

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



Programa de Segunda Especialidad en Derecho Internacional
Público

**El rechazo implícito de la costumbre internacional por parte de
los órganos resolutivos administrativos (ORA) peruanos en
materia tributario-aduanera: un análisis de caso sobre la
instalación de cables submarinos en el dominio marítimo**

Trabajo académico para optar el título de Segunda
Especialidad en Derecho Internacional Público

Autor:

Robin Alonso Moscoso Enrriquez

Asesor:

Pablo César Rosales Zamora

Lima, 2025

Informe de Similitud


Yo, PABLO CESAR ROSALES ZAMORA, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo Académico titulado “El rechazo implícito de la costumbre internacional por parte de los órganos resolutivos administrativos (ORA) peruanos en materia tributario-aduanera: un análisis de caso sobre la instalación de cables submarinos en el dominio marítimo”, del autor(a) ROBIN ALONSO MOSCOSO ENRRIQUEZ, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 23%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 10/12/2025.

- He revisado con detalle dicho reporte y el Trabajo Académico, y no se advierten indicios de plagio.

- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 15 de diciembre del 2025

<u>PABLO CESAR ROSALES ZAMORA</u>	
DNI: 45824064	Firma: 
ORCID: https://orcid.org/0000-0003-2608-7995	

RESUMEN

El objetivo de este trabajo es analizar cómo los órganos resolutivos administrativos (ORA) peruanos, competentes en materia tributario-aduanera se pronunciaron en el caso EMERGIA, relativo al tratamiento otorgado a la instalación de cables submarinos dentro del dominio marítimo peruano. A partir de este estudio de caso, se evidencia la omisión existente en el ordenamiento jurídico peruano respecto de la costumbre internacional aplicable a la libertad de instalación de cables submarinos, norma consuetudinaria reflejada en el artículo 79 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

Para esta finalidad, se reconstruye la argumentación del Tribunal Fiscal, última instancia administrativa competente, y se contrasta con las normas internacionales consuetudinarias pertinentes sobre la instalación de cables submarinos. El análisis evidencia un vacío normativo en el ordenamiento jurídico peruano relativo a la instalación de cables submarinos, vacío que ha conducido a calificar esta actividad solamente como una importación de mercancías, desconociendo la naturaleza especial que reviste a esta actividad en el Derecho Internacional.

Como resultado, se identifica una contradicción en el accionar del Estado peruano: los ORA aplican el derecho interno, bajo un enfoque hermético que prescinde de normas internacionales de naturaleza distinta a los tratados, lo que revela una problemática en la estructura del ordenamiento jurídico peruano para incorporar normas internacionales consuetudinarias. Incluso después de la sentencia emitida en el marco de la Controversia sobre delimitación marítima (Perú c. Chile), esta omisión ha perpetuado el criterio empleado por los ORA en el Caso EMERGIA.

Palabras clave

Derecho del mar – Derecho interno – Derecho Internacional – Dominio marítimo
– Costumbre internacional

ABSTRACT

The aim of this paper is to examine how the Peruvian administrative adjudicatory bodies (órganos resolutivos administrativos, ORA), competent in customs and tax matters, ruled in the EMERGIA case concerning the treatment accorded to the installation of submarine cables within the Peruvian “dominio marítimo”. Based on this case study, the analysis reveals the omission within the Peruvian legal system regarding the relevant rules of customary international law governing the freedom to install submarine cables— a customary rule reflected in Article 79 of the United Nations Convention on the Law of the Sea.

To this end, the reasoning of the Tribunal Fiscal— the highest administrative authority in this area— is reconstructed and contrasted with the pertinent customary international norms on the laying of submarine cables. The examination demonstrates the existence of a regulatory gap in Peruvian law regarding such installations, a gap that has led to the classification of this activity merely as an importation of goods, thereby disregarding the special nature that this activity holds under International Law.

As a result, a contradiction in the functioning of the Peruvian State is identified: the ORA apply domestic law through a hermetic approach that excludes international norms other than treaties, revealing a structural weakness in the Peruvian legal order in incorporating customary international law. Even after the judgment delivered in the Maritime Delimitation case (Peru v. Chile), this omission has continued to shape the administrative approach adopted in the EMERGIA case.

Keywords

Law of the Sea – Municipal Law – International Law – Dominio marítimo – Customary International Law

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	4
1. La falta de reconocimiento expreso de las normas de la costumbre internacional en el ordenamiento jurídico peruano	6
1.1 Los desafíos de la aplicación interna de la costumbre internacional en el ordenamiento jurídico peruano	6
1.2 El ordenamiento jurídico peruano y la incorporación del Derecho Internacional consuetudinario	11
1.2.1 La preeminencia de la norma escrita en el Derecho interno peruano y las limitaciones de la costumbre jurídica interna	11
1.2.2 La incorporación de la costumbre internacional en el Derecho interno peruano	13
1.3 El dominio marítimo peruano: evolución histórica-normativa.....	16
2. Antecedentes y contexto del surgimiento de la controversia tributario-aduanera entre EMERGIA S.A. y la Superintendencia Nacional de Aduanas	18
2.1. El rol de los ORA en la aplicación del Derecho Internacional	18
2.2 La ausencia de regulación sobre la instalación de cables submarinos en el dominio marítimo	20
2.3 La libertad de colocación de cables submarinos como norma consuetudinaria vinculante para el Perú.....	22
2.4 El caso EMERGIA S.A.: la omisión de la costumbre internacional en sede administrativa.....	24
2.5 Consecuencias de la omisión: inseguridad jurídica y responsabilidad internacional	25
3. La persistencia del problema y alternativas para la integración de la costumbre internacional en el ordenamiento jurídico peruano	27
3.1 El respaldo del Tribunal Constitucional de la postura administrativa en materia tributario-aduanera a la inaplicación de la costumbre internacional	27
3.2 El informe N° 257-2018-SUNAT/340000 y la posición de la Administración aduanera luego del fallo de la Corte Internacional de Justicia sobre la Controversia sobre delimitación marítima (Perú c. Chile)	29
4. CONCLUSIONES	33
5. BIBLIOGRAFÍA	34

INTRODUCCIÓN

La relación entre el Derecho Internacional y el Derecho interno constituye un tema complejo y decisivo para evaluar la eficacia de las normas del Derecho Internacional Público. Si bien la costumbre internacional genera derechos y obligaciones para los Estados, su aplicación en el ámbito interno suele revelar tensiones estructurales entre ambos ordenamientos. Ello responde, por un lado, a la naturaleza descentralizada de la formación de las normas internacionales, y, por otro, a la organización centralizada y jerarquizada propia de los sistemas jurídicos internos. Los Estados, como principales sujetos de Derecho Internacional, intervienen paralelamente en la creación de normas en ambas esferas, lo que plantea tres interrogantes fundamentales para cualquier ordenamiento nacional: cómo se identifica, cómo se incorpora y qué jerarquía adquiere las normas de la costumbre internacional dentro del Derecho interno

Como advierte Andrés (2020), la interacción entre ambos ordenamientos se orienta por el “postulado de la supremacía del derecho internacional” según el cual las obligaciones internacionales del Estado priman sobre su Derecho interno (pp. 226-227). Este principio, reconocido en la práctica internacional, se encuentra reflejado en el Preámbulo de la Carta de Naciones Unidas de 1945, y la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, exige a los Estados adoptar medidas internas para asegurar la ejecución de sus obligaciones internacionales, incluidos aquellas derivadas de la costumbre. Sin embargo, este marco no determina la manera en que cada Estado incorpora y aplica la costumbre internacional. En ordenamientos jurídicos formalistas, donde prevalecen las normas escritas, la ausencia de un mecanismo claro de incorporación dificulta exponencialmente la aplicación interna de normas internacionales no escritas.

El caso analizado en el presente trabajo, proveniente del ámbito tributario-aduanero y referido a la instalación de cables submarinos dentro del dominio marítimo peruano, ilustra con claridad dicha tensión normativa. En su resolución, el Tribunal Fiscal adopta una postura que omitió considerar a la costumbre internacional aplicable a la instalación de cableado submarino. Esta omisión no se debe a un criterio discrecional del ORA, sino que refleja una problemática

estructural dentro del sistema jurídico peruano: la ausencia de mecanismos que permitan identificar, incorporar, y aplicar de manera efectiva las normas internacionales consuetudinarias en sede administrativa.

La problemática adquiere una dimensión adicional en el contexto del Derecho del mar. La controversia analizada se desarrolla dentro de las 200 millas marinas del dominio marítimo peruano, una figura reconocida constitucionalmente cuyo desarrollo ha sido, evidentemente, parcial e incompleto. En este espacio, donde se ha dado una práctica del Perú sostenida históricamente ante la comunidad internacional, la interacción entre la costumbre internacional y el Derecho interno resulta decisiva para comprender el verdadero alcance de la jurisdicción espacial del Perú sobre las 200 millas marinas.

En la primera sección de este trabajo se desarrollará una introducción a la problemática del reconocimiento y aplicación de las normas internacionales consuetudinarias en el Perú. Se analiza el rol subordinado de las normas no escritas en el ordenamiento jurídico peruano, la prevalencia de las normas escritas, y la ausencia de disposiciones internas claras que regulen la incorporación y jerarquización de las normas de la costumbre internacional. Asimismo, se estudia la figura del dominio marítimo y el modo en que el Perú ha invocado de manera declarativa la existencia de normas internacionales consuetudinarias dentro de las 200 millas marinas sin abordar la cuestión operativa de dicha declaración.

