

ACUERDOS VINCULANTES Y NO VINCULANTES: SEXTO INFORME

(presentado por el profesor Duncan B. Hollis)

INTRODUCCIÓN

1. Este es mi sexto informe sobre acuerdos vinculantes y no vinculantes. La creciente prevalencia de acuerdos no vinculantes en términos generales —y de acuerdos vinculantes y no vinculantes en los ámbitos ministerial y subnacional, en particular— ha dado lugar a que los Estados Miembros de la OEA pidan que se conozcan y entiendan mejor los diferentes tipos de acuerdos internacionales que se utilizan hoy en día. La complejidad y diversidad de la práctica actual dan lugar a un cada vez mayor número de esquemas de coordinación y cooperación, pero a la vez plantean riesgos reales de que existan diferencias en puntos de entendimiento, expectativas divergentes y controversias.

2. Este proyecto busca ayudar a los Estados Miembros en la elaboración, implementación e interpretación de acuerdos internacionales poniendo a su disposición unas *Directrices sobre Acuerdos Vinculantes y no Vinculantes, con Comentarios*. En caso de que sean aprobadas por la Asamblea General de la OEA, estas *Directrices* podrían ofrecer un conjunto concreto y detallado de definiciones, puntos de entendimiento y “prácticas óptimas” que los Estados Miembros (y otros) puedan emplear en la elaboración de diferentes tipos de acuerdos internacionales y en su interacción con los diversos actores que los hacen (Estados, entidades gubernamentales, y unidades territoriales subnacionales). No obstante, estas *Directrices* no aspiran a codificar ni aportar al desarrollo del derecho internacional (aunque sí toman nota de varias áreas en las que falta claridad o hay controversias en el derecho internacional existente). Más bien, pretenden ser un conjunto de puntos de entendimiento y prácticas voluntarias a las que pueden recurrir los Estados Miembros para mejorar sus conocimientos en estas áreas y reducir el riesgo de futuras dificultades con otros Estados de la región y del mundo entero.

3. Este proyecto tiene como premisa fundamental la idea de que los acuerdos internacionales pueden dividirse en dos grupos: (a) los que son “vinculantes” en el sentido de que se rigen por el derecho, sea el derecho internacional (es decir, “tratados”) o el derecho interno (es decir, “contratos”), y (b) los que no son vinculantes (es decir, “compromiso políticos”) en el sentido de que la fuerza normativa para la formación o la operación del acuerdo no dimana del derecho. El primer conjunto de acuerdos se rige por el derecho, mientras que el segundo depende de la política internacional o incluso de la moralidad.

4. En mi informe preliminar respondí al pedido de los asesores jurídicos de los ministerios de relaciones exteriores de los Estados Miembros de que abordara el tema y señalara los asuntos que requerían atención¹. En mi segundo informe examiné las respuestas a un cuestionario sobre el tema

¹ Véase Duncan B. Hollis, *Informe preliminar sobre acuerdos vinculantes y no vinculantes*, OEA/Ser.Q, CJI/doc.542/17 (24 julio 2017) (“Informe preliminar”).

enviado por el Comité Jurídico Interamericano (CJI) a los Estados Miembros². Concretamente, en el segundo informe analicé las respuestas recibidas de Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador, Estados Unidos, Jamaica, México, Perú, República Dominicana y Uruguay.³ Posteriormente, Canadá, Panamá y Paraguay hicieron llegar sus respuestas, que se reflejan en los informes subsiguientes, incluido el presente.⁴

5. En el tercer informe presenté un proyecto inicial de un conjunto de *Directrices de la OEA para los acuerdos vinculantes y no vinculantes*. Específicamente, el tercer informe contiene directrices y comentarios sobre (a) definiciones de distintos tipos de acuerdos internacionales; (b) las entidades que tienen capacidad para celebrar cada tipo de acuerdo, y (c) los métodos para identificarlos⁵. En el cuarto informe proseguí esa labor con directrices adicionales sobre (d) procedimientos internos para la celebración de acuerdos vinculantes y no vinculantes; (e) los efectos jurídicos internacionales, si los hay, de la suscripción de distintos tipos de acuerdos internacionales, y (f) programas de capacitación y educación sobre acuerdos vinculantes y no vinculantes.⁶ En él respondí a varias cuestiones relativas a este proyecto que se plantearon durante la segunda reunión del Comité con asesores jurídicos de ministerios de relaciones exteriores.⁷ Así mismo, abordé diversos comentarios sobre el uso del término "acuerdo" en las Directrices para acuerdos vinculantes y no vinculantes⁸.

2. Véase Duncan B. Hollis, *Acuerdos vinculantes y no vinculantes: segundo informe*, OEA/Ser.Q, CJI/doc.553/18 (6 febrero 2018) ("segundo informe").

3. Véanse Argentina, *Respuesta cuestionario OEA: Acuerdos vinculantes y no vinculantes* (en adelante "Respuesta de Argentina"); Brasil, *Acuerdos vinculantes y no vinculantes: Cuestionario para los Estados Miembros* (en adelante "Respuesta de Brasil"); Colombia, *Respuestas al cuestionario para los Estados Miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA). Acuerdos vinculantes y no vinculantes: práctica del Estado colombiano* (en adelante "Respuesta de Colombia"); República Dominicana, Dirección Jurídica, Ministerio de Relaciones Exteriores, *Respuestas al cuestionario sobre acuerdos vinculantes y no vinculantes*, 29 de noviembre de 2017 (en adelante "Respuesta de la República Dominicana"); República del Ecuador, Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, *Cuestionario "Acuerdos vinculantes y no vinculantes"* (en adelante "Respuesta de Ecuador"); Jamaica, *Nota de la Misión de Jamaica al Departamento de Derecho Internacional de la OEA*, Secretaría de Asuntos Jurídicos de la OEA, Ref. 06/10/12, 14 de diciembre de 2017 (en adelante "Respuesta de Jamaica"); Respuesta de México, *Informe del Comité Jurídico Interamericano, Acuerdos vinculantes y no vinculantes: Cuestionario para los Estados Miembros* (en adelante "Respuesta de México"); Perú, Dirección General de Tratados del Ministerio de Relaciones Exteriores, *Informe del Comité Jurídico Interamericano. Acuerdos vinculantes y no vinculantes: Cuestionario para los Estados Miembros* (en adelante "Respuesta de Perú"); Uruguay, *Respuesta a cuestionario sobre "los acuerdos vinculantes y no vinculantes"* (en adelante "Respuesta de Uruguay"); Estados Unidos, *Informe del Comité Jurídico Interamericano: Cuestionario para los Estados Miembros* (en adelante "Respuesta de los Estados Unidos").

4. Véase Canadá, División de Derecho de los Tratados, Ministerio de Asuntos Mundiales de Canadá, *Binding and Non-Binding Agreements: A Questionnaire for OAS Member States—Submission by Canada* (9 Sept. 2019) ("Respuesta de Canadá"); Panamá, *Nota de la República de Panamá, Ministerio de Relaciones Exteriores, Dirección de Asuntos Jurídicos Internacionales y Tratados, al Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la Organización de los Estados Americanos*, N.V.-A.J. MIRE-201813176 (en adelante "Respuesta de Panamá"); Paraguay *Nota de la Misión Permanente del Paraguay al Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos, Secretaría General de la OEA*, No 635-18/MPP/OEA (12 de junio de 2018) (en adelante "Respuesta de Paraguay").

5. Véase Duncan B. Hollis, *Acuerdos vinculantes y no vinculantes: tercer informe*, OEA/Ser.Q, CJI/doc. 563/18 (15 julio 2018) ("tercer informe").

6. Véase Duncan B. Hollis, *Acuerdos vinculantes y no vinculantes: cuarto informe*, OEA/Ser.Q, CJI/doc. 580/19 (11 febrero 2019) ("cuarto informe").

7. Véase Comité Jurídico Interamericano, *Acta Resumida, Reunión Conjunta del Comité Jurídico Interamericano con los Asesores Jurídicos de los Estados Miembros de la OEA*, 93.º periodo ordinario

6. Con el quinto informe completé un "primer borrador" de *Directrices de la OEA para los acuerdos vinculantes y no vinculantes, con comentarios* (en adelante "Proyecto de Directrices")⁹. Contiene comentarios sobre efectos, así como sobre la capacitación y la educación. Asimismo, contiene un texto revisado de las otras directrices y comentarios, e incorpora revisiones y ajustes a la luz de las numerosas observaciones y sugerencias recibidas de los miembros del Comité y de asesores jurídicos de ministerios de relaciones exteriores de Estados Miembros de la OEA¹⁰. Refleja también los aportes recibidos a presentaciones que he hecho sobre este proyecto en las Naciones Unidas: una en la 29 Reunión Informal de Asesores Jurídicos, realizada el 23 de octubre de 2018, y otra en un grupo de trabajo informal de expertos y profesionales especializados en tratados, auspiciado por los Gobiernos de Canadá y Colombia en ocasión de los eventos organizados por la Asamblea General de las Naciones Unidas para conmemorar el quincuagésimo aniversario de la suscripción de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Ambos eventos confirmaron que los temas relacionados con los acuerdos vinculantes y no vinculantes suscitan interés fuera del ámbito de los Estados Miembros.

7. Entre otras cosas, en el quinto informe *Proyecto de Directrices* añadí (i) un nuevo párrafo introductorio para aclarar que las *Directrices* presentan un conjunto de definiciones, puntos de entendimiento y prácticas óptimas no pretenden codificar el derecho internacional existente ni desarrollarlo progresivamente de alguna manera; (ii) una definición revisada de "acuerdo" que abarca el concepto amplio en el que encajan los tratados, los compromisos políticos, los contratos y los acuerdos interinstitucionales, al tiempo que se reconoce que, en la práctica, el término "acuerdo" se emplea con frecuencia solo en relación con los textos de tratados; (iii) cláusulas de muestra y una tabla de palabras y frases que los Estados Miembros (u otros) pueden utilizar en un instrumento como prueba de que se trata de un tratado, un compromiso político o un contrato, y (iv) una nueva directriz con la que se alienta a los Estados a cumplir sus compromisos políticos (aunque reconozcan que no tienen obligación jurídica de hacerlo).

8. En este sexto informe presento una versión revisada del *Proyecto de Directrices*. Este informe responde a las nuevas aportaciones recibidas de los miembros del Comité durante su 95 período ordinario de sesiones, en particular con respecto a:

de sesiones, miércoles, 15 de agosto de 2018 (Reunión Conjunta CJI-Asesores Jurídicos 2018).

⁸. Véase Cuarto informe, *supra*, nota 6, párrs.7 a 13 [donde se presentan cinco argumentos a favor de limitar el alcance del *Proyecto de Directrices* a los "acuerdos" vinculantes y no vinculantes: (1) la Comisión de Derecho Internacional y otros nunca han considerado los tratados como sinónimo de acuerdos, sino como un subconjunto de la categoría más amplia de acuerdos; (2) el criterio que determina la existencia de un acuerdo une tratados, compromisos políticos y contratos y los distingue de otras posibilidades (como declaraciones unilaterales) de formas que otros rótulos, como "instrumentos", no pueden; (3) según la práctica de los Estados, se aconseja no usar "palabras mágicas" para definir o identificar tratados; el uso del término "acuerdo" en un texto no puede garantizar su condición de tratado; (4) para superar la confusión reinante, es importante que los Estados conozcan mejor el concepto de acuerdo, independientemente de su uso, y (5) se podría mitigar cualquier riesgo de confusión con el uso del término si en las *Directrices* y los *comentarios* que les acompañan se adoptara un enfoque transparente del asunto y de los riesgos de confusión que podría crear].

⁹. Véase Duncan B. Hollis, *Acuerdos vinculantes y no vinculantes: quinto informe*, OEA/Ser.Q, CJI/doc. 593/19 (22 julio 2019) ("quinto informe").

¹⁰. Con respecto a estas preguntas y comentarios, véanse, por ejemplo, Reunión Conjunta CJI-Asesores Jurídicos 2018, nota 7 *supra*; *Acta Resumida*, 91 período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano, 9 de agosto de 2017; *Acta Resumida*, 92 período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano, 27 de febrero de 2018; *Acta Resumida*, 93 período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano, 15 y 16 de agosto de 2018; *Acta Resumida*, 94 período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano, 20 de febrero de 2019. *Acta Resumida*, 95 período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano, 7 de agosto de 2019.

