberanía conforme al artículo 54 de la Constitución. Asimismo, los actos a ser concretados por las aeronaves extranjeras respecto a volar sobre el cielo peruano y efectuar escalas en las rutas especificadas para embarcar y desembarcar pasajeros o carga, serían actividades que afectarían la soberanía del Estado conforme al inciso 2 del artículo 56 de la Constitución y por ello, se concluye que el instrumento debe ser aprobado por el Congreso de la República (Comisión de Relaciones Exteriores del Congreso de la República, 2013, p.43). Lo anterior no debería ser materia de sorpresa, debido a que todo acuerdo sobre servicios aéreos es aprobado mediante la vía compleja al versar sobre los temas de soberanía y dominio del Estado, como se puede observar, los actos descritos son igualmente concretizados por los memorandos de entendimiento.

Bajo esa misma línea y de manera sucinta, se debe hacer mención de la experiencia peruana con el Acuerdo Multilateral para la Liberalización del Transporte Internacional conocido por sus siglas en inglés (MALIAT). Al respecto, el MALIAT es un acuerdo de cielos abiertos celebrado por Brunei, Chile, Estados Unidos de América, Nueva Zelanda y Singapur que entró en vigor en diciembre del 2001. Como todo tratado de cielos abiertos, la finalidad principal es liberalizar completamente el transporte aéreo internacional entre los Estados participantes al otorgar todos los derechos aerocomerciales incluyendo la séptima libertad para servicios de carga.

En ese sentido, nuestra experiencia con el MALIAT consistió en que en el año 2001, el Perú se adhirió al acuerdo mediante el Decreto Supremo N° 081-2001-RE para luego denunciarlo y dejarlo sin efecto con el Decreto Supremo N° 042-2004-RE. Entre las diversas razones a considerar para la denuncia del instrumento se debe considerar la falta de reciprocidad al no existir beneficios concretos para nuestro país y que el proceso de aprobación del tratado fue mediante la vía simplificada cuando era un tema que necesariamente implicaba la soberanía y dominio del Estado sobre su espacio aéreo. Sobre el particular, la Resolución Suprema N° 234-2003-RE emitida por el Ministerio de Relaciones Exteriores reconoció que el acuerdo en cuestión debía ser remitido al

Congreso en consideración al artículo 56 y al inciso 3 del artículo 102 de la Constitución (Resolución Suprema N° 234-2003-RE, 2003).

Con ello claro, el lector debe haber comprendido que existe un grave problema en torno a la celebración de memorandos de entendimiento como acuerdos interinstitucionales, en consideración a que al suscribirse con la principal finalidad de otorgar derechos aerocomerciales y establecer una relación jurídica aerocomercial, tal fin es incompatible con las características y requisitos de la figura jurídica del acuerdo interinstitucional, al versar tales asuntos sobre las materia de soberanía, dominio y territorio del Estado y por ende, se debería considerar a la práctica interinstitucional de celebrar memorandos de entendimiento sobre derechos aerocomerciales como irregular. Ante las ideas desarrolladas, se concluye y recomienda que el otorgamiento de tales libertades aerocomerciales se realice solamente mediante tratados.

Finalmente y al acercarnos a las conclusiones de la presente investigación, a través de las ideas fundamentadas en el presente trabajo, se han dado a conocer los potenciales escenarios respecto a la celebración de instrumentos internacionales como el acuerdo interinstitucional, el cual si bien es una herramienta práctica que responde a las nuevas necesidades del ámbito internacional, también se puede utilizar en ciertas situaciones en las cuales, se pueden generar efectos y consecuencias perjudiciales para los intereses de nuestro país si es que no se le realiza el debido seguimiento.

## CONCLUSIONES

1. El concepto de memorando de entendimiento, más allá de encontrarse asociado al ámbito del *soft law*, también es empleado en instrumentos internacionales de diversa naturaleza. Ante la inexistencia de consenso respecto a su esencia, la denominación de memorando de entendimiento se puede prestar para la celebración de instrumentos jurídicamente vinculantes y no vinculantes jurídicamente. Por tal razón, se le considera como un concepto “comodín” al adecuarse a las necesidades e intereses de quienes lo utilicen para suscribir un instrumento flexible de menor formalidad a un tratado, que no requiere un procedimiento de aprobación engorroso y que por sus características se puede mantener en confidencialidad.
2. Ante los múltiples usos del memorando de entendimiento, se identificaron tres clasificaciones posibles para los instrumentos internacionales denominados memorandos de entendimiento. Al respecto, un memorando de entendimiento podrá ser un tratado, un (MdE) o un acuerdo interinstitucional, en consideración al contenido, características y finalidad del instrumento. El memorando de entendimiento como tratado será un instrumento jurídicamente vinculante que generará obligaciones en el marco del Derecho Internacional. En cambio, el memorando de entendimiento como (MdE) será un instrumento de carácter político o moral jurídicamente no vinculante. Por último, el memorando de entendimiento como acuerdo interinstitucional se celebrará entre entidades de la administración pública y se regirá por el ordenamiento interno de las partes o el Derecho Internacional si es posterior a un tratado.

3. Los memorandos de entendimiento son clasificados en consideración a la forma y terminología empleadas en ellos, las cuales deben procurar prevenir cualquier ambigüedad respecto al estado legal o naturaleza jurídica del instrumento. Los criterios a emplear se basan en los manuales elaborados por diversas Cancillerías, los cuales buscan diferenciar el lenguaje a emplear en tratados y en (MdEs), todo ello con la finalidad de evitar algún conflicto internacional respecto al estado legal de un instrumento. A pesar de su importancia, el Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú no cuenta con un manual que establezca semejantes criterios.

4. En el ámbito aerocomercial, los memorandos de entendimiento son utilizados para establecer relaciones aerocomerciales con las autoridades aeronáuticas de diversos países, con la finalidad de permitir la realización del transporte aéreo internacional en nuestro territorio. En consideración al momento de su celebración, el memorando de entendimiento será preliminar cuando sea la única base normativa que regula la relación aerocomercial con otro país. Por otro lado, al suscribirse posteriormente a un tratado, este será de carácter ulterior. En nuestro ordenamiento jurídico se les considera como acuerdos interinstitucionales y podrán establecer obligaciones jurídicas regidas por el ordenamiento interno de las partes o el Derecho Internacional, en consideración a si son de carácter preliminar o ulterior, respectivamente.