En la segunda sección, se presenta una síntesis y análisis de la Resolución del Tribunal Fiscal, examinando el rol de los órganos resolutivos administrativos, la ausencia de una regulación específica sobre la instalación de cables submarinos en el contexto peruano, y la norma de la costumbre internacional que regula dicha actividad. Para esos efectos, se desarrolla el caso EMERGIA y se identifican los problemas derivados de la omisión estatal en el cumplimiento de las obligaciones internacionales derivadas de la costumbre internacional.

Finalmente, en la tercera sección, se analiza la postura asumida por el Tribunal Constitucional respecto del caso. A pesar de la consolidación de una postura peruana que reconoce la aplicación de normas consuetudinarias relativas al Derecho del mar dentro del dominio marítimo, dada en el marco de la

Controversia sobre delimitación marítima entre Perú y Chile, la SUNAT sostuvo en el 2018 el mismo enfoque restrictivo que originó la controversia analizada.

El propósito del presente trabajo trasciende el caso EMERGIA: busca demostrar la persistencia de una problemática estructural derivada del reconocimiento nominal de la costumbre internacional, no acompañado de mecanismos internos para asegurar su aplicación. Esta omisión genera inseguridad jurídica para el sector privado y expone al Perú al riesgo de incurrir en responsabilidad internacional. En suma, el caso EMERGIA constituye un ejemplo emblemático de la brecha existente entre las obligaciones derivadas de la costumbre internacional y la práctica administrativa peruana.

1. La falta de reconocimiento expreso de las normas de la costumbre internacional en el ordenamiento jurídico peruano

1.1 Los desafíos de la aplicación interna de la costumbre internacional en el ordenamiento jurídico peruano

Una de las características fundamentales del Derecho Internacional es la ausencia de un órgano legislativo centralizado encargado de emitir normas jurídicas para sus sujetos. Esta carencia histórica y estructural motivó que determinadas prácticas reiteradas por los Estados adquirieran fuerza normativa. Como señala Klabbbers (2021), en los albores del Derecho Internacional, la costumbre asumió un rol central precisamente como respuesta a la falta de un poder legislativo centralizador de carácter global (p. 89).

La costumbre internacional es una fuente del Derecho Internacional que se caracteriza por dos elementos constitutivos: un elemento objetivo (una práctica estatal) y un elemento subjetivo (la convicción de que dicha práctica parte de un derecho u obligación para el Estado). Esta configuración se recoge en el artículo 38.1.b del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que reconoce a la costumbre internacional como una fuente de Derecho, cuya existencia se acredita mediante “una práctica generalmente aceptada como derecho”. En el año 2018, la Comisión de Derecho Internacional (CDI) profundizó sobre esta definición en sus *Conclusiones sobre la identificación de la costumbre internacional*. La CDI (2018) precisó en su Conclusión 2 que la costumbre

internacional consiste en una práctica general acompañada por su aceptación como derecho (p. 96).

Sin embargo, esta configuración inherentemente flexible de la costumbre plantea dificultades significativas para su identificación y aplicación dentro de los ordenamientos jurídicos nacionales. La práctica estatal y la opinio juris no siempre son evidentes y, en muchos casos, deben ser identificadas *a posteriori*, a partir de fuentes indirectas o interpretaciones judiciales que acrediten su existencia. Como advierte Shaw (2021), la conformación de la costumbre es de carácter impreciso, flexible y ambiguo, lo cual refleja la potestad de la comunidad internacional de consensuar reglas vinculantes de manera informal a través de las prácticas aceptadas como obligatorias (pp. 62-63). Esta flexibilidad, si bien funcional en el plano internacional, resulta problemática cuando se pretende aplicar directamente este tipo de normas dentro de ordenamientos jurídicos internos cuyas instancias judiciales y administrativas se encuentran regidas por los principios de legalidad, y de publicidad de las normas.

El primer desafío para la aplicación de las normas consuetudinarias internacionales radica en la identificación de la existencia de la norma consuetudinaria. Esta labor probatoria está basada en fuentes que no siempre son fácilmente accesibles para los operadores jurídicos nacionales. Remiro Brotóns et al. (2010) identifican como elementos probatorios a la jurisprudencia internacional, disposiciones de tratados que expresamente reproduzcan normas consuetudinarias, proyectos de artículos de la CDI, resoluciones de Organizaciones Internacionales, actos legislativos y judiciales internos, así como la práctica diplomática en sus diversas formas (p. 359). Esta última incluye tanto medios escritos, como notas diplomáticas y correspondencia oficial; y no escritos, como intervenciones verbales en foros bilaterales o multilaterales, y declaraciones públicas de autoridades estatales. Como advierten Seneviratne & Thilakarathna (2021), la cuestión de la determinación de la existencia de una norma consuetudinaria recae en el ámbito del Derecho Internacional y no del Derecho interno, siendo el verdadero desafío de este último incorporar a dicha norma dentro del ordenamiento jurídico interno (p. 5). Un análisis de estos elementos probatorios excede la actividad interpretativa habitual del operador

jurídico nacional, quien podría carecer de directrices internas claras para reconocer y aplicar este tipo de normas internacionales.

El segundo desafío fundamental es el relativo a la incorporación de las normas consuetudinarias al ordenamiento jurídico interno. Si bien los Estados, como sujetos del Derecho Internacional, están obligados a cumplir con sus obligaciones jurídicas internacionales, el Derecho Internacional no impone un método determinado para su recepción interna. De acuerdo a Visscher (1952), el Derecho Internacional impone a los Estados una obligación de resultado y no de medios, en la medida que exige el respeto de sus normas, sin imponer un método o procedimiento específico para garantizar dicho cumplimiento (pp. 522-523). En virtud de su soberanía, corresponde a cada Estado definir, a través de su ordenamiento interno, el mecanismo y la jerarquía de las normas internacionales consuetudinarias.

En efecto, si se acepta que la Constitución es la norma suprema y fundante de todo ordenamiento jurídico, debe también admitirse que la recepción de fuentes del Derecho Internacional requiere un fundamento constitucional expreso o deducible (a través de la interpretación) que valide su incorporación y aplicación en el ámbito interno. Seneviratne & Thilakarathna (2021) sostienen que, a efectos de garantizar la seguridad jurídica, resulta indispensable que la Constitución contemple una norma que reconozca e implemente expresamente la incorporación de las normas internacionales consuetudinarias (p. 5). La omisión de tal disposición constitucional genera una incertidumbre que afecta tanto la aplicabilidad como la jerarquía de la norma consuetudinaria dentro del sistema jurídico nacional.

En diversas constituciones nacionales han existido cláusulas sobre la incorporación de la costumbre internacional. La doctrina de los publicistas ha identificado cuatro modalidades de incorporación presentes en cláusulas constitucionales. Carrillo (1996) identifica: 1) la incorporación obligatoria pero no automática; 2) la incorporación automática; 3) la incorporación automática con el otorgamiento de rango superior a la legislación interna; y 4) la incorporación condicionada a una referencia expresa a determinadas normas consuetudinarias (p. 151). Estas categorías permiten clasificar el grado de apertura que cada Estado, en ejercicio de su soberanía, adopta frente a esta fuente del Derecho

Internacional. A esta clasificación, Novak & García-Corrochano (2025) adicionan una quinta modalidad: las constituciones que no recogen de manera expresa la manera la aplicación de las normas consuetudinarias (p. 121). Este último supuesto es el más problemático, pues esta omisión normativa genera una incertidumbre que los jueces y funcionarios de los órganos resolutivos administrativos (ORA) no podrían resolver ante la ausencia de una norma que sustente la aplicación de la costumbre internacional.

El tercer desafío está vinculado a la jerarquía normativa de las normas consuetudinarias dentro del ordenamiento jurídico interno. Determinar si el rango de estas normas es constitucional, legal, u otro, resulta esencial para resolver posibles conflictos normativos. Respecto del rango constitucional, se requiere que exista un reconocimiento que establezca dicho rango en vista de mantener su prevalencia ante posibles antinomias. “La costumbre internacional no podrá prevalecer sobre los preceptos constitucionales, a menos que ella misma haya sido constitucionalizada (como en España podría predicarse de las que forman parte del *ius cogens* internacional (art. 9.1, último inciso de la Constitución)” (Remiro et al., 2010, p. 397). Por lo tanto, dentro de las modalidades señaladas por Carrillo, solo aquellas que prevén una incorporación con rango constitucional, general o específica a ciertas materias, permitirán a la costumbre internacional prevalecer frente a normas infraconstitucionales contrarias.

En los ordenamientos constitucionales que no establecen expresamente el régimen de incorporación ni el rango normativo de la costumbre internacional, como ocurre en la quinta modalidad anteriormente descrita, la determinación de su validez requiere recurrir a mecanismos interpretativos. Esta postura personal se basa en una interpretación analógica del tratamiento de los tratados en los ordenamientos jurídicos nacionales.