- Revisar la definición de un “acuerdo” para eliminar la referencia a un “compromiso normativo” (que en español plantea una posible tautología) y reemplazarlo con la idea de un “compromiso para un acto futuro”. Sin embargo, este cambio no pretende ser sustantivo dado que las “normas”, por definición, hacen referencia a expectativas comunes de un acto futuro.
- Revisar la definición de “contrato” para alinearla más estrechamente con la definición ofrecida en la recientemente aprobada *Guide on the Law applicable to International Commercial Contracts in the Americas*¹¹.
- Volver a elaborar la *directriz 3.2 del Proyecto* para reconocer que la evidencias subjetiva y objetiva pueden entremezclarse, y para fomentar una mejor práctica en la que los Estados sean transparentes en sus propias pruebas e intenten alinear los resultados en ambas pruebas, cuando sea posible.
- Agregar un comentario a la *Directriz 4.1* para diferenciar los acuerdos ejecutivos de Colombia de los acuerdos de procedimientos simplificados, al tiempo que se señala que sería inconstitucional exceder el alcance de la autoridad en cualquiera de los casos.
- Aclarar que el término “desplazamiento” utilizado en la versión anterior *de la directriz 5.2 del Proyecto* se refería a la capacidad de un contrato para suplantar las normas de incumplimiento previstas por la legislación interna de un Estado.
- Agregar comentarios a la *directriz 5.3.2 del Proyecto* para diferenciar (a) la forma en que los compromisos políticos pueden tener relevancia jurídica cuando son convertidos (mediante un acto discrecional) en un instrumento jurídico internacional o nacional y (b) los casos en que el compromiso político pueda servir como punto de referencia interpretativo sin necesidad de un acto discrecional adicional.
- Proponer una presunción de responsabilidad única por parte del Estado en acuerdos interinstitucionales vinculantes (es decir, que el acuerdo vinculante de una institución implica más bien la responsabilidad del Estado en su conjunto, y no la responsabilidad de la institución firmante). En la versión anterior se indicaba la responsabilidad única por parte del Estado unitario como una “expectativa”. Dado que claramente la mayoría de los Estados adopta este enfoque, parece que como práctica óptima, los Estados deberían actuar partiendo del supuesto de que esta regla es aplicable. No obstante, el *Proyecto de Directrices* sigue reconociendo que algunos Estados pueden no aceptar esta presunción y negar la responsabilidad única del Estado en sus acuerdos interinstitucionales. Por este motivo, la versión actual sigue ofreciendo varias directrices sobre la forma en que los Estados que adoptan opiniones divergentes sobre la responsabilidad del Estado pueden reconciliarlas en acuerdos *inter se*.
- Revisar la *directriz 4.2 del Proyecto* sobre la elaboración de procedimientos internos para compromisos políticos: En el proyecto anterior se habían sugerido dos opciones: los Estados Miembros deberían tener procedimientos internos para (a) “todos” sus compromisos políticos o (b) solo para los “más significativos”. La versión revisada plantea que los Estados deberían tener procedimientos internos para estos compromisos sin ningún calificativo. El texto debería permitir a los Estados elegir entre elaborar esos procedimientos para todos sus compromisos políticos y solo para algunos acuerdos específicos.
- Agregar texto a la *directriz 6.1 del Proyecto* para dejar claro que la capacitación sobre acuerdos vinculantes y no vinculantes debe ofrecerse no solo a funcionarios de los ministerios de relaciones exteriores, sino también a funcionarios de otros ministerios u organismos pertinentes que participan en acuerdo internacionales.

¹¹ Véase Guía sobre el DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES en las Américas, OAS/Ser. Q, CJI/RES. 249 (XCIV-O/19) (21 de febrero de 2019).

9. En la nueva versión del *Proyecto de Directrices* también se incorporan las respuestas recibidas de Canadá al cuestionario del Comité, entre las que cabe señalar las siguientes:

- Aclarar que aunque Canadá utiliza el término “memorando de entendimiento” para sus compromisos políticos jurídicamente vinculantes y no vinculantes, no considera que ese título sea determinante, ya que otros Estados pueden considerar un memorando de entendimiento como tratado.
- Delinear un compromiso político por su naturaleza política o moral.
- Ampliar la práctica de Canadá de hacer acuerdos interinstitucionales como compromisos o contratos políticos no vinculantes y no como tratados.
- Hacer referencia a las políticas de Canadá para revisar los compromisos políticos en los ministerios de relaciones exteriores y mantener una base de datos de tales acuerdos no vinculantes.
- Hacer un recuento de los esfuerzos de Canadá por obtener exenciones de privilegios e inmunidades en sus contratos interestatales, que de no existir (además de la carencia de legislación aplicable o cláusulas de selección de foro) podrían dar lugar a que se niegue la condición de contrato a un acuerdo.
- Revisar la postura ambigua de Canadá sobre las pruebas de intención/objetivo para identificar tratados, y al mismo tiempo señalar la caracterización de la prueba para identificar un compromiso político como intención de una de las partes.

10. Además de su propia respuesta, Canadá puso a disposición de los interesados respuestas a un cuestionario sobre temas pertinentes a este proyecto, en el entendimiento de que podrían hacerse públicos¹². En esas respuestas se incluyen otras opiniones de dos Estados Miembros de la OEA (Canadá y México), así como explicaciones de Alemania, España, Finlandia, Israel, Japón y la República de Corea. Se han incorporado tales respuestas en aquellas partes de las *Directrices* en que se consideró pertinente, por ejemplo:

- Se cita a los ocho Estados encuestados —Alemania, Canadá, Corea, España, Finlandia, Israel, Japón y México— por la idea de que el título de un acuerdo no es determinante de su condición jurídica vinculante o no vinculante.
- Se indica que los ocho Estados estuvieron de acuerdo en el creciente número e importancia de los compromisos políticos en las relaciones internacionales.
- Se hace mención de que Corea del Sur considera que sus acuerdos entre entidades no son vinculantes.
- Se hace referencia a que los diferentes procedimientos internos de aprobación y archivo que ha adoptado los Estados para sus compromisos políticos, y se menciona también el grupo de trabajo en su conjunto considera que existe la necesidad de mejorar la coordinación interna sobre la calidad y eficacia de los acuerdos no vinculantes.

11. El Anexo I contiene un borrador completo y revisado de *las Directrices de la OEA para los acuerdos vinculantes y no vinculantes*. El Anexo II contiene las *Directrices* con los comentarios correspondientes.

12. Aguando con interés cualquier aportación del Comité sobre cada una de las *directrices del Proyecto* y sobre los comentarios, sean de fondo o relativos a su estructura.

13. Con la venia del Comité, creo que ha llegado el momento de recibir comentarios más formales. Sugeriría que el Comité apruebe ya sea remitir estas directrices a la Asamblea General de la OEA para su examen y (posible) aprobación o bien, como medida alternativa y provisional, aprobar la

¹². División de Derecho de los Tratados, Ministerio de Asuntos Mundiales de Canadá, *Working Group on Treaty Practice, Survey on Binding and Non-Binding International Instruments* (18 de septiembre de 2019) (en lo sucesivo “Grupo de Trabajo sobre Práctica de Tratados”).

distribución formal del borrador en su forma actual a los Estados Miembros de la OEA para sus comentarios y sugerencias. En este último caso, me comprometo a sintetizar y responder a cualquier sugerencia de modificaciones, enmiendas o ajustes, con el fin de obtener la aprobación final del Comité en su próximo período ordinario de sesiones, en julio-agosto de 2020.

PROYECTO DE DIRECTRICES DE LA OEA PARA LOS ACUERDOS VINCULANTES Y NO VINCULANTES

Los Estados y otros actores internacionales actualmente suscriben y aplican una diversa gama de acuerdos internacionales. En el plano más general, se acostumbra dividirlos en (i) acuerdos que son “vinculantes” y, por lo tanto, se rigen por el derecho, ya sea el derecho internacional (tratados) o el derecho interno (contratos), y (ii) acuerdos que no son vinculantes (“compromisos políticos”), para los cuales el derecho no es fuente de fuerza normativa alguna. En medida creciente, los Estados también están autorizando la celebración de acuerdos por sus ministerios nacionales o unidades territoriales subnacionales (provincias o regiones).

La gama actual de acuerdos vinculantes y no vinculantes ofrece mucha flexibilidad: los acuerdos pueden adaptarse al contexto, incluidos los intereses de los autores, la doctrina y jurisprudencia, y los recursos. Al mismo tiempo, en el derecho y la práctica internacionales se observan grandes ambigüedades (o claras diferencias) en la forma en que los Estados autorizan o entienden sus diferentes acuerdos internacionales.

Ante este estado de cosas, los representantes de los Estados están muy confundidos y han planteado la posibilidad de malentendidos y controversias. Dos Estados pueden suscribir un acuerdo que uno de ellos considera como un compromiso político no vinculante y el otro como un tratado (o un contrato). La posibilidad de confusión y controversias es mayor cuando los ministerios de Estado o las unidades territoriales subnacionales celebran acuerdos. Algunos Estados autorizan a estas entidades a celebrar tratados (es decir, acuerdos vinculantes que se rigen por el derecho internacional), mientras que otros les niegan esta posibilidad (ya sea debido a una falta de potestad o basándose en la premisa de que el derecho internacional no confiere a estos actores capacidad para suscribir tratados).

Con estas directrices se procura disipar la confusión actual y la posibilidad de que surjan conflictos entre Estados y otros interesados con respecto a los acuerdos vinculantes y no vinculantes. Las Directrices proporcionan un conjunto de definiciones de trabajo, puntos de entendimiento y prácticas óptimas con respecto a quiénes celebran esos acuerdos, cómo pueden celebrarlos y qué efectos jurídicos tienen. La finalidad es ayudar a los Estados a deslindar y comprender las consecuencias de la negociación y celebración de distintos tipos de acuerdos internacionales. Un mayor conocimiento y conciencia de las prácticas óptimas podría ayudar a los Estados a evitar o mitigar los riesgos de confusión o conflicto que enfrentan actualmente.

Al mismo tiempo, estas directrices no aspiran de ninguna manera a una condición jurídica propia. No es su finalidad codificar el derecho internacional ni ofrecer una vía para su desarrollo progresivo. En cambio, señalan en varias instancias las áreas en las cuales el derecho internacional no es claro o es motivo de controversias. El alcance de las Directrices es menor: consiste en proveer un conjunto de prácticas y puntos de entendimiento voluntarios que los Estados Miembros puedan usar entre ellos (y quizá a escala mundial) para comprender mejor la forma en que se elaboran, interpretan y aplican acuerdos internacionales y reducir así el riesgo de desacuerdos o dificultades futuros.

1. Definiciones relacionadas con los acuerdos vinculantes y no vinculantes

1.1 Acuerdo: Aunque el uso de este término en un texto suele ser indicativo de un tratado, el concepto puede definirse de una forma más amplia a fin de abarcar el consentimiento mutuo de los participantes en un compromiso relativo a un acto futuro.

1.2 Tratado: Acuerdo internacional vinculante celebrado entre Estados, instituciones del Estado u otros sujetos apropiados que consta por escrito y se rige por el derecho internacional,

independientemente de su designación, su registro o los procedimientos jurídicos internos que los Estados utilicen para dar su consentimiento en obligarse.

1.3 Compromiso político: Acuerdo que no es jurídicamente vinculante, celebrado entre Estados, instituciones del Estado u otros actores con la intención de establecer compromisos de una índole exclusivamente política o moral.

1.4 Contrato: Acuerdo voluntario entre dos o más partes que constituye un acuerdo vinculante regido por el derecho nacional o el derecho no estatal.

1.5 Acuerdo interinstitucional: Acuerdo celebrado entre dos o más instituciones del Estado, entre ellas ministerios nacionales o unidades territoriales subnacionales. Según sus condiciones, las circunstancias del caso y los actos subsiguientes, un acuerdo interinstitucional podría reunir los requisitos para ser considerado como un tratado, un compromiso político o un contrato.

2. Capacidad para celebrar acuerdos internacionales

2.1 Capacidad de los Estados para celebrar tratados: Los Estados tienen capacidad para suscribir tratados y deberían hacerlo de conformidad con los términos del tratado y cualesquiera leyes y procedimientos internos que regulen su capacidad para dar su consentimiento en obligarse.

2.2 Capacidad de las instituciones del Estado para celebrar tratados: Los Estados tienen la potestad, pero no la obligación, de autorizar a sus instituciones a celebrar tratados sobre temas de su competencia con el consentimiento de todos los copartícipes del tratado.

2.3 Confirmación de la capacidad para celebrar tratados: Los Estados o las instituciones autorizadas del Estado que prevean celebrar un tratado con una institución de otro Estado deben hacer todo lo posible para confirmar que la institución tenga suficiente competencia en la materia del tratado y autorización del Estado del cual forme parte para celebrar un tratado sobre el tema.

2.4 Capacidad para celebrar compromisos políticos: Los Estados o las instituciones del Estado deberían estar facultados para celebrar compromisos políticos en la medida en que las circunstancias políticas lo permitan.

2.5 Capacidad para celebrar contratos entre Estados: Un Estado debería celebrar contratos con otros Estados que estén dispuestos a hacerlo de conformidad con el derecho que rija el contrato.

2.6 Capacidad para celebrar contratos interinstitucionales: Una institución del Estado debería suscribir contratos con instituciones de otro Estado que estén dispuestas a hacerlo de conformidad con su propio derecho interno y, si es diferente, con el derecho que rija el contrato.

3. Métodos para identificar acuerdos vinculantes y no vinculantes

3.1 Identificación de acuerdos: Los Estados y otras partes que celebren acuerdos deberían suscribir acuerdos internacionales a sabiendas, y no inadvertidamente. Como mínimo, eso significa que los Estados deben hacer una distinción entre sus acuerdos (sean vinculantes o no vinculantes) y los demás compromisos e instrumentos. Las siguientes prácticas óptimas podrían facilitarles esa tarea:

3.1.1 Los Estados deberían remitirse a la terminología utilizada y a las circunstancias particulares para determinar si surgirá un acuerdo (o si ya existe un acuerdo).