5. Los memorandos de entendimiento sobre derechos aerocomerciales vigentes son veintisiete. Al respecto, se tratan de trece memorandos de entendimiento de carácter preliminar y catorce de carácter ulterior. Si bien estos instrumentos son prácticos y flexibles, se considera que se les podría estar utilizando con la finalidad de evitar la celebración de un acuerdo sobre servicios aéreos y un mayor seguimiento por el Ministerio de Relaciones Exteriores. Por su parte, los memorandos de entendimiento de carácter ulterior podrían ocasionar supuestos de responsabilidad internacional para el Estado peruano si es que modifican sustancialmente las obligaciones internacionales establecidas por el tratado previo. Finalmente, en consideración a la simple forma y contenido de los memorandos, el gobierno de otro país podría tergiversar el estado legal o la naturaleza jurídica del instrumento causando un conflicto internacional.

6. Ante lo expuesto, se considera que la DGAC se encuentra facultada para negociar y suscribir memorandos de entendimiento sobre derechos aerocomerciales, en



consideración a que la Ley de Aeronáutica Civil y su Reglamento le confieren la atribución de ejercer la autoridad de aeronáutica civil. Sin embargo, no se encontraría legitimada para continuar con tal práctica irregular, en consideración a que de acuerdo con las normativas que regulan al acuerdo interinstitucional, tales instrumentos no pueden versar sobre las materias contenidas en el artículo 56 de la Constitución, entre ellas las materias de soberanía y dominio del Estado.

7. Con ello en mente, se considera que la interpretación de la restricción establecida por las normativas que regulan al acuerdo interinstitucional no debe ser solamente interpretada en sentido literal, sino que se deberá interpretar en consideración a que bajo ninguna circunstancia se afecte o implique considerablemente las materias contenidas en el artículo 56 de la Constitución respecto a la aprobación de tratados mediante la vía compleja, en nuestro caso, la soberanía y dominio del Estado.

8. A partir de ello, al estudiar el concepto de soberanía desde su planteamiento teórico con Jean Bodin, se comprendió que la soberanía evolucionó de ser el poder inalienable y absoluto del gobernante al poder de tomar decisiones libremente por parte del Estado en asuntos internos y externos. La soberanía como concepto puede ser analizada desde diversos escenarios, en lo que respecta a la investigación se analizó específicamente la soberanía territorial que ejerce el Estado sobre su espacio aéreo. Por su parte, el dominio hace alusión al poder de control que el Estado ejerce en torno a los bienes que se encuentra en su territorio y el territorio mismo en sus diversas manifestaciones, entre ellas la del espacio aéreo suprayacente.

9. Finalmente, se concluye que la celebración de memorandos de entendimiento sobre derechos aerocomerciales implica considerablemente a la soberanía y dominio del Estado en lo que concierne al control de su espacio aéreo. Si bien las aeronaves civiles requieren del espacio aéreo y del territorio para despegar, volar y aterrizar, el transporte aerocomercial requiere que el Estado peruano disponga de los recursos necesarios para cumplir con las funciones de embarque y desembarque de pasajeros, carga y correo. Todo ello requiere del uso de pistas de aterrizaje, aeropuertos,

servicios de información y hasta la concesión del propio espacio aéreo en lo que concierne a las rutas y frecuencias establecidas, lo cual implicaría necesariamente el ejercicio de la soberanía del Estado en lo concerniente al dominio y control sobre el espacio aéreo como expresión de su territorio.

## REFERENCIAS

- Acción popular de inconstitucionalidad Exp N° 00107-2016 (Lima). (22 de abril de 2016). Corte Superior de Justicia de la República: Tercera Sala Civil.
- Abbot, K. W., Keohane, R. O., Moravcsik, A., Anne-Marie, S. & Snidal, D. (2000). The concept of legalization [El concepto de legalización]. *International Organization*, 401-419.
- Abeyratne, R. (2012). *Air navigation law* [Derecho de navegación del aire]. Springer.
- Abugattas, G. (2015). Acuerdos internacionales administrativos y acuerdos interinstitucionales: comentario a las regulaciones española, mexicana y peruana. *Ars Iuris Salmanticensis*, 257-261.
- Aust, A. (2010). *Handbook of international law, 2nd edition* [Manual de Derecho Internacional 2da Edición]. Cambridge University Press.
- Aust, A. (2007). *Modern treaty law and practice, second edition* [Práctica moderna de Derecho de Tratados segunda edición]. Cambridge University Press.
- Bartsch, R. (2018). *International aviation law* [Derecho de aviación internacional]. Routledge.
- Beaulac, S. (2004). *The power of language in the making of international law* [El poder del lenguaje en la creación del Derecho Internacional]. Martinus Nijhoff Publishers.
- Becerra Ramírez, M. (1997). *Derecho internacional público*. UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas-McGraw-Hill.

- Bernhardt, R. (1989). *Encyclopedia of public international law 11 law of the sea, air and space* [Enciclopedia de Derecho Internacional Público 11. Derecho del Mar, aire y el espacio]. Elsevier Science Publishers.
- Bodansky, D. (2015). Legally binding versus non-legally binding instruments [Instrumentos vinculantes versus instrumentos no vinculantes]. *Vox*, 155-165.
- Bonifaz Tweddle, G. (2016). Los acuerdos interinstitucionales. *Política Internacional* N° 122, 9-42.
- Branch, J. (2015). *The cartographic state* [El Estado cartográfico]. Cambridge University Press.
- Breakey, H. (2015). Positive duties and human rights: challenges, opportunities and conceptual necessities [Deberes positivos y derechos humano: desafíos, oportunidades y necesidades conceptuales]. *Political Studies*, 1198-1215.
- Castillo Freyre, M. (2017). *Derecho de las Obligaciones*. Fondo Editorial PUCP.
- Celis Silva, L. R. (2016). *Prácticas y perspectivas en conectividad aérea: análisis comparativo de Perú, Chile y Colombia*. [Tesis de posgrado, Academia Diplomática del Perú]. Repositorio Institucional ADP.
- Convenio de Chicago, 7 de diciembre de 1944,  
[https://www.icao.int/publications/documents/7300\\_cons.pdf](https://www.icao.int/publications/documents/7300_cons.pdf)
- Convención de Viena sobre el Derecho de Tratados, 23 de mayo de 1969,  
<https://www.refworld.org/docid/3ae6b3a10.html>
- Constitución Política del Perú (1993), art. 44.
- Constitución Política del Perú (1993), art. 54.
- Constitución Política del Perú (1993), art. 56.
- Constitución Política del Perú (1993), art. 57.
- Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. (1966). *Draft Articles on the Law of Treaties with Commentaries* [Artículos con comentarios del borrador de la Convención de Derecho de los Tratados]. United Nations Publication.
- Comisión de Relaciones Exteriores del Congreso de la República. (11 de junio de 2014). *Seguimiento de los convenios sobre materia aérea suscritos por el Perú*. Congreso de la República.  
[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/comisiones/2013/com2013relext.nsf/pubweb/2A5A9A883784DB1105257C91006AC6FC/\\$FILE/AEREO.PDF](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/comisiones/2013/com2013relext.nsf/pubweb/2A5A9A883784DB1105257C91006AC6FC/$FILE/AEREO.PDF)
- Comité Interamericano Jurídico de la Organización de Estados Americanos. (2020). *Guidelines of the inter-american juridical committee for binding and non-*

*binding agreements* [Lineamientos del comité interamericano jurídico para instrumentos vinculantes y no vinculantes]. Inter-American Juridical Committee.