De acuerdo a Novak & García-Corrochano (2025), la incorporación de los tratados puede seguir un enfoque monista o dualista; o en caso de ausencia de una referencia expresa en la Constitución, debe analizarse la práctica jurisprudencial o administrativa para determinar la necesidad de una norma de transformación (p. 333). En ese contexto, la ausencia de una disposición constitucional clara obliga a examinar dicha práctica a fin de establecer si existe una recepción automática o condicionada a su transformación. “En la práctica,

los tribunales estatales suelen establecer una equiparación entre dichas normas [consuetudinarias] y las reglas convencionales, entre otros argumentos por la falta de jerarquía entre las diferentes fuentes del Derecho Internacional” (Remiro et al., 2010, pp. 396-397).

En consecuencia, en aquellos ordenamientos donde los tratados tienen rango legal o constitucional, podría sostenerse que el mismo criterio aplicaría a la costumbre. No obstante, esta analogía reconocida en la doctrina española presenta limitaciones en el caso peruano. En primer lugar, a diferencia de los tratados, la costumbre internacional carece de un reconocimiento normativo expreso en el Derecho interno, lo que impide aplicarla directamente y atribuirle jerarquía normativa sin previo acto legislativo. En segundo lugar, en caso sí hubiera un reconocimiento de la costumbre internacional donde no se le otorgue un rango constitucional, el rango de la costumbre internacional dependería de la materia regulada, pues los tratados, según su materia, poseen rango constitucional si versan sobre Derechos Humanos, o rango legal, en caso no sea así.

Debe considerarse, además, la posibilidad de incorporar las normas internacionales consuetudinarias mediante disposiciones infraconstitucionales, como el caso de las leyes. Este método no requiere una reforma constitucional, y permite diversas formas de interacción entre la costumbre internacional y la legislación interna. Remiro et al. (2010) distinguen dos supuestos: cuando la ley se remite expresamente a normas del Derecho Internacional; y cuando incorpora materialmente una norma consuetudinaria (p. 397). En el primer caso, la ley opera como un canal de recepción para la norma internacional consuetudinaria; y en el segundo, sirve como un mecanismo de positivización de la norma de la costumbre internacional, que “congela” el contenido de la costumbre internacional en un momento determinado, generando un riesgo de una desincronización entre el Derecho interno y la naturaleza evolutiva de la costumbre internacional, a modo de una fotografía que detiene el movimiento.

En cambio, cuando una ley remite genéricamente a la costumbre internacional, el operador jurídico, sea un juez o funcionario de un ORA, se ve obligado a identificar y determinar el contenido de la norma internacional consuetudinaria, sin el respaldo de una directriz específica codificada en el ordenamiento jurídico

interno¹. Esto incide en el problema anteriormente expuesto: la exigencia de aplicar un criterio jurídico que excede los márgenes de Derechos internos como el peruano, regidos por un modelo formalista.

Finalmente, el problema más significativo de esta forma de incorporación radica en su jerarquía normativa. En caso de un conflicto con una norma constitucional o suprallegal, la disposición interna con rango legal que incorpora una norma internacional consuetudinaria no prevalecería en aplicación del principio de jerarquía normativa, lo que reduce significativamente su eficacia jurídica.

En síntesis, la aplicación de las normas consuetudinarias en el ámbito interno presenta tres desafíos principales: su identificación probatoria, su incorporación normativa y su ubicación jerárquica. Estos desafíos se evidencian en sistemas jurídicos como el peruano, donde el valor normativo está fuertemente asociado a la formalidad escrita y a la estructura jerárquica rígida de las fuentes. A continuación, se examinará cómo estas tensiones se manifiestan en el ordenamiento peruano.

1.2 El ordenamiento jurídico peruano y la incorporación del Derecho Internacional consuetudinario

1.2.1 La preeminencia de la norma escrita en el Derecho interno peruano y las limitaciones de la costumbre jurídica interna

El ordenamiento jurídico peruano se enmarca dentro de la tradición romano-germánica, caracterizada por la preeminencia de la legislación como fuente primaria del Derecho. Según Rubio (2011), los ordenamientos jurídicos de esta familia se distinguen por tres rasgos fundamentales: la primacía de las normas escritas; la subordinación de otras fuentes del Derecho a la legislación; y la función interpretativa atribuida a la doctrina frente a normas generales (p. 114).

En este contexto, es preciso definir qué se entiende por “legislación”. Para Rubio (2011), el término puede adoptar una doble acepción: por un lado, un conjunto de normas generales emitidas por órganos estatales competentes; y por otro,

¹ Ello en el supuesto de que no exista una norma interna que establezca la manera de interpretación y aplicación de las normas internacionales consuetudinarias en caso una norma interna se remita a esta. En el caso peruano, ello no existe al año 2025.

como el sistema formal y jerárquico de procedimientos a través del cual se crean válidamente dichas normas (p. 118).

El artículo 51° de la Constitución de 1993 establece la jerarquía normativa de las normas y reconoce que la publicidad de las normas jurídicas es “esencial” para su vigencia. Este énfasis en la formalidad en la producción centralizada de normas jurídicas (la Constitución, leyes, decretos, etc.) implica que otras fuentes jurídicas reconocidas internamente como la costumbre o la manifestación de voluntad ocupan un lugar residual y subordinado. Estas fuentes no escritas están, además, sujetas a limitaciones por *rationae personae*, *materiae*, *temporis* y *loci*, que restringen su aplicabilidad según el contexto en el que operan. A ello se suma el principio de legalidad, en su sentido administrativo general, que rige la actuación de la Administración Pública². En la práctica, esta sujeción a las normas de carácter escrito y al “derecho” refleja la sujeción predominante de la Constitución y las normas legales escritas. En ese sentido, los jueces y los ORA en materia tributario-aduanera están sujetos a un marco normativo cerrado, basado en la interpretación literal y sistemática de las normas escritas. Esta estructura impide que puedan invocarse normas internacionales consuetudinarias, salvo que exista una norma interna expresa que las reconozca, incorpore y jerarquice.

De manera ilustrativa, en lo que respecta a la costumbre jurídica reconocida a nivel interno, su recepción en el Derecho peruano es sumamente restringida. En su relación con la legislación, de acuerdo a Rubio (2011), el rol marginal de la costumbre jurídica interna se materializa en 3 casos: 1) cuando llena un vacío de la legislación; 2) cuando especifica y define de manera operativa la norma escrita; y 3) cuando contraviene la norma legislativa (p. 190). Centrándonos en los dos primeros casos, que sí son permitidos en el ordenamiento jurídico peruano, el rol de la costumbre jurídica interna se limita a complementar el rol de la norma escrita. Así, aunque el sistema legal peruano admite la existencia de la

² El Principio de Legalidad tiene un doble alcance: tributario y administrativo. En materia tributaria (art. 74 de la Constitución de 1993 y la Norma IV del T.U.O. del Código Tributario) implica que la creación, modificación y supresión de tributos, entre otras medidas solo se realizará mediante una Ley o Decreto Legislativo (en caso existir una delegación al Ejecutivo en esta materia. Por otro lado, en el ámbito administrativo general (art. IV.I.I de la Ley N° 27444 y el art. I de la Ley N° 29158, el accionar de la Administración Pública estará sujeto a la Constitución, las leyes y “el derecho”, dentro de sus competencias conferidas por estos y sus fines previstos.

costumbre interna como fuente de Derecho, lo hace de forma marginal y bajo estricta subordinación a la legislación escrita

Este marco jurídico explica las dificultades inherentes a la incorporación y aplicación de las normas consuetudinarias internacionales en un ordenamiento que privilegia de forma casi exclusiva la producción normativa centralizada a través de la vía legislativa. La preeminencia de la norma escrita y la marginalización de la costumbre evidencian unas barreras estructurales para que normas no escritas como las de origen internacional consuetudinario sean adecuadamente reconocidas y aplicadas dentro del ordenamiento jurídico peruano.

1.2.2 La incorporación de la costumbre internacional en el Derecho interno peruano

El marco constitucional peruano vigente presenta una omisión normativa relevante: la ausencia de un mecanismo explícito para la incorporación de las normas consuetudinarias del Derecho Internacional. A diferencia de lo que ocurre con los tratados en el Capítulo II, la Constitución peruana vigente no establece un procedimiento específico para la recepción de otras fuentes del Derecho internacional como la costumbre.

Esta omisión tiene implicancias prácticas significativas. En un ordenamiento jurídico marcado por el formalismo, como el peruano, la recepción de una norma no escrita, flexible y evolutiva como la costumbre internacional, genera resistencias tanto doctrinales como prácticas. A diferencia de la costumbre jurídica nacional, cuya aplicabilidad está limitada por la soberanía del Estado peruano, la costumbre internacional produce efectos jurídicos en base a la práctica generalizada de los Estados y la convicción de su obligatoriedad como Derecho, sin requerir necesariamente el consentimiento expreso del Estado obligado. Asimismo, puede surgir una obligación jurídica por la ausencia de una práctica estatal y la falta de oposición a la práctica seguida por otros Estados.

García-Corrochano (2023) señala que esta característica, la posibilidad de que la obligación internacional derive de la aquiescencia expresa o tácita genera reticencia dado que resulta problemático admitir la incorporación automática de

normas cuya obligatoriedad surge de la ausencia de una oposición oportuna (p. 50). Dicha vinculación por aquiescencia tácita es particularmente controvertida para un Estado como el peruano cuyo ordenamiento jurídico se construye sobre la base de actos jurídicos formales deliberados. Una omisión, originada por el desconocimiento e inacción estatal sostenida en el tiempo, podría ser el origen de normas jurídicas que reconozcan derechos a terceros Estados. Ello evidentemente es un discurso controvertido a nivel interno considerando la postura del ordenamiento jurídico peruano frente a las normas escritas.