3.1.2 En caso de duda, un Estado debería consultar con los potenciales copartícipes para confirmar si una declaración o instrumento constituirá o no un acuerdo (e, idealmente, qué tipo de acuerdo será).

3.1.3 Un Estado debería abstenerse de refrendar una declaración o un instrumento si su punto de vista con respecto a su condición de acuerdo es diferente del punto de vista de los potenciales copartícipes hasta que logren conciliar esas diferencias.

3.2 Identificación del tipo de acuerdo celebrado.: En la práctica actual de los Estados, las organizaciones internacionales, las cortes y los tribunales internacionales y otros sujetos de derecho

internacional, se observan dos métodos diferentes para distinguir entre acuerdos vinculantes y no vinculantes.

- Con el primero, algunos actores utilizan la “prueba de la intención”, análisis subjetivo para ver si las intenciones manifiestas de los autores determinan si un acuerdo es vinculante o no (y, en caso de que sea vinculante, si es un tratado o un contrato).
- Con el segundo, otros actores usan una “prueba objetiva”, según la cual la materia, el lenguaje y el contexto determinan su condición vinculante o no vinculante, independientemente de todo indicio de las intenciones de uno o más de sus autores.

Ambos métodos suelen llevar a la misma conclusión. Tienen en cuenta (a) el texto; (b) las circunstancias particulares, y (c) los actos subsiguientes para identificar los distintos tipos de acuerdos vinculantes y no vinculantes. No obstante, son posibles resultados diferentes, en particular cuando el texto favorece objetivamente una conclusión (por ejemplo, un tratado), pero las pruebas externas sugieren otra cosa (por ejemplo, las declaraciones contemporáneas de uno o más participantes en el sentido de que no se pretendía hacer un tratado). La prueba objetiva priorizaría el texto y el lenguaje utilizados en contraste con el énfasis de la prueba de la intención en lo que se refiere a lo que las partes pretendían. Tales resultados diferentes pueden, a su vez, dar lugar a confusión o conflictos, riesgo que se puede mitigar con ciertas prácticas:

- 3.2.1** Si un Estado todavía no ha decidido si usará la prueba de la intención o la prueba objetiva para identificar sus acuerdos vinculantes y no vinculantes, debería hacerlo.
- 3.2.2** Todo Estado debería ser franco con otros Estados e interesados con respecto a la prueba que utilice. Asimismo, debería aplicarla de manera uniforme, en vez de aplicar una u otra según lo que le convenga en cada caso. La aplicación uniforme de una prueba ayudará a resolver las expectativas de otros actores y posibilitará una interacción más previsible entre ellos.
- 3.2.3** Sin embargo, un Estado no debería suponer que los demás Estados o actores (entre ellos las cortes y los tribunales internacionales) usarán la misma prueba para identificar los acuerdos vinculantes y no vinculantes. En cambio, debería celebrar y aplicar sus acuerdos internacionales de una manera que mitigue o incluso elimine los problemas que puedan llevar a que las dos pruebas conduzcan a conclusiones contradictorias. Los Estados pueden lograr esto alineando las pruebas subjetiva y objetiva de tal manera que se obtenga el mismo resultado.

3.3 Especificación del tipo de acuerdo celebrado: A fin de evitar puntos de vista incompatibles sobre la índole vinculante de un acuerdo o sobre el derecho que lo rige, los participantes deben hacer todo lo posible para especificar expresamente el tipo de acuerdo alcanzado, sea en el texto del acuerdo o en comunicaciones relativas a su celebración. En lo que se refiere al texto, los Estados podrían usar los ejemplos de disposiciones que se presentan en el cuadro 1 para especificar la condición de un acuerdo. Sin embargo, en vista de la diversidad de acuerdos internacionales, los Estados también podrían adaptar otras fórmulas corrientes.

Cuadro 1. Especificación del tipo de acuerdo celebrado	
Tipo de acuerdo	Ejemplo de texto
Tratado	<i>En virtud de este acuerdo, se entablarán relaciones entre las partes que se regirán por el derecho internacional. Este acuerdo se propone dar lugar a derechos y obligaciones de conformidad con sus condiciones.</i>
Compromiso político	<i>Este [título] no es vinculante de conformidad con el derecho internacional y no crea derechos u obligaciones</i>

	<i>jurídicamente vinculantes para sus participantes.</i>
	<i>Este [título] es un compromiso político cuyas disposiciones no lo habilitan para el registro de conformidad con el artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas.</i>
Contrato	<i>Este acuerdo se regirá por el derecho de [indicar el Estado y/o una fuente de derecho no estatal].</i>

3.4 Elementos indicativos del carácter vinculante o no vinculante de un acuerdo: En los casos en que los participantes en el acuerdo no especifiquen su condición o no lleguen a otro tipo de avenencia al respecto, los Estados deberían usar ciertos elementos como los siguientes (o recurrir a ellos) para indicar la existencia de un tratado o de un compromiso político no vinculante:

- a) el lenguaje utilizado en la práctica;
- b) la inclusión de ciertas cláusulas finales;
- c) las circunstancias en torno a la celebración del acuerdo; y
- d) los actos subsiguientes de los participantes en el acuerdo.

En el cuadro 2 se presentan la terminología y las cláusulas que los Estados deberían relacionar con mayor frecuencia con tratados y las que suelen usarse en compromisos políticos.

Cuadro 2. Identificación de acuerdos vinculantes y no vinculantes		
Características del acuerdo	Elemento indicativo de un tratado	Elemento indicativo de un compromiso político
Títulos	<p>Tratado Convenio Acuerdo Pacto Protocolo</p>	<p>Entendimiento Declaración de intención Arreglo Declaración</p>
Autores	partes	participantes
Terminología	<p>artículos obligaciones compromisos derechos</p>	<p>compromisos expectativas principios párrafos puntos de entendimiento</p>
Lenguaje que denota un compromiso (verbos)	<p>deberán acuerdan deben se comprometen a Hecho en [lugar] el [fecha]</p>	<p>deberían buscar impulsar tener la intención de esperar llevar a cabo tomar entender aceptar</p>
Lenguaje que denota un compromiso (adjetivos)	<p>vinculante auténtico fidedigno</p>	<p>político voluntario vigente de igual validez</p>
Cláusulas	<p>Consentimiento en obligarse Entrada en vigor Depositario Modificación Rescisión Solución obligatoria de controversias</p>	<p>Entrada en vigor (o inicio de aplicación) Diferencias Modificaciones</p>

3.5 Elemento indicativo de un tratado: En los casos en que los participantes en el acuerdo no especifiquen su condición o no lleguen a otro tipo de avenencia al respecto, los Estados deberían usar una cláusula sobre el derecho aplicable (o recurrir a ella) para confirmar la existencia de un contrato. Los Estados deberían suponer que un texto claramente vinculante entre Estados que guarda silencio con respecto a su condición es un tratado, en vez de un contrato.

3.6 Indicios ambiguos o incongruentes de la condición de un acuerdo: En los casos en que los elementos indicativos de la condición de un acuerdo sean ambiguos o incongruentes, la condición del acuerdo debería determinarse sobre la base de un análisis integral que procure conciliar las pruebas objetivas y las intenciones comunes de los participantes. Los Estados deberían tratar de dar a conocer los resultados de su análisis integral a las otras partes del acuerdo. En algunos casos, los Estados podrían considerar opciones más formales para la solución de controversias a fin de aclarar o resolver el carácter vinculante o no vinculante de sus acuerdos.

4. Procedimientos para la celebración de acuerdos vinculantes y no vinculantes

4.1 Diferentes procedimientos internos para los tratados. Todo Estado debería tener plena libertad para establecer y mantener un procedimiento interno o varios para autorizar la negociación y celebración de tratados por el Estado o sus instituciones. Estos procedimientos podrían basarse en la constitución del Estado, sus leyes o su práctica. Distintos Estados podrían seguir procedimientos internos diferentes para el mismo tratado.

4.2 Establecimiento de procedimientos internos para los compromisos políticos. Los Estados deberían establecer y mantener procedimientos para autorizar los compromisos políticos celebrados por el Estado o sus instituciones. Aunque los compromisos políticos son acuerdos no vinculantes, sería conveniente que los Estados tuvieran procedimientos que confirmaran:

- a) el carácter no vinculante de un compromiso;
- b) la pertinencia del uso de una forma o modalidad no vinculante en vez de una vinculante, como ocurre en los casos en que, debido a la falta de tiempo o a la incertidumbre, es desaconsejable que el Estado quede atrapado en un acuerdo con efectos jurídicos; y
- c) la notificación de las instituciones pertinentes del Estado, incluyendo al Ministerio de Relaciones Exteriores, y la coordinación con ellas.

4.3 Establecimiento de procedimientos internos para la aprobación de contratos entre Estados. Los Estados que celebren contratos con otros Estados deberían establecer y mantener procedimientos para aprobar su celebración. Como buena práctica, en dichos procedimientos los Estados deberían incluir:

- a) información sobre la forma en que el Estado determinará el derecho aplicable al contrato, y
- b) mecanismos para confirmar el derecho aplicable con los otros Estados contratantes a fin de evitar conflictos futuros.

4.4. Procedimientos internos para la aprobación de acuerdos interinstitucionales vinculantes. Los Estados deberían contar con procedimientos para otorgar la debida autorización a las instituciones (sean ministerios de gobierno, unidades subnacionales o ambos) que tengan capacidad para celebrar un tratado regido por el derecho internacional. Asimismo, los Estados deberían contar con procedimientos a fin de otorgar la debida autorización a sus instituciones (sean ministerios de gobierno, unidades subnacionales o ambos) para suscribir contratos de conformidad con su propio derecho interno, con el derecho interno de otro Estado o con un derecho no estatal.

- 4.4.1** En esos procedimientos se debería indicar la forma en que el Estado distingue si la institución está celebrando un tratado o un contrato.

- 4.4.2 En esos procedimientos se deberían incorporar mecanismos para confirmar por adelantado que la institución del otro Estado está de acuerdo con el tipo de acuerdo interinstitucional que se suscribirá y con su carácter jurídicamente vinculante.

4.5 Publicidad de la capacidad institucional para celebrar acuerdos vinculantes

- 4.5.1 Un Estado debería dar a conocer cuáles de sus instituciones, si las hubiere, podrían estar autorizadas para celebrar tratados y especificar si pueden hacerlo en representación del Estado en su conjunto o en nombre propio.
- 4.5.2 Un Estado debería dar a conocer cuáles de sus instituciones, si las hubiere, podrían estar autorizadas para celebrar tratados y especificar si pueden hacerlo en representación del Estado en su conjunto o en nombre propio.
- 4.5.3 Un Estado podría dar a conocer esta información al público en general (por ejemplo, colocando sus procedimientos en línea) o comunicar específicamente a otros Estados o instituciones del Estado la capacidad de sus instituciones y los procedimientos pertinentes que utilizan.

4.6 Publicidad de los registros de acuerdos vinculantes y no vinculantes

- 4.6.1 *Registros nacionales de acuerdos vinculantes.* Los Estados deberían crear y mantener registros públicos de todos los acuerdos vinculantes del Estado y de sus instituciones.
- 4.6.2 *Registros nacionales de compromisos políticos.* Los Estados deberían mantener un registro nacional de todos los compromisos políticos del Estado y de sus instituciones o por lo menos de los más importantes.

5. Efectos jurídicos de los acuerdos vinculantes y no vinculantes

5.1 **Efectos jurídicos de la celebración de tratados por el Estado:** Los Estados y sus instituciones deberían encarar la celebración de tratados sabiendo que dar su consentimiento en obligarse por un tratado tendrá por lo menos tres tipos de efectos jurídicos:

- 5.1.1 *Efectos jurídicos internacionales primarios.* De acuerdo con el principio fundamental de *pacta sunt servanda*, los tratados imponen la obligación de cumplir sus condiciones de buena fe.
- 5.1.2 *Efectos jurídicos internacionales secundarios.* La existencia de un tratado da lugar a la aplicación de varios regímenes jurídicos internacionales secundarios, entre ellos el derecho de los tratados, la responsabilidad del Estado y cualquier otro régimen particular vinculado a la materia del tratado.
- 5.1.3 *Efectos jurídicos internos.* El orden jurídico interno de un Estado podría disponer que los tratados celebrados por el Estado tengan efectos jurídicos internos, pero no se requiere que lo haga. Los Estados deberían estar en condiciones de explicar a otros Estados e interesados qué efectos jurídicos internos tendrán los tratados que suscriban.

5.2 **Efectos jurídicos de los contratos.** Los Estados y sus instituciones deberían encarar la celebración de acuerdos sabiendo que los efectos jurídicos de un contrato, entre ellos los aspectos relativos al cumplimiento, el desplazamiento del derecho interno aplicable y la ejecución, dependerán del derecho aplicable al contrato.

5.3 **Efectos de los compromisos políticos.** Los Estados y sus instituciones deberían encarar la celebración de acuerdos sabiendo que un compromiso político no tendrá ningún efecto jurídico directo de conformidad con el derecho internacional o el derecho interno, ya que los compromisos políticos no son jurídicamente vinculantes.