- Crawford, J. (2012). *Brownlie's principles of public international law* [Principios de Brownlie de Derecho Internacional Público]. Oxford University Press.
- D' Avanzo, S., & D' Acquisto, G. (2009). The role of shall and should in two international treaties [El rol del "deber" y "deber" de en dos tratados]. *Critical approaches to discourse analysis across disciplines*, 36 –45.
- Decreto Supremo N° 006-2017-MINJUS. Texto único ordenado de la Ley N° 27444 - Ley del procedimiento administrativo general (20 de marzo de 2017). <http://spijlibre.minjus.gob.pe/content/noticia/pdf/DS-006-2017-JUS.pdf>
- Decreto Supremo N° 031-2007-RE. Adecúan normas nacionales sobre otorgamiento de plenos poderes al derecho internacional contemporáneo. (22 de mayo de 2007). [http://spijlibre.minjus.gob.pe/normativa\\_libre/main.asp](http://spijlibre.minjus.gob.pe/normativa_libre/main.asp)
- Decreto Supremo N° 050-2001-MTC. Reglamento de la Ley N° 2726 Ley de Aeronáutica del Perú. (21 de diciembre de 2001). [http://transparencia.mtc.gob.pe/idm\\_docs/normas\\_legales/1\\_0\\_3539.pdf](http://transparencia.mtc.gob.pe/idm_docs/normas_legales/1_0_3539.pdf)
- Decreto Supremo N° 135-2010-RE. Reglamento de organización y funciones del Ministerio de Relaciones Exteriores (17 de diciembre de 2010). <http://spij.minjus.gob.pe/Graficos/Peru/2010/diciembre/18/DS-135-2010-RE.pdf>
- Department of Foreign Affairs and Trade Australia. (12 de agosto de 2018). *Guidance note: Australia's practice for concluding less-than-treaty status instruments* [Guía práctica australiana para la conclusión de instrumentos de menor grado que un tratado]. Department of Foreign Affairs and Trade Australia. <https://www.dfat.gov.au/sites/default/files/guidance-note-on-australias-practice-with-respect-to-less-than-treaty-status-instrument.pdf>
- Department of State Estados Unidos de América. (20 de enero de 2017). Guidance on non-binding documents [Guía en instrumentos no vinculantes]. U.S Department of State. <https://2009-2017.state.gov/s/l/treaty/guidance/index.htm>
- Dirección General de Aeronáutica Civil Perú. (20 de enero de 2020). *Instrumentos internacionales vigentes (ASAs-MdEs-Actas) con otros países*. Ministerio de Transportes y Comunicaciones. [https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/426117/Instrum\\_Int\\_Vig\\_ASAs\\_Actas\\_MoUs\\_7ene20.pdf](https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/426117/Instrum_Int_Vig_ASAs_Actas_MoUs_7ene20.pdf)
- Directiva N° 002-DGT-RE-2013. Lineamientos generales sobre la suscripción, perfeccionamiento interno y registro de los tratados. (6 de marzo de 2013). [http://spijlibre.minjus.gob.pe/normativa\\_libre/main.asp](http://spijlibre.minjus.gob.pe/normativa_libre/main.asp)
- Edmundson, W. A. (2004). *An introduction to rights* [Una introducción sobre derechos]. Cambridge Introductions to Philosophy and Law.

- Fajardo, T. (2 de noviembre de 2017). *Soft law Oxford Bibliographies* [Derecho blando]. Oxford University Press:  
<https://www.oxfordbibliographies.com/view/document/obo-9780199796953/obo-9780199796953-0040.xml>
- Federal Department of Foreign Affairs de Suiza. (1 de enero de 2015). *Practice guide to international treaties* [Guía de práctica para tratados internacionales]. Federal Department of Foreign Affairs.  
[https://www.eda.admin.ch/dam/eda/en/documents/publications/Voelkerrecht/Praxisleitfaden-Voelkerrechtliche-Vertraege\\_en.pdf](https://www.eda.admin.ch/dam/eda/en/documents/publications/Voelkerrecht/Praxisleitfaden-Voelkerrechtliche-Vertraege_en.pdf)
- Fitzmaurice, M. (2003). The practical working of the law of treaties [El trabajo práctico del Derecho de Tratados]. En M. D. Evans, *International Law* [Derecho Internacional] (pp. 173-201). Oxford University Press.
- Foreign and Commonwealth Office. (4 de marzo de 2014). *Treaties and MoU guidance* [Guía para tratados y memorandos de entendimiento]. Publishing Service United Kingdom.  
[https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/293976/Treaties\\_and\\_MoU\\_Guidance.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/293976/Treaties_and_MoU_Guidance.pdf)
- Friedrich, J. (2013). *International environmental "soft law": the functions and limits of nonbinding instruments in international environmental governance and law* [Derecho internacional ambiental "derecho blando": las funciones y límites de los instrumentos jurídicamente no vinculantes en el derecho internacional ambiental]. Springer.
- Fukuda, A. (1998). *Sovereignty and the sword. Harrington, Hobbes, and mixed government in the english civil wars* [Soberanía y la espada. Harrington, Hobbes y gobierno mixto en las guerras civiles inglesas]. Oxford University Press.
- García Toma, V. (2010). *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*. Editorial Adrus.
- Garner, B. A. (2010). *Black's Law Dictionary, Abridged, 9<sup>th</sup>* [El diccionario de Black, versión extendida novena edición]. Thomson Reuters.
- Gautier, P. (4 de diciembre de 2006). *Non-binding agreements* [Acuerdos no vinculantes]. Oxford University Press:  
<https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1444?prd=OPIL>
- Gobeye Desta, M. (2012). Soft Law in International Law: an overview [El derecho blanco en el Derecho Internacional, un análisis]. En E. Elgar, *International Investment and Soft Law* [Inversiones internacionales y derecho blando] (pp. 39-50). Edward Elgar Publishing Limited.
- Hart, H. L. (1983). *Essays in jurisprudence and philosophy* [Ensayos sobre jurisprudencia y filosofía]. Oxford University Press.