Dado que no existe una disposición constitucional expresa que regule la incorporación de la costumbre internacional, podría sostenerse que el ordenamiento jurídico peruano adopta una postura tácita mayoritaria de rechazo hacia estas normas³. Sin embargo, tal postura carecería de un sustento normativo a la luz del principio de primacía del Derecho Internacional, según el cual los Estados no pueden invocar disposiciones de su Derecho interno para justificar el incumplimiento de sus obligaciones internacionales.

El problema evidente de este incumplimiento de normas internacionales consuetudinarias es el incurrimento de responsabilidad internacional por parte del Estado peruano. Si bien es controvertida la determinación de la existencia de una norma consuetudinaria, como se desarrolló previamente, en caso esta ya hubiera quedado reconocida como tal, lo correspondiente sería la aplicabilidad de dicha norma. Para el Perú, existe un reconocimiento expreso de la obligatoriedad de diversas normas consuetudinarias que versan sobre los espacios marinos que estarían contenidos en el dominio marítimo peruano.

En el marco de la Controversia sobre la delimitación marítima entre Perú y Chile, el Agente del Estado peruano afirmó durante la fase de los alegatos orales del día 3 de diciembre de 2012 que el Perú acepta y aplica las normas del Derecho

³ Nota del autor: Se deja constancia que en contados casos existen referencias implícitas a la costumbre internacional en normas de rango legal. Por ejemplo, en el artículo 1 de la Ley N° 30339, Ley de Control, Vigilancia y Defensa del Espacio Aéreo Nacional, se establece que las normas y principios de esta ley serán entendidos “de conformidad con la Constitución Política del Perú, de la legislación nacional, los tratados de los que el Perú es parte y **otras normas de derecho internacional sobre la materia que puedan ser de aplicación al Estado peruano**” (el resaltado es nuestro). Esta referencia, abierta a una interpretación que nos permite incluir a las fuentes del Derecho Internacional de carácter no convencional, presenta en la práctica el problema anteriormente descrito en el punto I.1, ya que no cuenta con un procedimiento expreso para su debida aplicación por parte de los jueces y ORA.

Internacional consuetudinaria relativas al mar que se encuentran reflejadas en la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982⁴. “La Constitución peruana de 1993, su legislación interna y la práctica del Perú se encuentran en total conformidad con el Derecho del mar contemporáneo” (Ministerio de Relaciones Exteriores, 2014, p. 24). Además, el Agente señaló que existe una relación estrecha entre la figura del dominio marítimo presente en el Derecho interno peruano con el referido tratado adoptado en 1982. “El término “dominio marítimo” que utiliza nuestra Constitución es aplicado de manera consistente con las zonas marítimas establecidas en la Convención de 1982; y la Constitución se refiere expresamente a la libertad de comunicación internacional” (Ministerio de Relaciones Exteriores, 2014, p. 24)⁵.

Este reconocimiento expreso, dentro del ámbito específico del Derecho del mar, permite aseverar que las normas consuetudinarias relativas a los espacios marinos ubicados dentro del espectro de la soberanía plena o limitada del Estado ribereño aplicarían dentro del dominio marítimo. Sin embargo, la ausencia de un acto legislativo posterior que profundice el alcance de la correspondiente división de espacios marinos deja pendiente hasta la actualidad el problema de una correcta diferenciación de dichos espacios para el Perú. En ese sentido, la falta de una regulación interna clara que permita segmentar y delimitar la extensión de cada zona marina genera un problema práctico al momento de evaluar cómo deben aplicarse los derechos de soberanía y jurisdicción dentro del dominio marítimo.

Esta problemática resulta particularmente relevante para el análisis que se desarrollará en la sección siguiente. Antes de abordar el estudio del caso concreto, es necesario examinar la evolución histórico-jurídica de la figura del dominio marítimo en el Perú, a fin de comprender los alcances reales de su configuración actual y su interacción con las normas consuetudinarias del Derecho del mar.

⁴ Tratado conocido coloquialmente como CONVEMAR o UNCLOS (de acuerdo a sus siglas en inglés).

⁵ Respecto de este punto, la Corte Internacional de Justicia (2014), en la sentencia sobre la Controversia sobre Delimitación Marítima entre Perú y Chile, en el párrafo 178 reconoció que la declaración del Agente del Perú constituía un compromiso formal asumido por el Estado peruano.

1.3 El dominio marítimo peruano: evolución histórica-normativa

El término “dominio marítimo” ingresó al ordenamiento jurídico peruano en el año 1947 mediante el Decreto Supremo N° 781, una norma pionera a nivel regional donde el Perú proyectaba su control fuera del margen del mar territorial clásico. La emisión de este decreto se inscribe dentro del contexto posterior al fin de la Segunda Guerra Mundial, cuando diversos Estados americanos comenzaron a reivindicar control sobre los recursos marinos fuera del binomio clásico de mar territorial y alta mar en una época de progresiva industrialización en materia extractiva. De acuerdo a Treves (2015), las primeras proclamaciones fueron percibidas como una apertura a la extensión del control de los Estados ribereños sobre los recursos más allá del mar territorial, proclamando derechos sobre la plataforma continental y proyectando también su control sobre el mar suprayacente (p. 11).

Este proceso continuó con la Declaración sobre Zona Marítima, también conocida como la Declaración de Santiago, donde Chile, Ecuador y Perú manifestaron su interés por ejercer soberanía y jurisdicción en aras de la conservación, protección y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales. Este tratado estableció que dicho control estatal se extendería a la columna de agua, el lecho y subsuelo, con el objetivo de evitar una explotación que comprometa la subsistencia y el desarrollo económico de sus poblaciones.

En el plano constitucional, la figura del dominio marítimo fue consagrada en el rango constitucional en la Constitución para la República del Perú de 1979. Los artículos 97 al 98 reconocieron este espacio como “inviolable “y parte del territorio nacional, estableciendo que el Estado peruano ejercía soberanía y jurisdicción sobre la columna de agua, lecho y subsuelo hasta las 200 millas marinas, sin perjuicio de las libertades de comunicación internacional y conforme a “la ley y los convenios internacionales ratificados”. Esta formulación se mantuvo de manera casi idéntica en el artículo 54° de la Constitución de 1993, el cual mantiene la extensión y características del dominio marítimo, pero introduce la noción de su carácter “inalienable”.

En cuanto al alcance de la soberanía y jurisdicción, el Decreto Supremo N° 781 plantea que estas competencias no serían plenas, sino limitadas a los fines

específicos de este instrumento como la conservación y explotación de los recursos naturales. “(S)e trataba de soberanía y jurisdicción nacionales para determinados fines. Es decir, no para la totalidad de competencias estatales” (Moscoso, 2023, p. 118).

Sin embargo, el concepto de las libertades de comunicación internacional resulta un punto especialmente problemático, tanto por su ambigüedad como por la ausencia de un desarrollo normativo específico a nivel interno. A diferencia de otros términos jurídicos consolidados en el Derecho del Mar contemporáneo, esta expresión no cuenta, *prima facie*, con un equivalente técnico preciso en la CONVEMAR ni en otra norma internacional pertinente que permita una homologación precisa.

En este marco, resulta pertinente el Proyecto de Ley 03608/2013-PE, el cual intentó desarrollar legislativamente este concepto de las libertades de comunicación internacional. En su artículo 2°, el Proyecto identificaba estas libertades con los derechos de navegación, sobrevuelo, y tendido de cables y tuberías submarinos. Además, en sus artículos 6° y 7° proponía un tratamiento tributario especial para las operaciones vinculadas al uso y cesión de estos bienes, reconociendo inafectaciones en el Impuesto General a las Ventas, Impuesto Selectivo al Consumo e Impuesto a la Renta en determinadas circunstancias. Si bien este Proyecto no llegó a ser aprobado en el Congreso de la República, refleja la necesidad de precisar expresamente el alcance de esta limitación constitucional para armonizar el principio de legalidad y publicidad de las normas del Derecho interno y la libertad de tendido de cables y tuberías submarinos del Derecho Internacional.

En síntesis, el dominio marítimo es una figura reconocida en el ordenamiento peruano que contiene espacios no definidos donde se ejerce soberanía plena o limitada; y que se encuentra constreñida por una limitación constitucional, las libertades de comunicación internacional, cuyo contenido jurídico permanece indeterminado. Esta falta de desarrollo normativo genera un espacio de incertidumbre sobre el verdadero alcance del control estatal en el dominio marítimo y evidencia la tensión en el terreno de la práctica entre el Derecho interno y las normas consuetudinarias del Derecho Internacional. Como se desarrollará en la segunda parte, el carácter no escrito de la costumbre

internacional encuentra una resistencia particular en el ámbito del Derecho administrativo y tributario-aduanero, debido al principio de publicidad y las exigencias de legalidad formal a la que están sujetos los órganos resolutivos administrativos. Esta tensión evidencia una laguna jurídica desde una perspectiva operativa, a partir de un caso que pone en cuestión el contenido y alcance de dichas libertades.