- 5.3.1** Los Estados y sus instituciones deberían cumplir sus compromisos políticos y aplicarlos, entendiéndose que otros Estados esperarán que el compromiso político se cumpla por razón de su fuerza moral o del contexto político en el cual se celebró.
- 5.3.2** Los Estados y sus instituciones deberían saber que un compromiso político, aunque no fuese vinculante, podría tener efectos jurídicos para un Estado. Por ejemplo, los compromisos políticos pueden:
- (i) incorporarse en otros actos jurídicos internacionales, como tratados o decisiones de organizaciones internacionales;
 - (ii) incorporarse en actos jurídicos internos, como leyes u otros tipos de normativa, o
 - (iii) servir de base para la interpretación de otros acuerdos jurídicamente vinculantes o guiarlos.

5.4 Efectos jurídicos de un acuerdo interinstitucional. Los Estados deberían suponer que un acuerdo interinstitucional surtirá los efectos jurídicos de la categoría de acuerdo (tratado, compromiso político o contrato) a la que corresponda.

- 5.4.1** Los Estados podrían suponer que los tratados y contratos interinstitucionales generarán responsabilidad del Estado en su conjunto.
- 5.4.2** No obstante, los Estados deberían tener en cuenta que, en ciertos casos, un Estado o su institución podría afirmar que la responsabilidad jurídica por un acuerdo interinstitucional se extiende solo a la institución del Estado que celebre el acuerdo.
- 5.4.3** En los casos en que los Estados tengan puntos de vista divergentes acerca de la responsabilidad jurídica generada por un acuerdo interinstitucional vinculante, deberían armonizar sus puntos de vista y avenirse a que ambos Estados asuman la responsabilidad emanada del acuerdo interinstitucional o limiten la responsabilidad a las instituciones que suscriban el acuerdo.
- 5.4.4** Los Estados deberían utilizar toda la discreción que posean para evitar que un acuerdo interinstitucional tenga efectos jurídicos en los casos en que una o más de las instituciones participantes no hayan recibido del Estado del cual formen parte la potestad (o la capacidad general) necesaria para celebrar un acuerdo de ese tipo.

6. Capacitación y educación sobre acuerdos vinculantes y no vinculantes

6.1 Capacitación y educación a cargo de los Estados sobre acuerdos vinculantes y no vinculantes. Los Estados deberían tomar medidas para capacitar y educar a los funcionarios pertinentes del Ministerio de Relaciones Exteriores o de otros ministerios pertinentes para que puedan hacer lo siguiente:

- (i) identificar los distintos tipos de acuerdos vinculantes y no vinculantes y distinguir entre ellos;
- (ii) entender quiénes en el ámbito del Estado tienen capacidad para negociar y celebrar qué acuerdos;
- (iii) seguir los procedimientos internos para la celebración de tales acuerdos; y
- (iv) comprender los efectos jurídicos y de otros tipos que puedan emanar de distintos tipos de acuerdos internacionales.

6.2 Capacitación y educación sobre acuerdos interinstitucionales. Si un Estado autoriza la celebración de acuerdos interinstitucionales, debe tomar medidas para capacitar y educar a

los funcionarios pertinentes de una dependencia o una unidad territorial subnacional del Estado para que puedan hacer lo siguiente:

- (i) identificar los distintos tipos de acuerdos vinculantes y no vinculantes y distinguir entre ellos;
- (ii) entender quiénes en el ámbito del Estado tienen capacidad para negociar y celebrar qué acuerdos;
- (iii) seguir los procedimientos internos para la celebración de tales acuerdos; y
- (iv) comprender los efectos jurídicos y de otros tipos que puedan emanar de distintos tipos internacionales

PROYECTO DE DIRECTRICES DE LA OEA PARA ACUERDOS VINCULANTES Y NO VINCULANTES (CON COMENTARIOS)

Los Estados y otros actores internacionales actualmente suscriben y aplican una diversa gama de acuerdos internacionales. En el plano más general, se acostumbra dividirlos en (i) acuerdos que son “vinculantes” y, por lo tanto, se rigen por el derecho, ya sea el derecho internacional (tratados) o el derecho interno (contratos), y (ii) acuerdos que no son vinculantes (“compromisos políticos”), para los cuales el derecho no es fuente de fuerza normativa alguna. En medida creciente, los Estados también están autorizando la celebración de acuerdos por sus ministerios nacionales o unidades territoriales subnacionales (provincias o regiones).

La gama actual de acuerdos vinculantes y no vinculantes ofrece mucha flexibilidad: los acuerdos pueden adaptarse al contexto, incluidos los intereses de los autores, la doctrina y jurisprudencia, y los recursos. Al mismo tiempo, en el derecho y la práctica internacionales se observan grandes ambigüedades (o claras diferencias) en la forma en que los Estados autorizan o entienden sus diferentes acuerdos internacionales.

Ante este estado de cosas, los representantes de los Estados están muy confundidos y han planteado la posibilidad de malentendidos y controversias. Dos Estados pueden suscribir un acuerdo que uno de ellos considera como un compromiso político no vinculante y el otro como un tratado (o un contrato). La posibilidad de confusión y controversias es mayor cuando los ministerios de Estado o las unidades territoriales subnacionales celebran acuerdos. Algunos Estados autorizan a estas entidades a celebrar tratados (es decir, acuerdos vinculantes que se rigen por el derecho internacional), mientras que otros les niegan esta posibilidad (ya sea debido a una falta de potestad o basándose en la premisa de que el derecho internacional no confiere a estos actores capacidad para suscribir tratados).

Con estas directrices se procura disipar la confusión actual y la posibilidad de que surjan conflictos entre Estados y otros interesados con respecto a los acuerdos vinculantes y no vinculantes. Las Directrices proporcionan un conjunto de definiciones de trabajo, puntos de entendimiento y prácticas óptimas con respecto a quiénes celebran esos acuerdos, cómo pueden celebrarlos y qué efectos jurídicos tienen. La finalidad es ayudar a los Estados a deslindar y comprender las consecuencias de la negociación y celebración de distintos tipos de acuerdos internacionales. Un mayor conocimiento y conciencia de las prácticas óptimas podría ayudar a los Estados a evitar o mitigar los riesgos de confusión o conflicto que enfrentan actualmente.

Al mismo tiempo, estas directrices no aspiran de ninguna manera a una condición jurídica propia. No es su finalidad codificar el derecho internacional ni ofrecer una vía para su desarrollo progresivo. En cambio, señalan en varias instancias las áreas en las cuales el derecho internacional no es claro o es motivo de controversias. En las Directrices, esos asuntos quedan sin resolver. El alcance de las Directrices es menor: consiste en proveer un conjunto de prácticas y puntos de entendimiento voluntarios que los Estados Miembros puedan usar entre ellos (y quizá a escala mundial) para comprender mejor la forma en que se elaboran, interpretan y aplican acuerdos internacionales y reducir así el riesgo de desacuerdos o dificultades futuros.

1. Definiciones relacionadas con los acuerdos vinculantes y no vinculantes

- 1.1 Acuerdo: *Aunque el uso de este término en un texto suele ser indicativo de un tratado, el concepto puede definirse de una forma más amplia a fin de abarcar el consentimiento mutuo de los participantes en un compromiso relativo a un acto futuro.*

Comentario: El concepto de acuerdo no está bien definido en el derecho internacional. Al preparar el borrador que se convirtió en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, la Comisión de Derecho Internacional prestó poca atención a esta idea, a pesar de que la usó

regularmente en sus deliberaciones.¹ Ninguno de los Estados Miembros de la OEA que respondieron al cuestionario del Comité abordó el concepto. No obstante, todo acuerdo tiene por lo menos dos elementos básicos: *mutualidad* y *compromiso*.

En lo que se refiere a la *mutualidad*, el primer Relator Especial de la Comisión de Derecho Internacional sobre el derecho de los tratados, J. L. Brierly, observó que la definición de tratado como “acuerdo” excluye las “declaraciones unilaterales”.² Por lo tanto, los acuerdos no surgen *sua sponte* de un solo agente, sino que son el producto de un intercambio o comunicación mutuos.³ Brierly también señaló que la “esencia de un ‘tratado’ no es el instrumento o documento en el que consta, sino el acuerdo o *consenso* creados por el acto de su celebración formal⁴. Al vincular el acuerdo a un

¹ Aunque los cuatro relatores especiales de la Comisión de Derecho Internacional usaron el vocablo "acuerdo" en su trabajo, ninguno lo definió. Véanse J. L. Brierly, Primer informe sobre el derecho relativo a los tratados, en ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 1950, vol. II, 227 (párrs. 19 y 20); Hersch Lauterpacht, Primer informe sobre el derecho relativo a los tratados, en ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 1953, vol. II, 90, 93-94 (art. 1); Gerald G. Fitzmaurice, Primer informe sobre el derecho relativo a los tratados, en ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 1956, vol. II, 117; Henry Waldock, Primer informe sobre el derecho relativo a los tratados, en ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 1962, vol. II, 31 (párr. 1[a]).

² Brierly, *supra*, nota 1, pág. 227, párrs. 19 y 20. En el derecho internacional, ciertas declaraciones unilaterales se consideran como una forma de compromiso jurídico internacional. En el caso de los *Ensayos nucleares*, la CIJ concluyó que Francia estaba obligada, de conformidad con el derecho internacional, por las declaraciones públicas de su Presidente, del Ministro de Relaciones Exteriores y del Ministro de Defensa a suspender los ensayos nucleares en el sur del Pacífico, con lo cual se obvió la necesidad de que la Corte emitiera un fallo en el caso. *Ensayos nucleares (Australia y Nueva Zelandia c. Francia)* (1974), Informe de la CIJ 267 y 268, párrs. 43 a 50. Basándose en este fallo, en 2006, la Comisión de Derecho Internacional formuló un principio rector básico: "Unas declaraciones formuladas públicamente por las que se manifieste la voluntad de obligarse podrán surtir el efecto de crear obligaciones jurídicas". Comisión de Derecho Internacional, Principios rectores aplicables a las declaraciones unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas y los comentarios correspondientes (2006), 58 período de sesiones, documento ONU A/61/10, Principio rector 1. Algunos ejemplos de declaraciones unilaterales son la declaración de Egipto de 1957 sobre el Canal de Suez, la renuncia de Jordania de 1988 a Cisjordania, las declaraciones de los Estados Unidos ante el Grupo Especial de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio (OMC) en el caso de la *Ley de Comercio Exterior de 1974* y (posiblemente) las declaraciones de Cuba de 2002 sobre el suministro de vacunas a Uruguay. V. R. Cedeño, *Octavo informe sobre los actos unilaterales del Estado* (26 de mayo de 2005), documento ONU A/CN.4/557; *Estados Unidos - artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974* (Informe del Grupo Especial) (1999) WT/DS152/R [7.118]-[7.123]. Sin embargo, las fuentes están divididas en lo que se refiere a si las declaraciones unilaterales dependen de la intención del Estado declarante o de la doctrina de los actos propios en los casos en que los destinatarios previstos de la declaración recurran a ella de buena fe y de manera razonable. Compárense el *Caso relativo a la controversia fronteriza (Burkina Faso c. la República de Mali)* (Fallo) (1986), Informe de la CIJ 573 y 574, párr. 39, y el caso de la *Obligación de negociar una salida al Océano Pacífico (Bolivia c. Chile)* (Fallo) (1 de octubre de 2018), Lista General 153, 47, párr. 148 (existencia de una declaración unilateral vinculante: todo depende de la intención del Estado en cuestión); con Comisión de Derecho Internacional, *Actos Unilaterales de los Estados: Informe del Grupo de Trabajo* (20 de julio de 2006), documento ONU A/CN.4/L.703, Nota introductoria (donde se observa que la intención y la doctrina de los actos propios son dos teorías en pugna con respecto a la fuente de la obligación en el caso de las declaraciones unilaterales).

³ Duncan B. Hollis y Joshua J. Newcomer, “Political” Commitments and the Constitution, 49 VIRG. J. INT’L L. 507, 522 (2009); Jan Klabbbers, The Concept of Treaty in International Law 51-53 (1996).

⁴ ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 1950, vol. II, 227, párrs. 19 y 20.

“consenso”, el concepto queda vinculado a la existencia de un “acuerdo de voluntades” o *consensus ad idem*.⁵

Además de la mutuality, el *consensus ad idem* debe incorporar algún tipo de compromiso. El compromiso se refiere a la idea de que un acuerdo abarca expectativas comunes de actos futuros. No basta que los participantes en un acuerdo expliquen sus respectivas posiciones o incluso que indiquen un “punto de vista acordado”: en los compromisos se explica la forma en que los participantes abandonarán el statu quo o continuarán realizando ciertos actos.⁶ Por supuesto, la precisión de los compromisos puede variar; algunos abarcan reglas claras que los participantes pueden aplicar plenamente *ex ante*, mientras que otros son normas cuyo cumplimiento requiere un análisis *ex post* en el cual se tengan en cuenta todas las circunstancias. La mutuality de los compromisos tampoco debe confundirse con la reciprocidad. Los acuerdos pueden ser unilaterales: no requieren un intercambio de compromisos (lo que en el derecho consuetudinario se denomina “contraprestación”); puede bastar con un solo compromiso asumido por un participante con otro (u otros)⁷.