- Hillgenberg, H. (1999). A fresh look at soft law [Un vistazo fresco al derecho blando]. *European Journal of International Law Volume 10 Issue 3*, 499-515.
- Huenemann, R., & Zhang, A. (2005). 7: The Airline Industry [7: La industria de la aerolínea]. En E. M. Medalla, *Competition Policy in East Asia* [Política de competición en Asia del este] (pp. 145-169). Routledge.
- Kaiser, S. A. (2010). El ejercicio de la soberanía. En K. T. Mueller Uhlenbrock, & M. Becerra Ramírez, *Soberanía y jurisdicción en las relaciones internacionales* (pp. 85-105). Universidad Nacional Autónoma de México.
- Klabbers, J. (1996). *The Concept of Treaty in International Law (Developments in International Law)* [El concepto de tratado en el derecho internacional. Nuevas ideas respecto al Derecho Internacional]. Springer.
- Kurtulus, E. N. (2005). *State Sovereignty Concept, Phenomenon and Ramifications* [Soberanía del Estado. Concepto, fenómeno y consecuencias]. Palgrave Macmillan.
- Larkins, J. (2010). *From hierarchy to anarchy. Territory and politics before Westphalia* [De la jerarquía a la anarquía. Territorio y políticas antes de Westfalia]. Palgrave Macmillan.
- León Vásquez, J. (2017). El proceso constitucional de cumplimiento y su incidencia positiva en la protección del Estado democrático de Derecho. *Foro Jurídico*, 188-196.
- Ley N.º 26447, Establecen normas que regulan actos relativos al perfeccionamiento nacional de los Tratados celebrados por el Estado Peruano. (18 de junio de 1996). [http://spijlibre.minjus.gob.pe/normativa\\_libre/main.asp](http://spijlibre.minjus.gob.pe/normativa_libre/main.asp)
- Ley N.º 27261, Ley de Aeronáutica Civil. (10 de mayo de 2000). [http://spijlibre.minjus.gob.pe/normativa\\_libre/main.asp](http://spijlibre.minjus.gob.pe/normativa_libre/main.asp)
- Ley N.º 29370, Ley de Organización y Funciones de Transportes y Comunicaciones (4 de junio de 2009). [http://spijlibre.minjus.gob.pe/normativa\\_libre/main.asp](http://spijlibre.minjus.gob.pe/normativa_libre/main.asp)
- Lindblom, A.-K. (2005). *Non-governmental organisations in international law* [Organizaciones no gubernamentales en el Derecho Internacional]. Cambridge University Press.
- Lowe, V. (2014). The law of treaties; or, should this book exist? [El derecho de tratados o ¿acaso este libro debería existir?]. En C. J. Tams, A. Tzanakopoulos, A. Zimmermann, & A. E. Richford, *Research Handbook on the Law of Treaties* [Libro de investigación sobre derecho de tratados] (pp. 3-15). Edward Elgar Publishing .
- Maftai, J. (2015). Reflections on the international responsibility of states for wrongful acts [Reflexiones sobre la responsabilidad internacional de los Estados por actos ilícitos]. *Audri*, 37-55.

- Maquiavelo, N. (2008). *The Prince* [El príncipe]. Hackett Publishing Company.
- Memorando de entendimiento entre las autoridades aeronáuticas de Bélgica y Perú. (28 de mayo de 2009).  
[https://apps.rree.gob.pe/portal/webtratados.nsf/Tratados\\_Bilateral.xsp?action=openDocument&documentId=1B5EE](https://apps.rree.gob.pe/portal/webtratados.nsf/Tratados_Bilateral.xsp?action=openDocument&documentId=1B5EE)
- Memorando de entendimiento entre las autoridades aeronáuticas de Chile y Perú. (07 de abril de 2011).  
[https://apps.rree.gob.pe/portal/webtratados.nsf/Tratados\\_Bilateral.xsp?action=openDocument&documentId=1637E](https://apps.rree.gob.pe/portal/webtratados.nsf/Tratados_Bilateral.xsp?action=openDocument&documentId=1637E)
- Mena Ramírez, M. (2011). El concepto de línea de bandera, los servicios aeroportuarios y el rol subsidiario del Estado. *Derecho & Sociedad* 37, 295-314.
- Meyer, T. (2009). Soft Law as Delegation [Derecho blanco como delegación]. *Fordham International Law Journal*, Vol. 32, 888-942.
- Mezarina García, S. J., & Rosales, Z. P. (2019). Los acuerdos interinstitucionales en la práctica peruana de derecho internacional. *Derecho PUCP*, 371-406.
- Ministerio de Relaciones Exteriores. (1 de abril de 2015). *Glosario de términos diplomáticos*. Ministerio de Relaciones Exteriores.  
[http://www.rree.gob.pe/elministerio/Documents/Glosario\\_de\\_Terminos\\_Diplomaticos.pdf](http://www.rree.gob.pe/elministerio/Documents/Glosario_de_Terminos_Diplomaticos.pdf)
- Ministerio de Relaciones Exteriores de Uruguay. (10 de diciembre de 2018). *Guía práctica sobre tratados internacionales*. Ministerio de Relaciones Exteriores de la República Oriental del Uruguay. <https://www.gub.uy/ministerio-relaciones-exteriores/comunicacion/publicaciones/guia-practica-sobre-tratados-internacionales>
- Ministerio de Relaciones Exteriores República de Colombia. (24 de diciembre de 2015). *Guía de tratados*. Ministerio de Relaciones Exteriores República de Colombia. <https://sigc.cancilleria.gov.co/archivos/DP-GS-010/DP-GS-010%20GUIA%20TRATADOS%20v12015-12-24.pdf>
- Ministerio de Transportes y Comunicaciones. (5 de marzo de 2015). Presentación ante comisión de relaciones exteriores del congreso de la república. Congreso de la República del Perú.  
[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/comisiones/2015/com2015relext.nsf//pubweb/BFA4CD70E97A8E4E05257FA90072E351/\\$FILE/CR\\_RREE\\_PRESMTC\\_PEU-CHILE\\_2MAY2016\\_V6.PDF](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/comisiones/2015/com2015relext.nsf//pubweb/BFA4CD70E97A8E4E05257FA90072E351/$FILE/CR_RREE_PRESMTC_PEU-CHILE_2MAY2016_V6.PDF)
- Ministry of Foreign Affairs and Trade of New Zealand. (10 de setiembre de 2020). *Guidance for government agencies on practice and procedures for concluding international treaties and arrangements* [Guía para agencias del gobierno sobre la práctica y procedimientos para concluir tratados e instrumentos internacionales]. Ministry of Foreign Affairs and

Trade.<https://www.mfat.govt.nz/assets/About-us-Corporate/Treaties-Model-instruments/International-Treaty-Making-Guide-2020.pdf>