2. Antecedentes y contexto del surgimiento de la controversia tributario-aduanera entre EMERGIA S.A. y la Superintendencia Nacional de Aduanas

2.1. El rol de los ORA en la aplicación del Derecho Internacional

Como se expuso en la sección anterior, el ordenamiento jurídico peruano se caracteriza por privilegiar a las normas escritas. En esta sección, se examina cómo dicha característica estructural se refleja en la aplicación de los principios de legalidad y publicidad por parte de los ORA y cómo, en virtud de estos principios, la costumbre internacional enfrenta serias dificultades prácticas para su aplicación directa, dada la inexistencia de una cláusula constitucional que reconozca expresamente esta fuente del Derecho Internacional.

Este marco institucional restringido en lo respectivo a la costumbre internacional resulta determinante para comprender la controversia surgida en el caso EMERGIA, en la que el razonamiento de los ORA evidencia las limitaciones estructurales del sistema jurídico peruano frente a las normas de la costumbre internacional.

La creación de los ORA responde a un proceso iniciado en el siglo pasado donde la expansión de las funciones del Estado exigió la creación de órganos administrativos especializados para resolver controversias complejas de carácter técnico dentro de la competencia del Poder Ejecutivo. “(...) (S)e permite que la administración pública resuelva la mayoría de los asuntos que caen dentro de su potestad ejecutiva y para los cuales, en consecuencia, tiene competencia de acción y resolución” (Rubio, 2011, p. 171).

En materia tributario-aduanera, los ORA competentes son la Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria (SUNAT) y el Tribunal Fiscal (TF). Durante la época de los hechos analizados, la entidad competente en

primera instancia era la Superintendencia Nacional de Aduanas⁶ (SUNAD o ADUANAS). En ese entonces, el Texto Único Ordenado (T.U.O.) del Código Tributario, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 135-99-EF⁷, establecía en su artículo 124 las etapas del procedimiento contencioso-tributario, reconociendo, en primer lugar, la interposición de una reclamación ante la Administración Tributaria y, posteriormente, la apelación ante el TF como última instancia administrativa.

En la Norma III del citado T.U.O. se enumeran las fuentes del Derecho Tributario, entre las cuales destacan la Constitución, los tratados ratificados, las leyes, los decretos supremos, entre otros, sin incluir referencia alguna a fuentes no escritas como la costumbre internacional o la costumbre jurídica nacional. Por su parte, en la Norma IV se consagra el principio de legalidad no conforme al cual solo mediante una ley o decreto legislativo (en caso de una delegación de facultades al Poder Ejecutivo) pueden establecerse exoneraciones o beneficios tributarios. Esta omisión se mantiene en el T.U.O. actualmente vigente, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 133-2013-EF, lo que revela una continuidad sistemática en la exclusión de fuentes no escritas en materia tributaria y aduanera.

Dicha estructura normativa se alinea con el artículo 74 de la Constitución de 1993, que establece el principio de legalidad en materia tributaria. Sin embargo, surge la interrogante de cómo se compagina este principio con el Derecho Internacional. En efecto, el artículo 56 de la Constitución de 1993 dispone que los tratados que creen, modifiquen o supriman tributos deben ser aprobado por el Congreso de la República antes de la manifestación del consentimiento del Estado peruano. Al no existir una norma semejante para la costumbre internacional, incluso para las normas internacionales consuetudinarias que puedan incidir indirectamente en materias tributarias, su operatividad en el ordenamiento jurídico interno resulta incierta. Esta configuración presente en el ordenamiento jurídico peruano, como se apreciará en el caso EMERGIA, condiciona las decisiones administrativas cuando un conflicto involucra normas internacionales no escritas.

⁶ Mediante el Decreto Supremo N° 061-2002-PCM, ADUANAS fue absorbida por la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria, también conocida como SUNAT.

⁷ Instrumento derogado mediante el Decreto Supremo N° 133-2013-EF, actualmente en vigor.

Los ORA en materia tributario-aduanera, limitados por los principios de legalidad y publicidad de las normas, carecen de competencia para aplicar directamente normas internacionales consuetudinarias que entren en conflicto con disposiciones del Derecho interno. La aplicación de una norma internacional consuetudinaria ante la ausencia de una cláusula constitucional que reconozca, implemente y otorgue jerarquía a esta fuente del Derecho Internacional implicaría una vulneración al principio de separación de poderes. Seneviratne & Thilakarathna (2021) advierten que la aplicación por parte de los jueces de normas consuetudinarias sin respaldo constitucional puede implicar una adjudicación de competencias legislativas, vulnerando el principio de separación de poderes y creando precedentes perjudiciales en el ordenamiento jurídico nacional (pp. 6-7). De esta manera, el Poder Judicial, y en el caso de los ORA, el Poder Ejecutivo, estaría ejerciendo una potestad propia del Poder Legislativo y, de esta manera, creando un escenario de inseguridad jurídica debido a que se estaría aplicando directamente una norma no reconocida como vinculante para el Estado peruano ante la ausencia de una cláusula constitucional que reconozca, incorpore y/o jerarquice a la costumbre internacional.

Así, se evidencia una paradoja para la actuación de los ORA: inaplicar la norma interna y contravenir el Derecho Internacional; o aplicar una norma de Derecho Internacional y vulnerar el Derecho interno. Este dilema se proyecta con particular nitidez en la ausencia de regulación sobre la instalación de cables submarinos en el ordenamiento jurídico peruano, materia que será desarrollada en la siguiente sección.

2.2 La ausencia de regulación sobre la instalación de cables submarinos en el dominio marítimo

Desde la proclamación del dominio marítimo mediante el Decreto Supremo N° 781 de 1947 y su posterior inserción en el rango constitucional en las Constituciones de 1979 y 1993, el Estado peruano ha establecido su soberanía y jurisdicción sobre las 200 millas marinas adyacentes a sus costas. Sin embargo, pese a esta postura histórica, no se ha desarrollado un marco normativo que regule con claridad las actividades permitidas en dicho espacio, entre ellas, la instalación de cables submarinos internacionales.

En el plano constitucional, las Constituciones de 1979 y 1993 incorporan la figura del dominio marítimo, en términos generales, pero omiten precisar su contenido operativo en respecto de las libertades de comunicación internacional. Esta laguna normativa se tornó particularmente evidente a fines del siglo XX, cuando se intensificó la demanda por una mayor interconexión global y comenzaron a instalarse cables de fibra óptica frente a las costas peruanas.

De acuerdo a Obregón (2020), el cable submarino Panamericano [PAN-AM] (1999), cuya infraestructura de más de 7000 kilómetros aterrizó en Lurín, seguido del South American Crossing (2000) y el SAm-1 (2001), consolidaron al Perú como un enclave estratégico en la interconexión digital del Pacífico (parr. 6-7). No obstante, dichas instalaciones se desarrollaron sin que existiera una legislación específica que regulara su ingreso, instalación o tratamiento tributario, más allá de las disposiciones generales de la Ley General de Aduanas.

Recién en el año 2014 se presentó el Proyecto de Ley 03608-2013-PE, que intentó establecer un régimen legal para la instalación y tributación de cables submarinos de telecomunicaciones, sin llegar a aprobarse. Hasta la actualidad, el tratamiento legal de los cables submarinos se limita a su categorización como mercancías sujetas al régimen de importación para el consumo previsto en la Ley General de Aduanas. Esta interpretación de carácter “reduccionista” ignora la naturaleza particular de estos bienes y omite las normas internacionales consuetudinarias del Derecho del mar contemporáneo, reflejadas en la CONVEMAR, que reconocen la libertad de instalación de cables submarinos dentro de la zona económica exclusiva⁸ y plataforma continental⁹, bajo las condiciones razonables que el Estado ribereño pueda establecer.

Esta ausencia de regulación específica, junto con la aplicación literal de normas tributarias generales, generó tensiones normativas significativas, como la suscitada entre EMERGIA S.A. y ADUANAS, que será abordada en la siguiente sección.

⁸ Artículo 58. Derechos y deberes de otros Estados en la zona económica exclusiva. Inciso 1. (CONVEMAR)

⁹ Artículo 79. Cables y tuberías submarinos en la plataforma continental (CONVEMAR)

2.3 La libertad de colocación de cables submarinos como norma consuetudinaria vinculante para el Perú

Dentro del Derecho del mar contemporáneo resulta necesario distinguir entre las fuentes de origen convencional y consuetudinario. En el ámbito convencional, la CONVEMAR es un instrumento de aceptación casi universal que codifica gran parte de la costumbre internacional en la materia¹⁰.

Dentro de las normas contenidas en la CONVEMAR, el régimen aplicable al tendido de cables submarinos varía según cada zona marina. En los espacios donde el Estado ribereño ejerce jurisdicción plena, como el mar territorial y las aguas interiores, el Estado conserva la potestad exclusiva sobre la instalación, operación y retiro de cables submarinos. En consecuencia, puede autorizar o denegar tales actividades, así como gravarlas discrecionalmente. En cambio, en los espacios donde la jurisdicción del Estado ribereño es limitada, como la zona económica exclusiva y plataforma continental, prevalece la libertad del tendido de cables submarinos reconocida expresamente en los artículos 58 y 79 de la CONVEMAR. Esta libertad deriva de la naturaleza funcional de cada espacio marino, pues el control estatal está restringido a determinadas materias económicas, de protección ambiental, etc.