1.2 Tratado: *Acuerdo internacional vinculante celebrado entre Estados, instituciones del Estado u otros sujetos apropiados que consta por escrito y se rige por el derecho internacional, independientemente de su designación, su registro o los procedimientos jurídicos internos que los Estados utilicen para dar su consentimiento en obligarse.*

Comentario: La definición de tratado que se usa en las *Directrices* deriva de la que consta en el artículo 2(1)(a) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969:

Para los efectos de la presente Convención: (a) se entiende por "tratado" un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular⁸.

Esta definición está ampliamente aceptada. La Corte Internacional de Justicia (CIJ) ha señalado que refleja el derecho internacional consuetudinario⁹, la mayoría de los Estados la refrendan¹⁰ y los expertos la citan con frecuencia al definir el concepto de tratado.¹¹

⁵ Véanse, por ejemplo, J. L. Weinstein, *Exchange of Notes*, 29 *British Ybk Int'l L.* 205, 226 (1952) (el consenso de las partes, y no el instrumento, es la esencia del acuerdo, independientemente de su forma); Mark E. Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties* 77 (2009) (idem); Kelvin Widdows, *What is an Agreement in International Law?*, 50 *British Ybk Int'l L.* 117, 119 (1979) (idem).

⁶ Véanse, por ejemplo, HOLLIS Y NEWCOMER, *supra*, nota 3, en 522; KLABBERS, *supra*, nota 3, en 51-53; KAL RAUSTIALA, *Form and Substance in International Agreements*, 99 *AM. J. INT'L L.* 581, 584-585 (2005).

⁷ Véase Duncan B. Hollis *Defining Treaties in The Oxford Guide to treaties* 20 (Duncan B. Hollis, ed., 2012).

⁸ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (abierto a la firma el 23 de mayo de 1969; entró en vigor el 27 de enero de 1980) 1155 *UNTS* 331, párr. 2(1)(a).

⁹ Véase *Delimitación marítima en el Océano Índico (Somalia c. Kenya)* (Fallo) (2017), Informe de la CIJ 3, 21, párr. 42; *Fronteras terrestres y marítimas entre el Camerún y Nigeria (El Camerún c. Nigeria; intervención de Guinea Ecuatorial)* (2002), Informe de la CIJ 249, párr. 263. Otros tribunales internacionales han adoptado una posición similar. Véase, por ejemplo, *Texaco v. Libyan Arab Republic*, 53 *Int'l L. Rep.* 389, 474 (1977).

¹⁰ Duncan B. Hollis, *Acuerdos vinculantes y no vinculantes: segundo informe*, OEA/Ser. Q, CJI/doc.553/18 (6 febrero 2018), párr. 8 ("Hollis, Segundo informe") (nueve de los diez Estados Miembros de la OEA que respondieron al cuestionario aceptan la definición que consta en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en su derecho de los tratados y en la práctica, mientras que el décimo Estado no abordó el tema); Duncan B. Hollis, *A Comparative Approach to Treaty Law and Practice* 9 (Duncan B. Hollis et al., eds., 2005) (de 19 Estados representativos, prácticamente todos los Estados encuestados aceptan la definición de tratado que consta en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados).

Al mismo tiempo, se reconoce ampliamente que la definición de tratado que consta en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados es incompleta. No se incluyen entre los tratados los acuerdos celebrados por otros sujetos de derecho internacional. Sin embargo, nadie niega que los acuerdos con organizaciones internacionales o entre ellas también puedan reunir las condiciones para ser considerados como tratados.¹² En la definición que consta en la Convención también se hace referencia a asuntos que en otra época eran controvertidos (por ejemplo, que un intercambio de notas puede constituir un tratado) y que ya no son objeto de cuestionamientos serios.¹³ Los tratados pueden existir en un solo instrumento o en forma de dos o más instrumentos conexos¹⁴.

Por lo tanto, la definición de tratado que se usa en las Directrices parte de la definición que consta en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y se amplía para dar cabida al derecho y la práctica modernos de los tratados. A efectos de estas Directrices, un tratado tiene los siguientes elementos: (a) acuerdo internacional; (b) celebrado; (c) entre Estados, instituciones del Estado u otros sujetos apropiados; (d) que consta por escrito; (e) y se rige por el derecho internacional, independientemente de (f) su designación, (g) su registro o (h) los procedimientos jurídicos internos que los Estados utilicen para dar su consentimiento en obligarse.

- (i) *Acuerdo internacional.* Un tratado es un tipo específico de acuerdo: *todos los tratados son acuerdos, pero no todos los acuerdos reúnen las condiciones para ser considerados como tratados.*¹⁵ Sin embargo, no resulta claro para qué otro fin sirve el calificativo “internacional”. No se ha utilizado para limitar la materia de los tratados celebrados. En la actualidad, la mejor interpretación del requisito de que un acuerdo sea “internacional” posiblemente consista en que refuerza el alcance del tratado en lo que se refiere a quiénes pueden celebrarlo (es decir, actores con personería jurídica internacional) o a la base jurídica internacional de las obligaciones resultantes¹⁶.
- (ii) *celebrado . . .* ¿Cuándo se celebra un acuerdo internacional? El vocablo puede usarse en términos generales para hacer referencia a cualquier punto situado entre el fin de las negociaciones y un compromiso definitivo en el sentido de que las partes se obligan

¹¹ Véanse, por ejemplo, Anthony Aust, *Modern Treaty Law & Practice* 14 (3.a ed., 2013); Malgosia Fitzmaurice y Olufemi Elias, *Contemporary Issues in the Law of Treaties* 6-25 (2005); Klabbbers, *supra*, nota 3, en 40.

¹² Véase Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales (adoptada el 21 de marzo de 1986, todavía no ha entrado en vigor), 25 ILM 543 (1986) ("Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1986"); A. McNair, *The Law of Treaties* 755 (1961) (hace cincuenta años se habría podido decir que solo los Estados pueden celebrar tratados, pero en la actualidad una afirmación de ese tipo sería anticuada).

¹³ Por ejemplo, en el proyecto de Convención de Harvard sobre el Derecho de los Tratados, de 1935, originalmente se excluyeron los intercambios de notas de la definición de tratado. 29 Am. J. Int'l L. (Supp.) 653, 698 (1935). En la actualidad, sin embargo, los tratados pueden consistir en un solo intercambio de notas o en intercambios repetidos. Véase, por ejemplo, Philippe Gautier, *Article 2, Convention of 1969*, en *The Vienna Convention on the Law of Treaties* 35 (Oliver Corten y Pierre Klein, eds., 2011); Villiger, *supra*, nota 5, en 200.

¹⁴ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 2(1)(a).

¹⁵ Véase Villiger, *supra*, nota 5, en 77. Este punto se reiteró durante todo el trabajo preparatorio de la Comisión de Derecho Internacional. Véase Brierly, *Primer informe, supra*, nota 1, en 227, párr. 19; Humphrey Waldock, *Cuarto informe sobre el derecho relativo a los tratados*, en ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 1965, vol. II, 11, párr. 1; ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 1965, vol. I, 10, párr. 10 (Briggs).

¹⁶ Esto se deduce de lo que Waldock entendía inicialmente. Waldock, *Primer informe, supra*, nota 1, en 31 (apartado I[a]); véase también Villiger, *supra*, nota 5, en 78.

por el instrumento en el marco del derecho internacional.¹⁷ Tanto en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados como en la práctica de los Estados se define la celebración como el momento en el cual las partes adoptan el texto del tratado o lo abren a la firma¹⁸. Para los efectos de estas *Directrices*, es importante recalcar que se puede haber “celebrado” un tratado a pesar de que no haya entrado en vigor (o de que nunca vaya a entrar en vigor)¹⁹. La celebración y la entrada en vigor no son sinónimos²⁰. Por lo tanto, es importante distinguir los efectos jurídicos que surgen cuando un tratado meramente existe de los efectos que tiene cuando entra en vigor (es decir, el principio de *pacta sunt servanda* se aplica solamente al segundo subconjunto de tratados)²¹.

- (iii) *entre Estados, instituciones del Estado u otros sujetos apropiados* . . . En la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados se define un tratado como un acuerdo entre Estados. En la práctica, un Estado puede celebrar un tratado directamente en su nombre (acuerdo entre Estados) o por medio de una de sus instituciones, ya sea el gobierno nacional en conjunto (acuerdo entre gobiernos) o un ministerio nacional (acuerdo interinstitucional), o de una unidad territorial subnacional (por ejemplo, un acuerdo entre provincias)²². Al mismo tiempo, en la Convención de Viena se reconoce la posibilidad de que “otros sujetos de derecho internacional” celebren tratados²³. Esta categoría abarca entidades tales como organizaciones internacionales, que constituyen el tema de la Convención de Viena de 1986²⁴. Además, otros sujetos de derecho internacional podrían tener suficiente personería jurídica para suscribir tratados sobre ciertas materias (por ejemplo, los grupos insurgentes pueden celebrar tratados sobre el cese de las hostilidades).²⁵ En estas

¹⁷ Waldock adoptó el segundo punto de vista. Waldock, *Primer informe, supra*, nota 1, en 30, párr. 9. Brierly apoyaba la idea de vincular la celebración de un tratado a la consignación del texto acordado en su forma definitiva. J. L. Brierly, *Segundo informe sobre el derecho relativo a los tratados*, en ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 1951, vol. II, 70-71; véase también Villiger, *supra*, nota 5, en 78-79.

¹⁸ La estructura de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados favorece este punto de vista. En los artículos 7 a 10 se habla del "texto de un tratado" al hacer referencia a plenos poderes, la adopción y la autenticación del texto de un tratado, pero se habla de un "tratado" en los artículos en los cuales se explican las diversas formas de manifestar el consentimiento en obligarse (11 a 18). En la Convención de Viena de 1986 se adopta el mismo enfoque. Véase Richard Gardiner, *Treaty Interpretation* 232-233 (2.a ed., 2015); Aust, *supra*, nota 11, en 86.

¹⁹ Por lo tanto, los tratados no perfeccionados, es decir, los que no han entrado en vigor, también se consideran como tratados. Véase, por ejemplo, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1986, *supra*, nota 12 (todavía no ha entrado en vigor).

²⁰ Aust, *supra*, nota 11, en 86; Villiger, *supra*, nota 5, en 79.

²¹ Véase, por ejemplo, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 24(4) (donde se señalan diversas "disposiciones de un tratado" que se aplican "desde el momento de la adopción de su texto" en vez de aplicarse desde el momento de la entrada en vigor).

²² Véase, por ejemplo, Hollis, *Segundo informe, supra*, nota 10, en 8, párr. 24 (Estados Unidos y Jamaica informan que aceptan la celebración de acuerdos entre organismos gubernamentales que se encuadren en la definición de tratado); *id.*, párr. 26 (el derecho mexicano permite que las entidades federativas suscriban acuerdos interinstitucionales regidos por el derecho internacional).

²³ Véase Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 3 (en la definición de tratado que consta en la Convención no se excluye la fuerza jurídica de los acuerdos celebrados por Estados con otros sujetos de derecho internacional o entre dichos sujetos); Waldock, *Primer informe, supra*, nota 1, en 30.

²⁴ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1986, *supra*, nota 12.

²⁵ Véase Tom Grant, *Who Can Make Treaties? Other Subjects of International Law*, en *The Oxford Guide to Treaties* 125-26 (Duncan B. Hollis, ed., 2012).

Directrices se habla de “sujetos apropiados” para reconocer que no todas las entidades que aspiren a ser sujetos de derecho internacional pueden serlo. Algunos Estados afirman que una institución del Estado (como un territorio de ultramar o un gobierno regional) puede ser tratada como “otro sujeto” de derecho internacional, es decir, un sujeto capaz de celebrar un tratado directamente, en nombre propio. Sin embargo, esa posición es tema de controversia y no es la finalidad de estas *Directrices* resolverla²⁶. Por lo tanto, en la definición de tratado simplemente se incluyen las instituciones del Estado entre los actores que celebran tratados, sin aclarar si pueden hacerlo de forma independiente o solo como actores de un Estado.

- (iv) *que consta por escrito* . . . En la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados se requiere que todos los tratados se celebren por escrito, es decir, que haya una prueba permanente y legible del acuerdo, pero no se impone ningún requisito particular con respecto a la forma²⁷. Por ejemplo, no se exige que los tratados se firmen²⁸ ni que se publiquen²⁹. Asimismo, hay muchas formas diferentes de registrar un tratado, entre ellas los medios tradicionales más obvios: mecanografiado e impresión. Los métodos de comunicación modernos, como el correo electrónico, los mensajes de texto y las cuentas en medios sociales (por ejemplo, Twitter), también pueden ofrecer mecanismos para el registro de futuros tratados³⁰.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados excluye los acuerdos verbales de su ámbito de aplicación (principalmente por razones prácticas)³¹. En la actualidad, muchos Estados, pero no todos, entienden que el derecho consuetudinario internacional contempla los tratados verbales³². De acuerdo con el derecho interno de los Estados Unidos, por ejemplo, los acuerdos internacionales verbales, una vez celebrados, deben consignarse por escrito³³. Al disponer que un tratado deba constar “por escrito”, en estas *Directrices* no se refrenda el concepto del tratado verbal específicamente, aunque la definición incluye todo tratado verbal que se consigne por escrito con posterioridad.