- Mostov, J. (2008). *Soft borders rethinking sovereignty and democracy* [Fronteras blandas. Reprensando los conceptos de soberanía y democracia]. Palgrave Macmillan.
- Novak Talavera, F. (2005). Artículo 56 tratados aprobados por el congreso. En Gaceta Jurídica, *La Constitución Comentada Tomo I* (pp. 759-764). Gaceta Jurídica.
- Novak Talavera, F., & García-Corrochano Moyano, L. (2001). *Derecho Internacional Público. Tomo II. Sujetos de Derecho Internacional Volumen I*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Novak Talavera, F., & García-Corrochano Moyano, L. (2003). *Derecho Internacional Público. Tomo I. Introducción y Fuentes*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Oduntan, G. (2012). *Sovereignty and Jurisdiction in the Airspace and Outer Space* [Soberanía y jurisdicción en el espacio aéreo y en el espacio ultraterrestre]. Routledge.
- Organización de Aviación Civil Internacional. (2016). *Manual on the regulation of international air transport (Doc 9626)* [Manual sobre las regulaciones del transporte aéreo internacional]. International Civil Aviation Organization.
- Organización de las Naciones Unidas. (2013). *Manual de tratados*. United Nations Publication.
- Organization for the Study of Treaty Law. (4 de octubre de 2015). *Treaty vs memorandum of understanding* [Tratado vs memorando de entendimiento]. Organization for the Study of Treaty Law. <https://www.treatylaw.org/treaty-vs-memorandum-of-understanding/>
- Orozco Torres, L. E. (2016). Carácter y alcance de los acuerdos interinstitucionales en el sistema jurídico mexicano. *Cuestiones Constitucionales México* N° 34, 27-63.
- Oxford University Press. (2005). *Oxford advanced learner's dictionary* [Diccionario avanzado de Oxford]. Oxford University Press.
- Palacin Fernández, J. (1992). *Curso de post grado en derecho aéreo y espacial tomo III*. Comisión Interamericana de Juristas Expertos en Derecho Aéreo y Espacial.
- Pastor Ridruejo, J. A. (2015). *Curso de Derecho Internacional Público y organizaciones internacionales (Décimo Novena Edición)*. Tecnos.
- Pemberton, J.-A. (2008). *Sovereignty: interpretations* [Soberanía: interpretaciones]. Palgrave Macmillan.
- Real Academia Española. (2015). *Diccionario de la lengua española*. Recuperado el 13 de febrero de 2021, de <https://dle.rae.es/>: <https://dle.rae.es/pr%C3%A1ctico>



- Real Academia Española. (2005). *Diccionario panhispánico de dudas*. Recuperado el 9 de setiembre de 2020, de <https://www.rae.es/dpd/deber>
- Regulaciones Aeronáuticas del Perú RAP 119, Certificación de explotadores de servicios aéreos. (19 de abril de 2019).  
[http://portal.mtc.gob.pe/transportes/aeronautica\\_civil/normas/documentos/rap/2019/RAP\\_119\\_rev\\_001/1.%20RAP\\_119\\_rev1\\_%20Car%C3%A1tula\\_indice.pdf](http://portal.mtc.gob.pe/transportes/aeronautica_civil/normas/documentos/rap/2019/RAP_119_rev_001/1.%20RAP_119_rev1_%20Car%C3%A1tula_indice.pdf)
- Resolución Directoral N° 294-2010-MTC/12 RAP 311, Servicios de tránsito aéreo (15 de octubre de 2010).  
[http://transparencia.mtc.gob.pe/idm\\_docs/normas\\_legales/1\\_0\\_4208.pdf](http://transparencia.mtc.gob.pe/idm_docs/normas_legales/1_0_4208.pdf)
- Resolución Ministerial N° 046-2010-MTC/01, Memorandum de entendimiento entre las autoridades aeronáuticas de la República Dominicana y la República del Perú. (24 de noviembre de 2009).  
[http://spijlibre.minjus.gob.pe/normativa\\_libre/main.asp](http://spijlibre.minjus.gob.pe/normativa_libre/main.asp)
- Resolución Ministerial N° 0785-2020-MTC/01, Reglamento de organización y funciones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones. (2 de noviembre de 2020). [http://spijlibre.minjus.gob.pe/normativa\\_libre/main.asp](http://spijlibre.minjus.gob.pe/normativa_libre/main.asp)
- Resolución Ministerial N° 191-2012-MTC/02, Memorandum de entendimiento entre las autoridades aeronáuticas civiles de la República del Perú y de la República de Panamá. (16 de marzo de 2012).  
[http://spijlibre.minjus.gob.pe/normativa\\_libre/main.asp](http://spijlibre.minjus.gob.pe/normativa_libre/main.asp)
- Resolución Ministerial N° 264-2005-MTC/02, Memorandum de entendimiento entre las autoridades aeronáuticas de los gobiernos de la República de Perú y los Emiratos Árabes Unidos. (23 de noviembre de 2004).  
[http://spijlibre.minjus.gob.pe/normativa\\_libre/main.asp](http://spijlibre.minjus.gob.pe/normativa_libre/main.asp)
- Resolución Ministerial N° 301-1997MTC/15.06, Acta de la I reunión entre las autoridades aeronáuticas de las Repúblicas de Costa Rica y del Perú. (20 de abril de 1997). [http://spijlibre.minjus.gob.pe/normativa\\_libre/main.asp](http://spijlibre.minjus.gob.pe/normativa_libre/main.asp)
- Resolución Ministerial N° 354-2013-MTC/02, Memorandum de entendimiento entre las autoridades aeronáuticas de Australia y la República de Perú. (22 de enero de 2013). [http://spijlibre.minjus.gob.pe/normativa\\_libre/main.asp](http://spijlibre.minjus.gob.pe/normativa_libre/main.asp)
- Resolución Ministerial N° 412-2011-MTC/02, Memorandum de entendimiento entre las autoridades aeronáuticas civiles de la República del Perú y la República de Chile. (7 de abril de 2011).  
[http://spijlibre.minjus.gob.pe/normativa\\_libre/main.asp](http://spijlibre.minjus.gob.pe/normativa_libre/main.asp)
- Resolución Ministerial N° 884-2011 MTC/02, Memorandum de entendimiento entre las autoridades aeronáuticas de la República del Perú y la República de Corea. (31 de noviembre de 2011). [http://spijlibre.minjus.gob.pe/normativa\\_libre/main.asp](http://spijlibre.minjus.gob.pe/normativa_libre/main.asp)
- Resolución Ministerial N° 901-2018-MTC/01.01, Memorandum de entendimiento entre la delegación de la República del Perú y la delegación de la República de