En los espacios situados fuera de la jurisdicción nacional, como la alta mar, el artículo 87 de la CONVEMAR reafirma dicha libertad de tendido de cables. De este modo, el régimen de los cables submarinos se inserta en la estructura funcional del Derecho del mar contemporáneo, que distingue espacios marinos con distintos grados de jurisdicción y las libertades internacionales.

En el contexto peruano, la figura del dominio marítimo presenta una naturaleza jurídica excepcional. Aceptando la premisa de la conformidad del ordenamiento jurídico peruano con la costumbre internacional, en vista de la declaración del Agente peruano anteriormente referenciada, el dominio marítimo comprende las zonas previstas en la CONVEMAR. La coexistencia de estas zonas marinas, sin

¹⁰ Hasta la fecha, la CONVEMAR cuenta con 171 Estados parte. Véase en: <https://www.itlos.org/en/main/the-tribunal/states-parties/>

delimitación expresa, genera una ambigüedad operativa respecto de la extensión de los derechos de soberanía y jurisdicción y las libertades internacionales.

No obstante, debe considerarse que, conforme al Derecho del mar contemporáneo, la plataforma continental existe *ipso facto* y *ab initio*, es decir, que no requiere una declaración formal del Estado ribereño¹¹. Por otro lado, la zona económica exclusiva sí requiere una proclamación expresa¹². Así, incluso si el Perú no hubiera declarado una zona económica exclusiva conforme a los términos previstos en la CONVEMAR, la plataforma continental peruana sí existe en el plano jurídico. En ese espacio, los derechos del Perú se limitan a la exploración y explotación de los recursos naturales, coexistiendo con las libertades de los terceros Estados como la del tendido de cables submarinos. Sería incongruente con el Derecho Internacional afirmar la existencia de una plataforma continental sin reconocer sobre este espacio marítimo los derechos y obligaciones aplicables en esta¹³.

Por lo tanto, conforme al Derecho del mar contemporáneo, la libertad de instalación de cables submarinos en la plataforma continental constituye una norma consuetudinaria vinculante para el Perú. Considerar que existe una plataforma continental donde no aplique la limitación del ejercicio de la soberanía y jurisdicción del Estado ribereño sería una desnaturalización de este espacio marino, contrario al Derecho Internacional. En consecuencia, a pesar de la no ratificación de la CONVEMAR, el Perú se encuentra obligado a garantizar dicha libertad en virtud de la costumbre internacional, y, por ende, el tratamiento aduanero otorgado a los cables submarinos por parte de las autoridades peruanas no debería desconocer la existencia de esta libertad reconocida en el Derecho Internacional.

¹¹ En el caso Plataforma Continental del Mar del Norte, la Corte Internacional de Justicia (1969) reconoció, en el párrafo 19, que la plataforma continental constituye una extensión del territorio donde, en virtud de su soberanía territorial, el Estado ribereño puede ejercer derechos de soberanía de manera inherente.

¹² Conforme al artículo 75 de la CONVEMAR, el Estado ribereño debe definir los límites exteriores de la zona económica exclusiva, darle "debida publicidad" a esta información y depositar un ejemplar de cada una ante el Secretario General de las Naciones Unidas.

¹³ Asimismo, contribuye a este argumento lo reconocido en el caso Plataforma del Mar del Norte, donde la Corte Internacional de Justicia (1969) señaló, en el párrafo 65, que la obligación de no impedir la instalación o mantenimiento de cables submarinos está reconocida como una norma consuetudinaria general, ello en vista los principios y normas generales del Derecho marítimo

No obstante, reiterando el problema previamente referido sobre la ausencia de una segmentación del dominio marítimo, existe una evidente barrera en el plano operativo para la correcta aplicación de esta libertad que se mantiene en la actualidad ante la falta de un necesario desarrollo normativo a nivel interno. A través del caso EMERGIA podremos ejemplificar cómo todos los elementos anteriormente descritos se coadyuvan para sostener una postura de no reconocimiento de la existencia de la costumbre internacional.

2.4 El caso EMERGIA S.A.: la omisión de la costumbre internacional en sede administrativa

La controversia entre EMERGIA S.A. y ADUANAS no constituye únicamente un conflicto tributario-aduanero, revela de una manera bastante evidente y nítida las limitaciones estructurales del ordenamiento jurídico peruano para aplicar normas de la costumbre internacional en sede administrativa.

La actuación de ADUANAS desde el inicio se basó en una premisa institucional: la potestad aduanera se extendía a todo el espacio de 200 millas marinas del dominio marítimo, sin distinción o restricción alguna. Esta premisa no derivaba de una evaluación jurídica del alcance del artículo 54 de la Constitución de 1993, sino de una aplicación formalista de dicho artículo en consonancia con la Ley General de Aduanas, según la cual el dominio marítimo se subsume al “territorio aduanero”. De esta manera, ante el Derecho Internacional, la autoridad administrativa prescindió del proceso de evolución histórico iniciado en 1947 con el Decreto Supremo N° 781.

Frente a este razonamiento reduccionista, EMERGIA planteó argumentos basados en el Derecho del mar contemporáneo, el Decreto Supremo N° 781, la Declaración de Santiago de 1952, y se refirió expresamente a la costumbre internacional. Sin embargo, los ORA descartaron cualquier análisis basado en normas internacionales, remitiéndose al hecho de que Perú no era parte de la CONVEMAR. Esta afirmación, precisa y correcta, resultó al final incorrecta, pues ignoró que la controversia no versaba sobre la aplicabilidad de un tratado, sino de la aplicabilidad de una norma consuetudinaria codificada en dicho instrumento.

El TF, al confirmar la decisión de ADUANAS, consolidó un enfoque estrictamente basado en el Derecho interno, que redujo el análisis jurídico a un silogismo: el dominio marítimo es parte del territorio nacional; el territorio nacional es el territorio aduanero; el dominio marítimo es parte del territorio aduanero.

Este argumento, coherente para el Derecho interno, ignoró la existencia de espacios marinos que no constituyen parte del territorio nacional y la naturaleza funcional del dominio marítimo. El TF se limitó a calificar el ingreso del cableado submarino como una importación. Con este enfoque hermético frente al Derecho Internacional, privilegió el marco normativo interno a pesar de generar una contradicción en la esfera internacional.

El caso EMERGIA no representa un episodio aislado, sino que es un ejemplo del modo en cómo los ORA actúan conforme a una lógica formalista centrada en la primacía de la norma escrita interna y la exclusión de las normas internacionales no incorporadas. Esta lógica jurídica explica, de manera general, por qué una norma internacional consuetudinaria pudo ser jurídicamente irrelevante para la autoridad administrativa encargada de impartir justicia.

2.5 Consecuencias de la omisión: inseguridad jurídica y responsabilidad internacional

La RTF analizada evidencia una omisión sustantiva respecto de las normas internacionales aplicables al caso. En primer lugar, no se consideró a la Declaración de Santiago de 1952, un tratado ratificado por el Perú que reconoce la finalidad económica del ejercicio de la soberanía y jurisdicción dentro de las 200 millas marinas. En segundo lugar, tampoco se evaluó la costumbre internacional relativa al régimen jurídico de los espacios marinos y a las libertades del tendido de cables submarinos que aplicarían dentro del dominio marítimo.

Respecto de la Declaración de Santiago de 1952, el TF está omite aplicar un tratado en vigor para el Estado peruano. Al prescindir de su aplicación, el TF desconoció una norma convencional que precisa el alcance funcional del dominio marítimo y que, en virtud de los principios de pacta sunt servanda y de primacía del Derecho Internacional (artículo 26 y 27 de la Convención de Viena

sobre el Derecho de los Tratados, o CVDT), debió integrarse en el razonamiento jurídico de la Resolución. En consecuencia, el TF debió evaluar que el dominio marítimo no equivale al mar territorial, sino que constituye una zona donde se ejerce una jurisdicción limitada a fines económicos específicos, lo que restringe la posibilidad de extender la potestad tributaria a todo el dominio marítimo.

No obstante, debe considerarse en este análisis la connotación controvertida que tuvo la Declaración de Santiago de 1952, pues inicialmente se debatió su naturaleza jurídica o meramente política. Según lo recogido por el Ministerio de Relaciones Exteriores (2015), el Perú sostuvo que la Declaración de Santiago de 1952 no fue inicialmente un tratado, sino una declaración que adquirió tal estatus al ser ratificada por los signatarios y registrada ante la Secretaría de la Naciones Unidas en 1976 (p. 57). En virtud de ello, el TF no podía limitarse a una interpretación estrictamente literal de la Constitución y la Ley General de Aduanas, sino que debía armonizar su razonamiento jurídico con el contenido de dicho tratado, conforme a lo dispuesto por el artículo 31 de la CVDT, interpretándolo de buena fe y atendido a su contexto histórico. De esta manera, en vista de la época formativa para el Derecho de la mar previa a la institucionalización de la zona económica exclusiva, y no siendo posible extender un reconocimiento a la libertad del tendido de cables submarinos respecto del “paso inocente e inofensivo, a través de la zona señalada, para las naves de todas las naciones”, sí consideramos que este tratado pudo contribuir a esclarecer el alcance de la soberanía y jurisdicción en el dominio marítimo.