²⁶ Hollis, *Segundo informe, supra*, nota 10, en 8, párr. 25 (Argentina deniega a los ministerios de gobierno la potestad de celebrar tratados porque no son sujetos de derecho internacional).

²⁷ Aust, *supra*, nota 11, en 16.

²⁸ *Caso de las plantas de celulosa sobre el río Uruguay (Argentina c. Uruguay)* (Fallo, 20 de abril de 2010) (2010), Informe de la CIJ, párrs. 132 a 150 (donde un comunicado de prensa conjunto sin firmar se considera como un "acuerdo"); Gautier, *supra*, nota 13, en 38; Aust, *supra*, nota 11, en 20 y 21.

²⁹ Fitzmaurice y Elias, *supra*, nota 11, en 23 y 24; Klabbers, *supra*, nota 3, en 85 y 86.

³⁰ Aust, *supra*, nota 11, en 16 (donde se apoya la idea de que podría celebrarse un tratado por correo electrónico).

³¹ Véase Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 3. La Comisión de Derecho Internacional recalcó que se centraba exclusivamente en los acuerdos consignados por escrito "para mayor claridad y sencillez" y que "no es que se quiera negar a los acuerdos verbales fuerza de obligar en derecho internacional ni tampoco se pretende decir que algunos de los principios enunciados en las partes siguientes del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados preparado por la Comisión no sean pertinentes respecto de los acuerdos verbales", ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 1966, vol. II, 189, párr. 7

³² Véanse, por ejemplo, Hollis, *A Comparative Approach, supra*, nota 10, en 12 y 13 (donde se analizan el derecho y la práctica de los tratados de Alemania, Canadá, Japón, el Reino Unido y Suiza); Jan G. Brower, *The Netherlands*, en *National Treaty Law & Practice* 486 (Duncan B. Hollis et al., eds., 2005) (el gobierno holandés se ha opuesto a la práctica de los acuerdos verbales desde 1983); K. Thakore, *India*, en *National Treaty Law & Practice* 352 (Duncan B. Hollis et al., eds., 2005) (en la India no se recurre a acuerdos verbales); Neville Botha, *South Africa*, en *National Treaty Law & Practice* 583 (Duncan B. Hollis et al., eds., 2005) (ni en el derecho ni en la práctica de Sudáfrica se prevén los acuerdos verbales, que carecen de autorización oficial).

³³ Véase 1 U.S.C. §112b.

- (v) *y se rige por el derecho internacional, . . .* Este es el criterio esencial de la definición de tratado. En términos sencillos, *si un acuerdo internacional se rige por el derecho internacional, es un tratado*. Sin embargo, la dificultad radica en entender qué quiere decir esta frase. Al decir que “se rige por el derecho internacional”, se distingue claramente un tratado de las otras dos categorías de acuerdo internacional: contratos (acuerdos regidos por el derecho nacional) y compromisos políticos (acuerdos que no se rigen por ningún tipo de derecho)³⁴, pero no resulta claro exactamente de qué forma. Para empezar, la idea de que los tratados se rigen por el derecho internacional puede interpretarse más como una consecuencia de la celebración del tratado que como un elemento constitutivo del concepto³⁵. Como se verá más adelante, los Estados y los expertos no han resuelto por completo la forma de decidir qué acuerdos se rigen por el derecho internacional. En la actualidad, hay dos posiciones diferentes. La primera favorece indicadores subjetivos para determinar los casos en que un acuerdo se rige por el derecho internacional sobre la base de la intención de los Estados (u otros sujetos) que lo celebran. En otras palabras, un acuerdo es un tratado en los casos en que refleja las intenciones comunes de sus autores. En cambio, la otra posición considera que los marcadores objetivos de un acuerdo (la materia o el uso de cierto texto) son más indicativos de los casos en que se rige por el derecho internacional. En la práctica, la aplicación de este criterio a los tratados implica una oscilación entre enfoques subjetivos y objetivos³⁶
- (vi) *independientemente de su designación . . .* En el derecho internacional no se ha impuesto ningún requisito de forma o formalidad para la celebración de tratados.³⁷ Por lo tanto, no es necesario que se titulen “tratado”. En la práctica, los tratados tienen títulos muy diferentes, como “acta”, “acta aprobada”, “carta”, “convención”, “pacto”, “declaración”, “memorando”, “nota verbal”, “protocolo”, “estatuto” y, por supuesto, “tratado”. Los tribunales internacionales han clasificado instrumentos como tratados a

³⁴ Ambas distinciones se plantearon en la Comisión de Derecho Internacional y en la Conferencia de Viena. Sobre la distinción entre tratados y contratos, véase ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 1966, vol. II, 189, párr. 6; ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 1959, vol. II, 95, párr. 3; Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, *Documentos oficiales, Documentos de la conferencia*, documento ONU A/CONF.39/11/Add.2, 9, párr. 6 (“Conferencia de Viena, Documentos oficiales”). Sobre la distinción entre tratados y compromisos políticos, véanse ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 1959, vol. II, 96-97, párr. 8 (“no se considerarán como tratados los instrumentos que, aunque tengan apariencia de tratados, no contengan sino declaraciones de principio o exposiciones de orden político, o expresiones de opinión o “vœux”); Conferencia de Viena, *Documentos oficiales, supra*, en 111 y 112; Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, *Actas resumidas del primer período de sesiones*, documento ONU A/CONF.39/11, 23, párr. 26 (“Conferencia de Viena, primer período de sesiones”) (el delegado de México distingue los tratados de declaraciones de principio o instrumentos políticos); *id.* en 28, párr. 65.

³⁵ Esa perspectiva influyó claramente en la génesis de la frase en la Comisión de Derecho Internacional. Véase ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 1959, vol. II, 95, párr. 3.

³⁶ Martti Koskeniemi, *Theory: implications for the practitioner*, en *Theory and international law: an introduction* 19-20 (Philip Allott et al., eds., 1991).

³⁷ Véanse, por ejemplo, *An Arbitral Tribunal Constituted Under Annex VII to the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea (The Republic of Philippines v. The People's Republic of China)*, Laudo sobre jurisdicción, Corte Permanente de Arbitraje, Caso No. 2013-19 (29 de octubre de 2015), párr. 214 (en adelante, “Arbitraje sobre el Mar del Sur de China”) (la forma o la designación de un instrumento no determinan su condición de acuerdo); *Sudoeste africano (Etiopía c. Sudáfrica, Liberia c. Sudáfrica)* (excepciones preliminares) (1962), Informe de la CIJ 319, 331 (la terminología no es un factor determinante de la índole de un acuerdo internacional).

pesar de las diferencias en el formato de los acuerdos. En *Qatar c. Bahrein*, la Corte Internacional de Justicia analizó el “acta aprobada” de 1990 de una reunión de ministros de relaciones exteriores y la consideró como un tratado.³⁸ Más recientemente, en el *Caso de las plantas de celulosa*, la Corte llegó a la conclusión de que un comunicado de prensa constituía un acuerdo vinculante para las partes.³⁹

A lo sumo, el título de un acuerdo puede proporcionar una indicación de su condición. Por ejemplo, puede indicar las intenciones de los autores. Cuando dos Estados usan el título “tratado”, eso da a entender que preveían celebrar un tratado, pero el hecho de que un acuerdo tenga un título en particular no determina si es o no es un tratado. Por lo tanto, aunque algunos Estados, como Canadá, prefieren usar “memorando de entendimiento” como título de sus compromisos políticos, el hecho de que un acuerdo tenga ese título no lo convierte automáticamente en un instrumento no vinculante. Los memorandos de entendimiento pueden ser tratados.⁴⁰

(vii) *o registro* . . . De acuerdo con la Carta de las Naciones Unidas, párrafo 102(1), se requiere que “[t]odo tratado y todo acuerdo internacional concertados por cualesquiera Miembros de las Naciones Unidas después de entrar en vigor esta Carta, serán registrados en la Secretaría y publicados por ésta a la mayor brevedad posible”⁴¹. ¿Significa esto que los acuerdos que no han sido registrados no son tratados? La respuesta es claramente que no⁴². Ni en la Carta de las Naciones Unidas ni en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados se vincula explícitamente el

³⁸ *Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein (Qatar c. Bahrein)* (competencia y admisibilidad) (1994) Informe de la CIJ 112, párrs. 21 a 30.

³⁹ *Caso de las plantas de celulosa*, *supra*, nota 28, párr. 138.

⁴⁰ Ministerio de Asuntos Mundiales de Canadá, *Policy on Tabling of Treaties in Parliament*, en <https://treaty-accord.gc.ca/procedures.aspx?lang=eng>, anexo C (“Canada Treaty Policy”) (mientras la práctica reciente de Canadá indica que un memorando de entendimiento o acuerdos no son jurídicamente vinculantes, no todos los Estados consideran estos instrumentos como tales. El simple hecho de llamar a un documento “memorando de entendimiento” o “acuerdo” no es suficiente para cerciorarse de que no se le considerará como un acuerdo regido por el derecho internacional); , División de Derecho de los Tratados, Ministerio de Asuntos Mundiales de Canadá, *Binding and Non-Binding Agreements: A Questionnaire for OAS Member States—Submission by Canada* (9 September 2019) (“Repuesta de Canadá”); División de Derecho de los Tratados, Ministerio de Asuntos Mundiales de Canadá *Working Group on Treaty Practice, Survey on Binding and Non-Binding International Instruments* (18 de septiembre de 2019) 5, 23 (en lo sucesivo “Grupo de Trabajo sobre Práctica de Tratados”) (Alemania, Canadá, Corea, España, Finlandia, Israel, Japón y México señalan que el título de un acuerdo no determina su condición de vinculante o no vinculante, aunque España señaló que no considera que los memorandos de entendimiento sean jurídicamente vinculantes según lo dispuesto en el artículo 43 de su Ley 25/2014 de Tratados).

Además, los Estados que atribuyan una condición diferente al mismo memorando de entendimiento, como lo hicieron Estados Unidos y las otras partes con respecto a ciertos memorandos de entendimiento relacionados con la defensa que Estados Unidos consideraba como tratados, pero que las demás partes (Australia, Canadá y el Reino Unido) consideraban como compromisos políticos no vinculantes. Véase J. McNeill, *International Agreements: Recent US-UK Practice Concerning the Memorandum of Understanding*, 88 Am. J. Int'l L. 821 (1994).

⁴¹ Carta de las Naciones Unidas, art. 102(1); véase también Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 80(1) (“Los tratados, después de su entrada en vigor, se transmitirán a la Secretaría de las Naciones Unidas para su registro o archivo e inscripción, según el caso, y para su publicación”). En cambio, el artículo 18 del Pacto de la Sociedad de Naciones no se quedaba allí, sino que indicaba que “un tratado o compromiso internacional” no sería obligatorio antes de haber sido registrado.

⁴² *Accord Aust*, *supra*, nota 11, en 302 y 303; Fitzmaurice y Elias, *supra*, nota 11, en 23; Klabbbers, *supra*, nota 3, en 84; D.N. Hutchinson, *The Significance of the Registration or Non-Registration of an International Agreement in Determining Whether or Not it is a Treaty*, Current Legal Problems 257, 265-276 (1993).

registro de un tratado a su condición jurídica. Por su parte, la Organización de las Naciones Unidas tiene cuidado de indicar regularmente que la aceptación por la Secretaría de un instrumento para su registro no le confiere la condición de tratado o acuerdo internacional si todavía no la tiene⁴³. Asimismo, el hecho de que un acuerdo no esté registrado no es motivo para denegarle la condición de tratado. Como señaló la CIJ en *Qatar c. Bahrein*, la omisión del registro o el registro tardío no tienen ninguna consecuencia para la validez del acuerdo en la práctica, que sigue siendo no menos vinculante para las partes⁴⁴. En resumen, el registro no es un criterio requerido para que un acuerdo se encuadre en la definición de tratado.

Aunque el registro no sea determinativo, puede ser indicativo de la existencia de un tratado. Igual que el título, el registro indica la intención (aunque sea solo de la parte que registra el instrumento) de que el acuerdo sea un tratado. Sin embargo, como los Estados no monitorean regularmente el registro de tratados, el registro suele decir poco, si acaso, sobre las intenciones de los otros Estados. No obstante, en el caso *Somalia c. Kenya*, la CIJ dio a entender que el registro es uno de los factores que tiene en cuenta para identificar tratados, en particular en los casos en que la otra parte no haya impugnado posteriormente el registro⁴⁵

- (viii) ...o los procedimientos jurídicos internos que los Estados utilicen para dar su consentimiento en obligarse. La definición de “tratado” puede variar según el contexto en que se use. Para los efectos de estas *Directrices*, es importante distinguir la forma en que los Estados Miembros definen los tratados en su derecho interno de la forma en que se define el concepto en el derecho y la práctica internacionales. Como cuestión de derecho interno, algunos Estados limitan la definición de tratado en su orden jurídico interno a los acuerdos autorizados por medio de procedimientos internos específicos, que en la mayoría de los casos consisten en la aprobación legislativa.⁴⁶

⁴³ Secretario General de las Naciones Unidas, *Note by the Secretariat*, en 2856 Treaties and international agreements registered or filed and recorded with the Secretariat of the United Nations VII (2012). En caso de duda, la Organización de las Naciones Unidas prefiere la inscripción, pero ocasionalmente se ha negado a inscribir un texto que no consideraba como un tratado.