- Finlandia. (18 de setiembre de 2018).  
[http://spijlibre.minjus.gob.pe/normativa\\_libre/main.asp](http://spijlibre.minjus.gob.pe/normativa_libre/main.asp)
- Reisman, M. W. (2011). Soft law and law jobs [Derecho blando y trabajos de Derecho]. *Journal of International Dispute Settlement Vol 2, N° 1*, 25-30.
- Rodríguez Díaz, B. (2016). *Apuntes de Derecho Internacional Público*. Editorial Dykinson.
- Rubio Correa, M. (1999). *Estudio de la Constitución Política de 1993 Tomo 3*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Salazar, J. C., & Van Fenema, P. (2016). International Air Transport Agreements [Acuerdos sobre transporte aéreo internacional]. En P. S. Dempsey, & R. S. Jakhu, *Routledge Handbook of Public Aviation Law* [Manual de Routledge sobre Derecho de la Aviación] (pp. 252-294). Routledge.
- Salmón, E. (2017). *Nociones Básicas de Derecho Internacional Público*. Fondo Editorial PUCP.
- Salmond, J. W. (1966). *Jurisprudence* [Jurisprudencia]. Sweet & Maxwell Ltd.
- Secretaría de Relaciones Exteriores de México. (2007). *Guía para la celebración de tratados y acuerdos Interinstitucionales en el ámbito internacional según la ley sobre la celebración de tratados*. Secretaría de Relaciones Exteriores.  
<https://aplicaciones.sre.gob.mx/tratados/guia.pdf>
- Shaffer, G., & Pollack, M. A. (2009). Hard vs. soft law: alternatives, complements and antagonists in international governance [Derecho duro vs derecho blando, complementos y antagonistas en la gobernabilidad internacional]. *Minnesota Law Review*, 1-98.
- Shaw, M. (2003). *International law fifth edition* [Derecho Internacional 5ta edición]. Cambridge University Press.
- Shelton, D. (2003). International law and relative normativity [Relatividad normativa y Derecho Internacional]. En M. D. Evans, *International Law* [Derecho Internacional] (pp. 145-172). Oxford University Press.
- Shelton, D. L. (2008). *Soft law* [Derecho blando]. The George Washington University Law School.
- Stern, B. (2010). The elements of an internationally wrongful acts [Los elementos de hechos ilícitos internacionales]. En J. Crawford, A. Pellet, & S. Olleson, *The Law of International Responsibility* [El Derecho de responsabilidad internacional] (pp.193-220). Oxford University Press.
- The International Air Transport Association - IATA. (2018). *A study of the effects of the United Kingdom leaving the European Union on airlines flying to and from the UK* [Un estudio respecto a los efectos de la salida del Reino Unido de la Unión

Europes en cuanto a las aerolíneas que vuelan de y hacia el Reino Unido]. The International Air Transport Association - IATA.

The Law Society of New South Wales Young Lawyers. (2014). *The practitioner's guide to international law 2nd Edition* [La guía práctica para el Derecho Internacional 2da edición]. New South Wales Young Lawyers International Law Committee.

Thirlway, H. (2003). The sources of international law [Las fuentes de Derecho Internacional]. En M. D. Evans, *International Law* [Derecho Internacional] (pp. 117-144). Oxford University Press.

Thirlway, H. (2019). *The Sources of International Law* [Las fuentes de Derecho Internacional]. Oxford University Press.

Valega, M. (2018). *De la Confederación Germánica al II Reich, el Origen Político del Derecho de Integración. [Tesis de pregrado, Universidad de Lima]*. Repositorio Institucional Universidad de Lima.

Wassenbergh, H. A. (1962). *Post-War International Civil Aviation Policy and The Law of the Air* [La política de aviación civil internacional de la posguerra y el Derecho del aire]. Martinus Nijhoff.

Weber, L. (2017). The Chicago Convention [La convención de Chicago]. En P. S. Dempsey, & R. S. Jakhu, *Routledge Handbook of Public Aviation Law* [El Manual de derecho de aviación de Routledge] (pp. 9-32). Routledge.

Westerman, P., Hage, J., Kirste, S., & Mackor, A. R. (2018). *Legal Validity and Soft Law* [Validez legal y el derecho blando]. Springer.

World Meteorological Organization (WMO). (6 de setiembre de 2012). *Guidelines for Creating a Memorandum of Understanding and a Standard Operating Procedure between a National Meteorological or Hydrometeorological Service and a Partner Agency* [Guía para la creación de un memorando de entendimiento y un estándar de procedimiento operativo entre la Agencia meteorológica o hydrometeorológica de servicios y otra agencia]. Publications WMO. [https://library.wmo.int/?lvl=notice\\_display&id=14093](https://library.wmo.int/?lvl=notice_display&id=14093)



## **ANEXOS**



## Anexo 1: Memorando de Entendimiento entre las Autoridades Aeronáuticas de Bélgica y Perú

### MEMORANDO DE ENTENDIMIENTO ENTRE LAS AUTORIDADES AERONÁUTICAS CIVILES DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ Y EL REINO DE BÉLGICA

En la ciudad de Lima, capital de la República del Perú, los días 27 y 28 de mayo del 2009, se reunieron las Autoridades Aeronáuticas Civiles de la República del Perú y del Reino de Bélgica, con el objeto de negociar un Acuerdo Bilateral de Servicios Aéreos y el otorgamiento de derechos aerocomerciales entre ambos países.

Las conversaciones se desarrollaron dentro de un ambiente de cordialidad y amistad que caracterizan las relaciones bilaterales entre ambos países.

Adjuntamos al presente el texto del BASA con su Anexo No.1 y No.2, así como la lista de las delegaciones de la República del Perú y del Reino de Bélgica.

Las delegaciones acordaron lo siguiente:

#### **Acuerdo Bilateral de Servicios Aéreos**

Ambas delegaciones convinieron e inicialaron el texto de un Acuerdo Bilateral de Servicios Aéreos (BASA).

Al inicialar este borrador Bélgica anexó el status "ne varietur" al texto. Perú se reservó el derecho de elevar este Memorando de Entendimiento para su revisión interna, cuyo resultado final será intercambiado entre las respectivas Autoridades Aeronáuticas. En el caso de tener un resultado positivo esto conllevará la entrada en vigencia provisional de este Memorando de Entendimiento.

#### **Capacidad**

Ambas Delegaciones convinieron autorizar a las líneas aéreas, tanto de pasajeros como para carga, designadas, el determinar la cantidad de frecuencias de acuerdo a las necesidades existentes de tráfico aéreo sin ninguna restricción en cuanto a la cantidad de frecuencias, el tipo de aeronave, o en el ejercicio de los derechos de tráfico aerocomerciales de los derechos de Tercera y Cuarta Libertad del Aire.

#### **Derechos de Quinta Libertad**

Para el ejercicio de los derechos aerocomerciales de Quinta Libertad, ambas Delegaciones acordaron lo siguiente:

La República del Perú podrá operar en Puntos intermedios o en cualquier otro punto del Continente Europeo.

El Reino de Bélgica podrá operar en Puntos Intermedios o en cualquier otro punto del Continente Americano.