Por otra parte, la ausencia de una cláusula constitucional que reconozca, implemente y otorgue jerarquía de manera expresa a la costumbre internacional genera un obstáculo estructural para su utilización por parte de los ORA y del propio Poder Judicial. En el caso analizado, el TF basó su razonamiento en una norma tributaria de carácter general que dispone una aplicación irrestricta de la potestad aduanera sobre las 200 millas marinas del dominio marítimo. De esta forma, la eventual aplicación de una norma consuetudinaria que contraviniera la legislación interna podría ser interpretada como una intromisión en la función legislativa, en contravención del principio de separación de poderes.

Bajo esta lógica, el TF actuó dentro del marco formal de la legalidad interna, pero a costa de invisibilizar la costumbre internacional y de contribuir a un escenario

de inseguridad jurídica al tener que desconocer normas internacionales vinculantes al Estado peruano. Esta omisión refleja una debilidad estructural del ordenamiento jurídico peruano, en el cual la costumbre internacional carece de mecanismos normativos establecidos para su recepción. En tanto no exista una disposición constitucional que supla esta laguna, ya sea reconociendo la costumbre internacional como una fuente del Derecho, el problema persistirá. En este sentido, la posición adoptada por el TF constituye una infracción de normas consuetudinarias, incluso cuando la omisión pueda justificarse internamente por la falta de una cláusula de recepción.

3. La persistencia del problema y alternativas para la integración de la costumbre internacional en el ordenamiento jurídico peruano

3.1 El respaldo del Tribunal Constitucional de la postura administrativa en materia tributario-aduanera a la inaplicación de la costumbre internacional

La Resolución del Tribunal Fiscal N° 8615-A-2001 fue posteriormente impugnada mediante una acción de amparo, que recayó en el Exp. N° 2689-2004-AA-TC, y que permitió al Tribunal Constitucional (TC) pronunciarse sobre la controversia. Sin embargo, manteniendo la línea planteada por los ORA, el TC consolidó dicha postura formalista coherente con un razonamiento ceñido al Derecho interno. De esta manera, el TC omitió examinar la aplicabilidad de la costumbre internacional en su sentencia.

El TC no abordó la figura del dominio marítimo *per se* ni de su compatibilidad con las normas internacionales consuetudinarias relativas al Derecho del mar, limitándose a examinar el alcance de las libertades de comunicación internacional y su relación con la exoneración o inafectación tributarias alegada por la empresa EMERGIA. Para el TC, estas libertades no constituyen derechos fundamentales exigibles por personas naturales o jurídicas, sino instituciones del Derecho Internacional Público. Esta afirmación se basa en una referencia al caso *Canal de Corfú* del año 1949¹⁴ y en una lectura parcial de la CONVEMAR

¹⁴ El TC hace una referencia expresa al criterio asumido por la Corte Internacional de Justicia en el caso del Canal de Corfú (Reino Unido c. Albania), aunque no precisa en qué extremo versa dicha referencia ni los párrafos correspondientes.

Partiendo de una revisión de la CONVEMAR, el Tribunal identificó tres aristas de las libertades de comunicación internacionales: el paso inocente; la libertad de navegación; y la libertad de los mares. Sin embargo, su razonamiento incurre en una confusión conceptual al tomar como referencia al artículo 21.h) de la CONVEMAR, que versa sobre el mar territorial, para justificar su postura de que dichas libertades no son absolutas “ni siquiera en Estados que han ratificado la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar” y que el Estado peruano puede imponer restricciones tributario-aduaneras dentro de las 200 millas marinas. Este razonamiento implicaría una equiparación tácita entre el dominio marítimo y el mar territorial, contradiciendo la postura sostenida históricamente por el Ministerio de Relaciones Exteriores y por el magistrado Landa Arroyo en su voto concurrente.

Landa Arroyo reconoció que la naturaleza del dominio marítimo difiere de la del mar territorial, y que su existencia debía entenderse de manera armónica con el Derecho Internacional consuetudinario. No obstante, sostuvo que al no haber el Perú ratificado la CONVEMAR, esta carecía de efectos vinculantes y solo constituía *soft law*. De esta manera, omitió pronunciarse sobre las normas internacionales consuetudinarias contenidas en las disposiciones de este tratado.

Finalmente, el TC reafirmó la potestad tributaria del Estado peruano para gravar las operaciones aduaneras en la totalidad del dominio marítimo, al no existir una norma expresa que establezca dicha inafectación o exoneración. Este razonamiento, jurídicamente coherente desde la perspectiva del Derecho interno, pone en evidencia el problema de la incapacidad de los órganos jurisdiccionales y resolutivos administrativos para aplicar directamente normas de la costumbre internacional. En consecuencia, el TC mantuvo una postura “cerrada” ante el Derecho Internacional, y reafirmó el sesgo formalista del ordenamiento jurídico peruano al reconocer que el Estado peruano puede ejercer una manifestación de la jurisdicción plena del Estado ribereño como el gravado de tributos en la totalidad del dominio marítimo.

Esta sentencia permitió resolver la controversia concreta entre EMERGIA y la Administración aduanera, pero no abordó el problema estructural subyacente: la ausencia de un mecanismo claro para el reconocimiento, incorporación y

jerarquización de las normas internacionales consuetudinarias dentro del ordenamiento jurídico peruano. Esta omisión no resuelta dejó intacta la incertidumbre respecto de cómo los ORA, y los órganos jurisdiccionales, podrían aplicar dichas normas en sus respectivos ámbitos de competencia.

Esta problemática resurgió años después, cuando en el 2018 la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (SUNAT) emitió el informe N° 257-2018-SUNAT/340000, y se pronunció sobre el cobro de derechos arancelarios y otros tributos vinculados a la importación de cables de fibra óptica destinados a ser tendidos dentro del dominio marítimo.

3.2 El informe N° 257-2018-SUNAT/340000 y la posición de la Administración aduanera luego del fallo de la Corte Internacional de Justicia sobre la Controversia sobre delimitación marítima (Perú c. Chile)

En el año 2018, la SUNAT emitió un informe en respuesta a diversas consultas sobre el cobro de derechos arancelarios y demás tributos aplicables a la importación de cables de fibra óptica que serían tendidos dentro de las 200 millas marinas del dominio marítimo. Este documento resulta particularmente relevante porque permite observar la postura institucional de la Administración tributario-aduanera cuatro años después de la emisión de la sentencia de la Corte Internacional de Justicia sobre el caso Controversia sobre delimitación marítima (Perú c. Chile).

Resulta particularmente importante el marco normativo citado por la SUNAT como la base legal de su pronunciamiento: la Constitución Política del Perú de 1993, la CONVEMAR, y el Decreto Legislativo N° 1053, Ley General de Aduanas (en adelante, LGA). De las interrogantes formuladas en el referido informe, destaca la primera por coincidir con uno de los principales argumentos esgrimidos por EMERGIA¹⁵: ¿Corresponde el pago de los derechos arancelarios y demás tributos aplicables a la importación del cableado submarino que será tendido únicamente en las 12 millas marinas del dominio marítimo, que

¹⁵ Nota del autor: nos centraremos solamente en esta primera pregunta, pues la segunda no resulta pertinente para el presente análisis.

corresponderían al mar territorial; o por toda la extensión de las 200 millas marinas?

SUNAT inicia su análisis a partir del artículo 54 de la Constitución de 1993, destacando que el Perú no ha ratificado la CONVEMAR. En base a ello, considera que la existencia de espacios diferenciados donde se ejercen una jurisdicción plena y una jurisdicción limitada a ciertas finalidades específicas no resulta aplicable para el ordenamiento jurídico peruano por contradecir el contenido del artículo 54 de la Constitución de 1993 y pretender recortar “la extensión del mar territorial sobre el que el Estado ejerce soberanía absoluta”. En consecuencia, la SUNAT sostiene en el presente informe del año 2018 que el dominio marítimo equivaldría a un mar territorial de 200 millas, sobre el cual el Perú ejerce una jurisdicción plena.

No obstante, el informe adiciona una referencia al contexto internacional posterior a la emisión de la sentencia del caso Perú c. Chile del año 2014. En este punto, la SUNAT reconoce que el Agente del Estado peruano, en el marco de dicha controversia, manifestó que el dominio marítimo es conforme con las disposiciones de la CONVEMAR. Sin embargo, al ser consultada sobre la relación entre esta declaración por parte del Estado peruano y un tratamiento tributario diferenciado limitado a las primeras 12 millas marinas del dominio marítimo, la SUNAT sostuvo que una interpretación que verse sobre la relación entre el artículo 54 de la Constitución de 1993 y la CONVEMAR excede del marco de sus competencias. De esta manera, puede considerarse que SUNAT traslada implícitamente la responsabilidad de pronunciarse sobre la aplicación de la costumbre internacional a otras instancias del Estado peruano, aunque sin identificarse cuál sería el órgano idóneo: para dicha actividad y si correspondería al Poder Judicial, al Poder Ejecutivo o al Poder Legislativo.

A pesar de indicar la existencia de una limitación en su competencia, la SUNAT formula una respuesta basada en la Constitución y la normativa aduanera. Así, partiendo del artículo 2 de la LGA, sostiene que el territorio aduanero coincide con el territorio nacional, el cual comprende a su vez al “espacio acuático”. Con ello, remitiéndose al artículo 54 de la Constitución de 1993, concluye que el dominio marítimo forma parte del territorio nacional. De esta manera, dado que el Perú no ha ratificado, o adherido, a la CONVEMAR, la SUNAT concluye que

el ingreso de los cables de fibra óptica debe ser gravado en su totalidad, por tratarse de mercancías que ingresan al territorio aduanero.