⁴⁴ *Qatar c. Bahrein*, *supra*, nota 38, párr. 29. Sin embargo, el hecho de que un memorando de entendimiento suscrito entre Estados Unidos y el Reino Unido en 1983 no había sido registrado ni publicado influyó en la decisión tomada en el arbitraje en el caso Heathrow de que no era jurídicamente vinculante. *Award on the First Question, US/UK Arbitration concerning Heathrow Airport User Charges* (1992) cap. 5 155, párr. 6.5.

⁴⁵ Véase *Somalia c. Kenya*, *supra*, nota 9, 21, párr. 42 (donde se señala que Kenya registró el instrumento y Somalia no formuló objeciones durante cinco años entre las razones por las cuales el memorando de entendimiento constituía un tratado).

⁴⁶ Los tipos de acuerdos que requieren aprobación legislativa varían de un Estado a otro. Véase, por ejemplo, Hollis, *A Comparative Approach*, *supra*, nota 10 (donde se examina la forma en que se aborda el papel del poder legislativo en la celebración de tratados en diecinueve Estados). En algunos Estados, como la República Dominicana, todos los acuerdos internacionales requieren aprobación legislativa; en otros, como Canadá, no se necesita aprobación legislativa para celebrar acuerdos internacionales (sin embargo, podrían requerirse leyes para aplicar ciertos acuerdos en el ámbito interno). Respuesta de Canadá, *supra*, nota 40, en 6. Otros Estados adoptan procedimientos internos diferentes para acuerdos internacionales sobre distintos temas o a la luz de otras autoridades internas. Véanse, por ejemplo, República Dominicana, Dirección Jurídica, Ministerio de Relaciones Exteriores, *Respuestas al cuestionario sobre acuerdos vinculantes y no vinculantes*, 29 de noviembre de 2017 (donde se cita el artículo 93 de la Constitución de 2015) (en adelante “Respuesta de la República Dominicana”); República del Ecuador, Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, *Cuestionario “Acuerdos vinculantes y no vinculantes”* (en adelante “Respuesta de Ecuador”) (se requiere aprobación legislativa para ciertos acuerdos internacionales sobre materias que impliquen, por ejemplo, la delimitación territorial o fronteriza, alianzas y acuerdos comerciales).

Los acuerdos internacionales que no requieren o no reciben este tipo de aprobación no se consideran como tratados para los efectos del derecho interno, sino que integran una categoría discreta. Muchos Estados los denominan “acuerdos ejecutivos”⁴⁷; otros, en particular los Estados del Commonwealth, usan el término “tratado” para referirse a sus acuerdos internacionales aunque no requieran autorización legislativa previa⁴⁸. Por lo tanto, el hecho de que un Estado disponga un conjunto particular de procedimientos internos para la celebración de un acuerdo internacional no permite predecir con exactitud su condición de acuerdo vinculante de conformidad con el derecho internacional. Por esa razón, estas *Directrices* se ciñen a la formulación más amplia según la cual un tratado abarca todos los acuerdos vinculantes que se rigen por el derecho internacional, independientemente de la forma en que los Estados decidan autorizar el consentimiento en obligarse.

1.3 Compromiso político: *Acuerdo que no es jurídicamente vinculante, celebrado entre Estados, instituciones del Estado u otros actores con la intención de establecer compromisos de una índole exclusivamente política o moral.*

Comentario: A diferencia de lo que ocurre con los tratados, en el derecho internacional no hay una definición de compromiso político que goce de aceptación generalizada. No obstante, los Estados y los expertos han reconocido estos acuerdos no vinculantes durante más de un siglo, aunque con distintos títulos; por ejemplo, acuerdos de caballeros, acuerdos informales, acuerdos de facto, acuerdos no vinculantes, textos políticos, acuerdos extrajurídicos, acuerdos no jurídicos, entendimientos internacionales y compromisos políticos.⁴⁹ El rótulo “compromiso político” capta todas estas variaciones y corresponde a la categoría de acuerdos internacionales no vinculantes en general.

En la actualidad, los Estados apoyan claramente la práctica de la celebración de compromisos mutuos cuya fuerza normativa es ajena a todo sentido de obligación jurídica.⁵⁰ Además, esta práctica parece reflejar el uso cada vez mayor que hacen los Estados de este tipo de acuerdos⁵¹. Los compromisos políticos son, por definición, no vinculantes. Su cumplimiento no emana del derecho, sino de un sentido de deber moral o de las relaciones políticas en las cuales se originó el acuerdo. Los compromisos políticos son diferentes de los acuerdos vinculantes regidos por el derecho, sea

⁴⁷ En Estados Unidos, por ejemplo, solo los acuerdos que reciben el consentimiento y la anuencia de dos tercios de la cámara alta de la legislatura (el Senado) se denominan tratados; los acuerdos aprobados por mayoría simple de ambas cámaras se denominan “acuerdos ejecutivos congresionales”, mientras que los que se suscriben en virtud de las potestades constitucionales del presidente se denominan “acuerdos ejecutivos”.

⁴⁸ Véase Política de Canadá en materia de tratados, *supra*, nota 40 (en donde se adopta una definición de tratado que se aplica a cualquier tipo de instrumento regido por el derecho público internacional).

⁴⁹ Véase Klabbers, *supra*, nota 3, en 18; véanse también Hollis y Newcomer, *supra*, nota 3, en 516-524; Michael Bothe, *Legal and Non-Legal Norms—A Meaningful Distinction in International Relations*, 11 NETH. Y.B. INT'L L. 65, 95 (1980); Oscar Schachter, *The Twilight Existence of Nonbinding International Agreements* 71 AM. J. INT'L L. 296 (1977).

⁵⁰ Véase, por ejemplo, Aust, *supra*, nota 11, en 28-29, 35-39; McNair, *supra*, nota 12, en 6; Bothe, *supra*, nota 49, en 66 (donde se usa un enfoque empírico para revelar la práctica de los compromisos políticos); Paul Reuter, *An Introduction to the Law of Treaties*, párr. 74 (J. Mico y P. Haggemacher, traductores, 1989). Prosigue el debate desde el punto de vista de la jurisprudencia sobre si los Estados pueden optar por celebrar acuerdos no vinculantes. Véanse Klabbers, *supra*, nota 3, en 119 (si los Estados quieren obligarse, no tienen más opción que obligarse jurídicamente); Ian Sinclair, *Book Review—The Concept of Treaty in International Law*, 81 AM. J. INT'L L. 748 (1997) (donde se cuestiona el punto de vista de Klabbers).

⁵¹ Grupo de Trabajo sobre Práctica de Tratados, *supra*, nota 40, en 13, 31 (los ocho Estados encuestados — Alemania, Canadá, Corea, España, Finlandia, Israel, Japón y México— concuerdan en que va en aumento la frecuencia e importancia de los compromisos políticos).

internacional (en el caso de los tratados) o nacional (en el caso de los contratos). La diferencia es importante, y el Departamento de Estado de los Estados Unidos la describe al hacer referencia a varios compromisos políticos celebrados paralelamente al Tratado START:

Un compromiso que se entiende que es jurídicamente vinculante conlleva la obligación de cada parte de cumplirlo y el derecho de cada parte de exigir el cumplimiento de la obligación de acuerdo con el derecho internacional. Un compromiso “político” no se rige por el derecho internacional [...]. A menos que una parte encuentre un modo de librarse de su compromiso “político”, lo cual puede hacer sin incurrir en sanción jurídica, y hasta que eso ocurra, ha prometido cumplir ese compromiso, y la otra parte tiene motivo para preocuparse por el cumplimiento. Si una parte contraviene un compromiso político, será pasible de una respuesta política apropiada.⁵²

Por supuesto, las normas jurídicas también pueden tener fuerza política. Por ejemplo, la infracción de un tratado puede generar consecuencias jurídicas y políticas. Por consiguiente, lo que distingue los tratados de los compromisos políticos es la aplicación *adicional* del derecho internacional a los tratados (por ejemplo, el derecho de la responsabilidad del Estado).

El concepto de compromiso político no debe confundirse con el “soft law” o derecho indicativo. Aunque la expresión “soft law” tiene varios significados, básicamente se refiere al derecho no como un fenómeno binario en el cual algo es o no es ley, sino como una gama de distintos grados de obligatoriedad o exigibilidad que van de lo indicativo a lo imperativo.⁵³ Por lo tanto, el derecho indicativo abarca dos ideas diferentes: (a) normas que, a pesar de ser precisas, no tienen como finalidad dar origen a obligaciones en el marco del derecho internacional, y (b) normas jurídicas cuyo cumplimiento no se puede exigir porque son demasiado vagas, no se las monitorea o no cuentan con mecanismos para asegurar su cumplimiento⁵⁴. Los compromisos políticos implican acuerdos sobre normas del primer tipo, no del segundo.

Asimismo, como se explica en el apartado 2, en vista de que los compromisos políticos no derivan su autoridad del derecho internacional o nacional, no están constreñidos por reglas jurídicas en materia de capacidad. Desde luego, los Estados pueden celebrar compromisos políticos, y también pueden hacerlo las unidades territoriales subnacionales⁵⁵. No obstante, como los compromisos políticos no emanan del derecho internacional, no hay ninguna razón para limitar la celebración de compromisos políticos a las entidades que pueden suscribir tratados⁵⁶.

⁵² *Transmittal of the Treaty with the U.S.S.R. on the Reduction and Limitation of Strategic Offensive Arms (START Treaty)*, 25 de noviembre de 1991, S. Treaty Doc. No. 102-20, en 1086; Servicio de Investigaciones del Congreso, Comisión de Relaciones Exteriores, 106.º Congreso, *Treaties and Other International Agreements: The Role of the United States Senate* 58-59 (Comm. Print 2001); véase también Repuesta de Canadá, *supra*, nota 40, en 3.

⁵³ Véanse, por ejemplo, Alan Boyle, *Some Reflections on the Relationship of Treaties and Soft Law*, 48 *Int'l & Comp. L. Q.* 901 (1999); Christine M. Chinkin, *The Challenges of Soft Law: Development and Change in International Law*, 38 *Int'l & Comp. L. Q.* 850, 865-66 (1989).

⁵⁴ Véase Prosper Weil, *Towards Relative Normativity in International Law*, 77 *AM. J. INT'L L.* 413, 414-415, n7 (1983). Otros han propuesto una definición estrecha que limita el derecho indicativo a acuerdos normativos que no son jurídicamente vinculantes. Véase, por ejemplo, Wolfgang H. Reinicke y Jan M. Witte, *Interdependence, Globalization and Sovereignty: The Role of Non-Binding International Legal Accords*, en *Commitment and Compliance: The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System* 76 n3 (Dinah Shelton ed., 2000).

⁵⁵ Véase Duncan B. Hollis, *Unpacking the Compact Clause*, 88 *Texas L. Rev.* 741 (2010) (donde se analizan acuerdos de los Estados Unidos celebrados con otros Estados y se señala que han adoptado con entusiasmo la forma del compromiso político).

⁵⁶ Véase Hollis y Newcomer, *supra*, nota 3, en 521.

Por lo tanto, la definición de compromiso político que consta en las *Directrices* abarca los demás actores que tienen capacidad para asumir compromisos políticos o morales. Supuestamente, eso incluiría las empresas y los particulares. Asimismo, se pueden celebrar compromisos políticos entre un grupo de participantes con una identidad común (por ejemplo, solamente entre Estados o solamente entre empresas) o entre una gama de diversos actores en un marco de múltiples partes interesadas. Un ejemplo reciente es el de los más de 1000 signatarios del Llamamiento de París para la confianza y la seguridad en el ciberespacio, entre los que se encuentran Estados, empresas, instituciones académicas y diversos representantes de la sociedad civil⁵⁷.

1.4 Contrato: *Acuerdo voluntario entre dos o más partes que constituye un acuerdo vinculante regido por el derecho nacional o el derecho no estatal.*

Comentario: Igual que los tratados (y a diferencia de los compromisos políticos), los contratos generan obligaciones jurídicamente vinculantes. Sin embargo, el ordenamiento jurídico interno, en vez del derecho internacional, rige por lo general la celebración, interpretación y operación del contrato⁵⁸. No obstante, en varios contextos comerciales, las partes pueden disponer que sus contratos se rijan por el derecho no estatal (es decir, costumbres, usos y prácticas; principios y *lex mercatoria*), en vez o además de un ordenamiento jurídico nacional. En fecha reciente, el Comité Jurídico Interamericano preparó una *Guía sobre el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales en las Américas* en la que se expone con mayor detalle el concepto de "contrato"⁵⁹. Se pretende que la definición dada aquí sea similar a la que aparece en dicha *Guía*⁶⁰.