### **Flexibilidad Operacional**

Cualquier línea aérea podrá en cualquier o todos sus vuelos y según su discreción:

1. Operar vuelos en cualquiera o ambas direcciones.
2. Combinar diferentes números de vuelos dentro de la operación de una aeronave.
3. Brindar servicio en los puntos anteriores, intermedios y cualquier otro punto en los territorios de las Partes en las rutas con cualquier combinación y cualquier orden.
4. Omitir paradas en cualquier punto o puntos;
5. Transferir el tráfico de cualquiera de sus aeronaves a cualquier otra de sus aeronaves en cualquier punto de las rutas; y
6. Brindar servicio a los puntos anteriores en cualquier punto de su territorio con o sin cambio de aeronave o número de vuelo y podrá mantener y publicitar dichos servicios al público como servicios de sus rutas.

Sin límites de dirección o geográficos y sin perder ningún derecho para desarrollar el tráfico ya comprendido en este Memorando de otra manera, siempre y cuando el servicio dé servicio a un punto del territorio de la parte que designa la línea aérea.

### **Código Compartido**

Al operar u ofrecer los servicios autorizados en las rutas acordadas las aerolíneas designadas pueden realizar acuerdos de cooperación comercial, tales como bloqueo de espacio, código compartido o acuerdos de arrendamiento, con :

- i. Una aerolínea o aerolíneas de cualquiera de las Partes
- ii. Una aerolínea o aerolíneas de un tercer país; y

siempre y cuando todas las aerolíneas bajo dichos acuerdos tengan la autorización adecuada y cumplan con los requerimientos generalmente aplicables a dichos acuerdos en conformidad con la legislación y regulaciones de cada Parte.

### **Entrada en Vigor**

Este Memorando de Entendimiento, que incluye la reserva del Perú, establecido por el "Acuerdo Bilateral de Servicios Aéreos" (ver líneas arriba), refleja las posiciones de las respectivas Autoridades Aeronáuticas a la fecha de su firma.




Ambas Delegaciones acordaron que el nuevo BASA se ha considerado como guía de ambas Autoridades Aeronáuticas esperando el cumplimiento de los requerimientos constitucionales que permitan la vigencia definitiva del BASA.

Este Memorando se suscribe en Lima, 28 de mayo, 2009.

Es impreso en dos originales, en idiomas Inglés y Español.

**POR LA DELEGACIÓN  
PERUANA**



**Ernesto López Mareovich**  
Director General de  
Aeronáutica Civil del Perú

**POR LA DELEGACIÓN  
BELGA**



**André Van Hove**  
Vice Director General de  
Aviación Civil del Reino de Bélgica



**DELEGACION BELGA**

André Van Hove

Jefe de la Delegación  
Vice Director General  
Aviación Civil del Reino de Bélgica

Eric Soeur

Gerente de Acuerdos Aéreos Multi/Bilaterales  
Unidad de Asuntos Internacionales y EU  
Aviación Civil del Reino de Bélgica

Jacques Francois

Primer Secretario y Cónsul  
Embajada del Reino Bélgica  
Lima



**DELEGACION PERUANA**

Ernesto López Mareovich

Jefe de la Delegación  
Director General de Aeronáutica Civil  
Ministerio de Transportes y Comunicaciones

Aurelio Pinto-Bazurco Rittler

Ministro  
Dirección de Asuntos Aéreos y del Espacio  
Ministerio de Relaciones Exteriores

Juan Carlos Pavic Moreno

Director de Certificaciones y Autorizaciones  
Dirección General de Aeronáutica Civil  
Ministerio de Transportes y Comunicaciones

María del Pilar Iberico Ocampo

Asesora de la Oficina de Política Aérea  
Dirección General de Aeronáutica Civil  
Ministerio de Transportes y Comunicaciones

**OBSERVADORES**

Patricia Siles

Cielos del Perú

Julio Ferradas

Taca Perú

Julio López  
Rui Baracco

Lan Perú

Alexander Carranza  
Germán Vera  
Rosalina Gallardo

Ministerio de Relaciones Exteriores



## Anexo 2: Memorando de Entendimiento entre las Autoridades Aeronáuticas de Chile y Perú

### MEMORANDUM DE ENTENDIMIENTO ENTRE LAS AUTORIDADES AERONAUTICAS CIVILES DE LA REPUBLICA DEL PERU Y LA REPUBLICA DE CHILE

En la ciudad de Lima, Perú, los días 06 y 07 de abril de 2011, se reunieron el Director General de Aeronáutica Civil del Ministerio de Transportes y Comunicaciones de la República del Perú y el Secretario General de Junta de Aeronáutica Civil de la República de Chile, en cumplimiento de lo expresado por los Jefes de Estado de ambos países en la Declaración Presidencial Conjunta del 20 de enero del 2011, con el propósito de ampliar la relación aerocomercial en términos de mutuos beneficios, revisando lo relativo al otorgamiento de derechos aerocomerciales entre ambos países.

Las conversaciones fueron celebradas en un clima de cordialidad y los Jefes de Delegación destacaron la importancia del desarrollo de sus relaciones aerocomerciales arribando a los siguientes entendimientos:

**1. PROYECTO DE ACUERDO DE SERVICIOS AEREOS**

Las delegaciones sometieron a evaluación un proyecto de Acuerdo de Servicios Aéreos, sobre el cual acordaron efectuar las consultas ante las autoridades competentes de cada país. Las conclusiones a las que se arriben, serán comunicadas por los canales diplomáticos.

**2. CAPACIDAD Y DERECHOS DE TRAFICO:**

Ambas delegaciones acordaron la múltiple designación de aerolíneas por país para operar los servicios de pasajeros, carga y correo.

En cuanto a los derechos aerocomerciales de Tercera y Cuarta Libertades, se acordó incrementar las 28 frecuencias semanales en la ruta Lima – Santiago y vv., en 56 frecuencias semanales para las empresas aéreas designadas hasta llegar a un total de 84 frecuencias semanales por cada una de las Partes, que gozarán además de derechos de Sexta Libertad.

Dichas frecuencias serán operadas entre Lima y Santiago y cinco puntos adicionales a ser definidos en cada país, los mismos que serán acordados mediante comunicaciones formales entre las Autoridades Aeronáuticas, a través de los canales diplomáticos.

Por otro lado, en cuanto a los derechos aerocomerciales de Quinta Libertad, para las aerolíneas designadas por las Autoridades competentes de la República de

Chile se acordó mantener las 14 frecuencias semanales, ya sea en las rutas LIMA – NEW YORK – LIMA y/o LIMA – LOS ANGELES – LIMA, sin establecer limitaciones en cuanto al equipo.