SUNAT fundamenta su posición en Resoluciones del TF y en la sentencia del TC previamente comentadas, y cita, además, fuentes institucionales no normativas como un comunicado publicado en el portal web del Ministerio de la Producción y un tweet del Ministerio de Relaciones Exteriores como respaldo de un presunto consenso interinstitucional.

De este razonamiento es posible extraerse dos conclusiones principales: 1) SUNAT no reconoce a la costumbre internacional como una fuente aplicable al dominio marítimo, al estimar que su determinación excede el ámbito material de sus competencias; y 2) SUNAT interpreta de manera literal y restrictiva el artículo 54 de la Constitución de 1993 al reconocer solamente a los tratados y excluyendo a otras fuentes del Derecho Internacional.

Esta postura de SUNAT evidencia la persistente dificultad del ordenamiento jurídico peruano para incorporar normas internacionales no convencionales, cuya naturaleza dinámica y no escrita contrasta con la formalidad prevalente en el ordenamiento jurídico peruano. Si bien la respuesta de SUNAT resulta jurídicamente coherente¹⁶ desde una perspectiva de Derecho interno, resalta el problema paradójico planteado en los capítulos precedentes: la aplicación o inaplicación de las normas internacionales consuetudinarias requiere de una cláusula constitucional que habilite dicho efecto directo¹⁷.

En ese sentido, debe considerarse que una eventual aplicación directa de normas consuetudinarias por parte de SUNAT o el TF presentaría una serie de interrogantes:

- ¿Qué norma consuetudinaria específica resultaría aplicable al caso?
- ¿Cómo determinar con precisión la extensión del mar territorial, y de la zona económica exclusiva?

¹⁶ Excluyendo en este punto la necesaria referencia a un tratado en vigor como es la Declaración de Santiago de 1952, la cual permite comprender el alcance de la soberanía y jurisdicción.

¹⁷ Consideraremos por “efecto directo” el sentido laxo dado por Björgvinsson. “In the broadest sense it means that a certain norm becomes binding on the national level so potentially individuals and legal persons can invoke it and the courts can apply it” (Björgvinsson, 2015, p. 89).

- ¿Qué jerarquía tendría la norma consuetudinaria frente a la legislación tributaria interna?
- ¿De qué manera podría armonizarse el reconocimiento de una norma consuetudinaria con la potestad del legislador nacional?

Estas interrogantes revelan la problemática estructural señalada en el capítulo primero: la inexistencia de un marco institucional que determine quién y cómo se debe identificar y aplicar las normas de Derecho Internacional consuetudinario en el ámbito interno. Si tal competencia existiera, su ejercicio debería recaer en el legislador, o de habilitarlo la Constitución, una entidad dedicada a las Relaciones Exteriores del Perú, mas no en la Administración tributario-aduanera.

La identificación de normas consuetudinarias, como se referenció previamente, implica un análisis que se circunscribe a un análisis del Derecho Internacional, materia ajena a las funciones ordinarias de las autoridades encargadas de aplicar el Derecho interno peruano.

Asimismo, ante la ausencia de una delimitación clara de las zonas marinas comprendidas en el dominio marítimo, la aplicación de una norma consuetudinaria identificada por un ORA implicaría un desarrollo interpretativo extenso sobre la segmentación del dominio marítimo. Posteriormente, dicha autoridad del ORA tendría que reconocer una jerarquía supralegal o constitucional a la norma consuetudinaria para poner sobreponerla a la norma tributaria interna, generando tensiones competenciales con el legislador peruano.

Por último, aunque SUNAT reconoce nominalmente la conformidad entre el dominio marítimo y el Derecho del mar contemporáneo, restringe su actuación a los tratados vigentes y no se pronuncia sobre la costumbre internacional. Con ello, se evita abrir una “caja de Pandora” interpretativa, pero a la vez, se perpetúa la imposibilidad práctica de aplicar normas de la costumbre internacional por parte de los ORA.

4. CONCLUSIONES

El caso EMERGIA constituye un caso emblemático necesario para comprender las limitaciones estructurales del ordenamiento jurídico peruano para la aplicación de la costumbre internacional. Su relevancia excede el ámbito tributario-aduanero de donde se originó: permite, de manera clara, evidenciar la tensión entre el Derecho Internacional y un ordenamiento jurídico interno que privilegia, de manera casi excluyente, a las fuentes escritas.

El análisis realizado en este trabajo apunta a demostrar cómo la omisión de la costumbre internacional en la Constitución Política de 1993 impide a los ORA, e incluso a los órganos jurisdiccionales, aplicar normas internacionales consuetudinarias sin un mecanismo expreso de identificación, incorporación y jerarquización. Esta ausencia se agrava en un sistema donde el principio de legalidad y publicidad de las normas es particularmente rígido en materias tributarias y aduaneras, y donde las normas no escritas carecen relevancia claramente definida.

La emisión del Informe N.º 257-2018-SUNAT/340000 demuestra que esta situación no ha variado. A pesar de una declaración que vincula al Estado peruano, dada en el marco de una controversia internacional, la Administración tributario-aduanera continúa interpretando el dominio marítimo desde una perspectiva formalista que excluye por completo a la costumbre internacional. El razonamiento empleado en 2018 reproduce, casi sin modificaciones, la lógica adoptada en 2001 y ratificada en 2006, confirmando la persistencia de un mismo criterio institucional.

En síntesis, el caso EMERGIA revela una brecha entre las obligaciones internacionales consuetudinarias del Perú y la práctica administrativa y jurisdiccional interna. Esta brecha no se debe a la inexistencia de normas internacionales aplicables, sino a la ausencia de un marco constitucional y legal que permita identificarlas, incorporarlas y aplicarlas de manera efectiva. En tanto dicha estructura normativa permanezca intacta, la costumbre internacional permanecerá siendo operativamente inútil en el plano interno.

5. BIBLIOGRAFÍA

Andrés Sáenz de Santa María, P. (2020). *Sistema de Derecho Internacional Público*. Editorial Aranzadi.

Björgvinsson, D. T. (2015). *The Intersection of International Law and Domestic Law. A theoretical and Practical Analysis*. Edward Elgar Publishing Limited.

Carrillo Salcedo, J.A. (1996). *Curso de Derecho Internacional Público. Introducción a su estructura, dinámica y funciones*. Editorial Tecnos.

Comisión de Derecho Internacional. (2018). *Draft conclusions on identification of customary law, with commentaries*. Recuperado de <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n18/457/41/pdf/n1845741.pdf>

Corte Internacional de Justicia. (2014). *Controversia sobre Delimitación Marítima entre el Perú y Chile*. Sentencia de 27 de enero de 2014.

De Visscher, P. (1952). Les tendances internationales des constitutions modernes (Volume 80). In *The Hague Academy Collected Courses Online / Recueil des cours de l'Académie de La Haye*. Brill | Nijhoff.

García-Corrochano, L. (2023). Derecho internacional y derecho interno peruano. En Méndez Chang, E. & Novak, F. (coord), *30 años de la Constitución de 1993. Análisis, evaluación y propuestas sobre las disposiciones de carácter internacional*. Palestra Editores - Instituto de Estudios Internacionales (IDEI).

Klabbers, J. (2021). *International Law*. Cambridge University Press.

Ministerio de Relaciones Exteriores (2014). *Delimitación Marítima entre el Perú y Chile ante la Corte Internacional de Justicia. Tomo III: Alegatos orales del Perú*. Fondo Editorial del Congreso del Perú.

Ministerio de Relaciones Exteriores (2015). *Delimitación Marítima entre el Perú y Chile ante la Corte Internacional de Justicia. Tomo IV: El Fallo de la Corte Internacional de Justicia*. Fondo Editorial del Congreso del Perú.

Moscoso de la Cuba, P. (2023). Del territorio. En Méndez Chang, E. & Novak, F. (coord), *30 años de la Constitución de 1993. Análisis, evaluación y propuestas sobre las disposiciones de carácter internacional* (pp. 109-137). Palestra Editores - Instituto de Estudios Internacionales (IDEI).

Novak, F. & García-Corrochano, L. (2025). *Derecho Internacional Público. Tomo I: Introducción y fuentes*. Palestra Editores.

Obregón Rossi, F. (27 de julio de 2020). Los cables submarinos en el Perú. *CanalTI*. <https://canalti.pe/los-cables-submarinos-en-el-peru/>

Remiro Brotóns, A., Riquelme Cortado, R., Orihuela Calatayud, E., Díez-Hochleitner, J., & Pérez-Prat Durbán, L. (2010). *Derecho Internacional. Curso General*. Tirant lo Blanch.

Rubio Correa, M.A. (2011). *El Sistema Jurídico: Introducción al Derecho*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Seneviratne, W., & Thilakarathna, K. A. A. N. (2024). Implementing customary international law in domestic contexts: A comparative study with special reference to Sri Lanka. *Sri Lanka Journal of International Relations*, 2(1), 1-18. <https://arts.cmb.ac.lk/ir/wp-content/uploads/2024/02/Journal-Volume-2-Issue-1-Article-01.pdf>

Shaw, M. (2021). *International Law*. Cambridge University Press.

Treves, T. (2015). Historical Development of the Law of the Sea. En Rothwell, D. et al. (eds.), *The Oxford Handbook of the Law of the Sea*. Oxford University Press.