En derechos aerocomerciales de Quinta Libertad, para las aerolíneas designadas por las Autoridades competentes de la República del Perú se acordó mantener las 28 frecuencias semanales, sin limitaciones en cuanto al equipo, rutas y destino, incluyendo la ruta Asia – Pacífico con escala en la Isla de Pascua.

Ambas Autoridades convinieron en continuar evaluando el desarrollo del tráfico aéreo entre los dos países con el fin de mantener equilibrada la relación aerocomercial.

**3. ACUERDOS DE COOPERACION COMERCIAL**

Ambas autoridades convinieron otorgar las facilidades para la aprobación de acuerdos de código compartido, siguiendo los procedimientos establecidos en la Legislación interna de cada Parte.

**4. VUELOS NO REGULARES (CHARTER)**

Ambas delegaciones acordaron brindar facilidades recíprocas para el otorgamiento de los permisos en los servicios no regulares con la mayor celeridad y apertura.

**5. VUELOS EXCLUSIVOS DE CARGA**

Las aerolíneas designadas de ambos países podrán efectuar servicio regular exclusivo de carga, dentro de la más amplia libertad y sin limitación alguna, pudiendo operar del territorio de un país al otro y viceversa, en quinta, sexta y séptima libertad del aire.

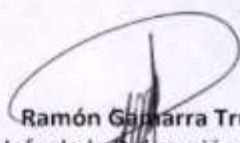
Una vez que el presente Memorándum de Entendimiento entre en vigencia dejará sin efecto el Acta de Reunión de Consulta de Autoridades Aeronáuticas Civiles de la República del Perú y la República de Chile de fecha 22 de marzo del 2007. Sin perjuicio de ello, los permisos otorgados de conformidad con la Legislación de cada país mantendrán su vigencia hasta la fecha de su vencimiento.

Asimismo, ambas Partes, coincidieron que lo establecido en el presente Memorándum de Entendimiento, respecto a los derechos de tráfico serán incluidos en el Anexo del Acuerdo de Servicios Aéreos.

Finalmente, convinieron en desarrollar sus mejores esfuerzos para celebrar próximamente un acuerdo que regule los servicios de transporte aéreo transfronterizo.

Cada Autoridad competente de ambos países cumplirá con su ordenamiento legal interno para la entrada en vigor del presente Memorándum de Entendimiento.

Firmado en Lima, Perú, el 07 de abril de 2011, en dos ejemplares originales en idioma castellano.



**Ramón Gamarra Trujillo**  
Jefe de la Delegación Peruana  
Director General de Aeronáutica Civil  
Ministerio de Transportes y Comunicaciones



**Jaime Binder-Rosas**  
Jefe de la Delegación Chilena  
Secretario General  
Junta de Aeronáutica Civil

**ANEXO 1-A**

DELEGACION PERUANA

**RAMON GAMARRA TRUJILLO**  
DIRECTOR GENERAL DE AERONAUTICA CIVIL DEL PERU  
JEFE DE LA DELEGACION

**ARTURO MONTOYA STUVA**  
DIRECTOR GENERAL DE SOBERANÍA, LÍMITES Y ASUNTOS ANTÁNTICOS  
MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES DEL PERÚ

**JUAN AURICH MONTERO**  
DIRECTOR DE ASUNTOS AÉREOS Y ESPACIALES  
MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES DEL PERÚ

**AGUSTÍN FRANCISCO DE MADALENGOITIA GUTIERREZ**  
DIRECTOR DE AMERICA DEL SUR  
MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES DEL PERÚ

**IVAN CHAHUD LA ROSA**  
DIRECTOR DE CERTIFICACIONES Y AUTORIZACIONES

**JAVIER HURTADO GUTIERREZ**  
DIRECTOR DE REGULACION Y PROMOCIÓN  
DIRECCION GENERAL DE AERONAUTICA CIVIL DEL PERU

**MARIA DEL PILAR IBERICO OCAMPO**  
ESPECIALISTA EN ASUNTOS DE POLITICA AEREA  
DIRECCION GENE DE AERONAUTICA CIVIL

**OSCAR SALVADOR GONZALEZ CARMONA**  
DIRECCIÓN GENERAL DE TRATADOS  
MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES DEL PERÚ

**MIGUEL SAMAMEZ BENDEZÚ**  
SUBDIRECTOR PARA ASUNTOS DEL MERCOSUR Y CHILE  
MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES DEL PERÚ

**JOSÉ IGNACIO MARIATEGUI DE ASCÁSUBI**  
DIRECCIÓN DE ASUNTOS AÉREOS Y ESPACIALES  
MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES DEL PERÚ

**ERIKA LIZARDO GUZMÁN**  
JEFE DEL DEPARTAMENTO DE CHILE  
DIRECCIÓN DE AMERICA DEL SUR  
MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES DEL PERÚ

**ANA GHIORZO PAREDES**  
COORDINADORA DE REGULACION INTERNACIONAL  
DIRECCION DE CERTIFICACIONES Y AUTORIZACIONES





**ADA LI CHU**  
ABOGADA  
DIRECCION GENERAL DE AERONAUTICA CIVIL

**OSCAR ANDRÉS NAZARIO ROCCA**  
DIRECCIÓN GENERAL DE TRATADOS  
MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES DEL PERÚ

**DORIS FAJRI POOL**  
ESPECIALISTA ADMINISTRATIVA  
DIRECCION GENERAL DE AERONAUTICA CIVIL

OBSERVADORES  
DANIEL RATTI  
TACA PERU S.A.

JULIO LOPEZ  
LAN PERU S.A.

PATRICIA SILES  
CIELOS DEL PERU

ROBERTO RODRIGUEZ  
PERUVIAN AIRLINES

OMAR CRUZALEGUI  
PERUVIAN AIRLINES

GILBERT BARAZORDA  
STAR PERU





**ANEXO 1-B**

**DELEGACION CHILENA**

**JAIME BINDER ROSAS**  
SECRETARIO GENERAL DE JUNTA DE AERONAUTICA CIVIL  
JEFE DE LA DELEGACIÓN

**GUILLERMO NOVOA**  
JEFE DEL DPTO. LEGAL DE LA JUNTA DE AERONAUTICA CIVIL

**DANIELA MONTAÑOLA**  
REPRESENTANTE DEL MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES

**CAMILO NAVARRO**  
AGREGADO COMERCIAL DE LA EMBAJADA DE CHILE EN PERÚ

**JOSÉ MIGUEL CAPDEVILLA**  
EMBAJADA DE CHILE EN PERÚ



**OBSERVADORES**

**PATRICIO REYES**  
LAN AIRLINES

**JOSÉ MIGUEL VALENZUELA**  
LAN AIRLINES

**FELIPE VOLANTE**  
SKY AIRLINE

**SERGIO BRICEÑO HOFER**  
PAL AIRLINES