Los contratos por lo general son definidos como acuerdos por actores privados (empresas o particulares) que se rigen por el ordenamiento jurídico nacional pertinente⁶¹. Sin embargo, tal como reconoció la Comisión de Derecho Internacional, los Estados pueden elegir otro tipo de derecho que no sea el derecho internacional para que rija sus acuerdos⁶². En consecuencia, los actores públicos, sean Estados en conjunto o sus diversas instituciones, pueden optar por celebrar sus acuerdos en forma de contratos.

⁵⁷ Véase Llamamiento de París para la confianza y la seguridad en el ciberespacio (12 de noviembre de 2018) <https://www.diplomatie.gouv.fr/es/asuntos-globales/diplomacia-digital/eventos/articulo/ciberseguridad-llamamiento-de-paris-del-12-de-noviembre-de-2018-para-la>.

⁵⁸ Widdows, *supra*, nota 5, en 144-49 Decir que un contrato se rige por el derecho interno no significa que nunca pueda tener efectos jurídicos internacionales. Dependiendo de las circunstancias, la responsabilidad jurídica internacional puede derivarse de la violación de un contrato por parte de un Estado. Sin embargo, como señaló la Comisión de Derecho Internacional, "de esto no se deduce que el compromiso mismo o, más bien dicho, el instrumento que lo contenía, era un tratado o acuerdo internacional [...]. Si bien la obligación de cumplir el compromiso puede ser una obligación de derecho internacional, las consecuencias de su ejecución no se regirán por el derecho internacional". ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 1959, vol. II, 95, párr. 3.

⁵⁹ Véase Guía sobre el DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES en las Américas, OAS/Ser. Q, CJI/RES. 249 (XCIV-O/19) (21 de febrero de 2019).

⁶⁰ *Id.* La única diferencia es que en el contexto del comercio internacional, la definición destaca la necesidad de que los contratos sean "ejecutables" *Id.* en pág. 108. Sin embargo, en aquellos casos en que los Estados lleguen a la conclusión de que tal vez en los contratos *inter se* (o incluso en los contratos entre dependencias estatales o instituciones subnacionales) no se garantice su ejecución, temas tales como la inmunidad soberana, por ejemplo, pueden impedir a un tribunal declarar su competencia sobre cualquier controversia que surja de tales contratos. Por este motivo, la actual definición no exige la condición de ejecutabilidad para que exista un contrato.

⁶¹ El ordenamiento jurídico de cada nación determina qué contratos se encuentran en su jurisdicción, ya sea porque las partes lo elijan o como consecuencia de los contactos de dicho ordenamiento con las partes. En los casos en que las partes contratantes sean agentes de distintos Estados, varios Estados pueden asumir la jurisdicción sobre dicho acuerdo. En esos casos, las reglas sobre conflicto de leyes dictan qué ordenamiento jurídico tiene prioridad en casos de conflicto.

⁶² Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1966, vol. II, 189, párr. 6.

La existencia de un contrato entre Estados (o entre instituciones) suele depender de la intención: ¿tenían las partes la intención de que su acuerdo se rigiera por el derecho nacional (y, en ese caso, cuál)? Al mismo tiempo, el ordenamiento jurídico interno pertinente tendrá sus propias reglas con respecto a qué acuerdos reúnen las condiciones para ser considerados como contratos y cómo se debe elegir el derecho aplicable.⁶³ Por lo tanto, existe la posibilidad de que los Estados deseen crear un contrato que no tenga validez en el marco del derecho nacional seleccionado (o que se aplique de otra forma). En esos casos, queda pendiente la cuestión de si intervendría el derecho internacional para regir el acuerdo⁶⁴.

1.5 Acuerdo interinstitucional: *Acuerdo celebrado entre dos o más instituciones del Estado, entre ellas ministerios nacionales o unidades territoriales subnacionales. Según sus condiciones, las circunstancias del caso y los actos subsiguientes, un acuerdo interinstitucional podría reunir los requisitos para ser considerado como un tratado, un compromiso político o un contrato.*

Comentario: Actualmente, los Estados usan la expresión “acuerdo interinstitucional” para referirse a acuerdos internacionales celebrados por instituciones del Estado, sean (i) ministerios u organismos nacionales o (ii) unidades territoriales subnacionales, como regiones o provincias. México, por ejemplo, define el alcance de sus acuerdos interinstitucionales como aquellos “celebrados por escrito entre cualquier dependencia u organismo descentralizado de la Administración Pública Federal, Estatal o Municipal y uno o varios órganos gubernamentales extranjeros u organizaciones internacionales”.⁶⁵ Perú los define como “acuerdos interinstitucionales”[...] que, en el marco de sus competencias funcionales, pueden celebrar las entidades gubernamentales peruanas, incluyendo las municipalidades y gobiernos regionales, con órganos gubernamentales extranjeros similares o incluso con organizaciones internacionales”.⁶⁶

El concepto de acuerdos interinstitucionales ha recibido relativamente poca atención en el ámbito del derecho internacional, en tanto que la práctica parece ser muy diversa en lo que se refiere al carácter vinculante o no vinculante de estos acuerdos. Para algunos Estados, como México, los acuerdos interinstitucionales están “regidos por el derecho internacional público”, de modo que constituyen tratados de acuerdo con la definición del término en estas *Directrices*.⁶⁷ Ecuador, en

⁶³ En Paraguay, por ejemplo, la Ley 5393/201 rige el derecho aplicable a los contratos internacionales. Véase *Nota de la Misión Permanente del Paraguay al Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos, Secretaría General de la OEA*, N.º 635-18/MPP/OEA (12 de junio de 2018) (en adelante “Respuesta de Paraguay”). Hace poco, el Comité Jurídico Interamericano terminó de preparar una *Guía sobre el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales en las Américas*, en la cual se aborda in extenso el tema de la contratación internacional. Aunque se centra en los contratos comerciales (en vez de los contratos entre Estados e instituciones de Estados, que se abordan en estas *Directrices*), contiene amplia orientación de utilidad general para todos los contratos internacionales. Véase *Guía sobre el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales en las Américas*, *supra*, nota 59.

⁶⁴ Eso es lo que opinaba Lauterpacht, igual que la Comisión de Derecho Internacional, al menos inicialmente. Lauterpacht, *Primer informe*, *supra*, nota 1, 100; ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 1959, vol. II, 95.

⁶⁵ Véase *Ley sobre la Celebración de Tratados*, reimpressa en 31 I.L.M. 390 (1992), CDLX Diario Oficial de la Federación 2 (2 de enero de 1992).

⁶⁶ Perú, Dirección General de Tratados del Ministerio de Relaciones Exteriores, *Informe del Comité Jurídico Interamericano. Acuerdos vinculantes y no vinculantes: Cuestionario para los Estados Miembros* (en adelante “Respuesta de Perú”); véase también Hollis, *Segundo informe*, *supra*, nota 10, párr. 14.

⁶⁷ México, Ley sobre la Celebración de Tratados de 1992, *supra*, nota 65. La aplicación de la denominación de tratados a acuerdos interinstitucionales podría discordar del título que tengan en el ordenamiento jurídico interno. Tanto en México como en Estados Unidos, por ejemplo, solamente los instrumentos que reciben aprobación de sus respectivos poderes legislativos se denominan tratados, a pesar de que ambos Estados celebran otros “acuerdos internacionales” que reunirían las condiciones para

cambio, afirma que “las instituciones menores del Estado, en el marco del cumplimiento de sus competencias, suelen suscribir entendimientos no vinculantes con sus similares o con organizaciones internacionales, conocidos como instrumentos interinstitucionales”⁶⁸. Otros Estados adoptan un enfoque híbrido. En Uruguay, los acuerdos interinstitucionales pueden ser vinculantes o no vinculantes.⁶⁹ Perú afirma que “podrían estar regidos por el Derecho Internacional en la medida que desarrollen compromisos internacionales establecidos en tratados en vigor”; de lo contrario, pueden ser compromisos políticos o contratos⁷⁰. Jamaica, en cambio, no considera los acuerdos celebrados por sus instituciones como tratados, pero señala que “las unidades territoriales subnacionales y los organismos pueden celebrar acuerdos no vinculantes o contratos”.⁷¹ Estados Unidos, entretanto, indica que sus ministerios nacionales pueden celebrar acuerdos interinstitucionales que pueden ser tratados, compromisos políticos “no vinculantes” o contratos.⁷²

La diversidad de prácticas de los Estados muestra que la categoría de acuerdos interinstitucionales no está relacionada exclusivamente con una categoría única de acuerdos

ser considerados como tratados de conformidad con el derecho internacional. Por lo tanto, en estas *Directrices* se hace referencia a ciertos acuerdos interinstitucionales como tratados en el sentido de la frase que se utiliza en el derecho internacional, a pesar de que, como asunto de derecho constitucional, no puedan tener ese título.

⁶⁸ Respuesta de Ecuador, *supra*, nota 46 (sin cursivas en el original); Hollis, *Segundo informe, supra*, nota 10, párr. 13; véase también Respuesta de Canadá, *supra* nota 40, en 6 (los memorandos de entendimiento no vinculantes y los acuerdos similares pueden ser celebrados entre Canadá y otro Estado soberano, pero lo que normalmente ocurre es que se celebren entre un departamento o dependencia del Gobierno, provincia u otro gobierno subnacional u organización paraestatal de Canadá y una entidad similar de otro país).

⁶⁹ Véase Uruguay, *Respuesta a cuestionario sobre "los acuerdos vinculantes y no vinculantes"* (en adelante "Respuesta de Uruguay") (donde se incluyen los "acuerdos interinstitucionales" entre los acuerdos no vinculantes, pero posteriormente se indica que los acuerdos interinstitucionales "no obligan al Estado, sino a sí mismos"). Panamá afirma que los representantes de sus unidades territoriales pueden suscribir tratados si reciben plenos poderes del Ministerio de Relaciones Exteriores. *Nota de la República de Panamá, Ministerio de Relaciones Exteriores, Dirección de Asuntos Jurídicos Internacionales y Tratados, al Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la Organización de los Estados Americanos*, N.V.-A.J._MIRE-201813176 (en adelante "Respuesta de Panamá").

⁷⁰ Respuesta de Perú, *supra*, nota 66 (donde se cita el artículo 6 del Decreto Supremo N.º 031-2007-RE). Perú señala que "se recurre cada vez más a la figura de los acuerdos 'no vinculantes' [...] a nivel interinstitucional (entre entidades gubernamentales peruanas, incluyendo las municipalidades y gobiernos regionales, con sus homólogas extranjeras)". Al mismo tiempo, estas entidades "están habilitadas para celebrar contratos referidos a la adquisición de bienes y servicios". *Id.*

⁷¹ Jamaica, *Nota de la Misión de Jamaica al Departamento de Derecho Internacional de la OEA, Secretaría de Asuntos Jurídicos de la OEA*, Ref. 06/10/12, 14 de diciembre de 2017 (en adelante "Respuesta de Jamaica") (sin cursivas en el original).

⁷² Véase Estados Unidos, *Informe del Comité Jurídico Interamericano: Cuestionario para los Estados Miembros* (en adelante "Respuesta de los Estados Unidos") ("Los departamentos y agencias de los Estados Unidos pueden firmar acuerdos con agencias de otros Estados que se encuadren en la definición de tratado contenida en el artículo 2 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Los departamentos y agencias de los Estados Unidos también suscriben instrumentos y contratos que no son jurídicamente vinculantes, regidos por el derecho interno, con agencias de otros Estados"). La costumbre estadounidense con respecto a sus unidades territoriales subnacionales (es decir, los Estados) es más compleja, ya que en la Constitución se deniega a los Estados la capacidad para celebrar tratados, pero los Estados pueden celebrar acuerdos o pactos con contrapartes extranjeras en los casos en que el Congreso lo autorice. *Id.* Argentina, en cambio, permite que sus unidades territoriales subnacionales celebren tratados, pero deniega tal capacidad a sus ministerios o agencias nacionales. Argentina, *Respuesta cuestionario OEA - Acuerdos vinculantes y no vinculantes* (en adelante "Respuesta de Argentina").

vinculantes (o no vinculantes). En términos sencillos, un acuerdo interinstitucional podría ser un tratado vinculante o un contrato vinculante, o podría ser un compromiso político no vinculante. Por lo tanto, su condición jurídica (o la ausencia de tal condición) debe determinarse según la capacidad de la institución para celebrar acuerdos internacionales, usando los mismos métodos de identificación que se emplean para distinguir acuerdos entre Estados (es decir, el texto, las circunstancias particulares y los actos subsiguientes).

2. Capacidad para celebrar acuerdos internacionales

2.1 Capacidad de los Estados para celebrar tratados. *Los Estados tienen capacidad para suscribir tratados y deberían hacerlo de conformidad con los términos del tratado y cualesquiera leyes y procedimientos internos que regulen su capacidad para dar su consentimiento en obligarse.*

Comentario: En virtud de su soberanía, todos los Estados tienen capacidad para suscribir tratados⁷³. Por medio de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y de la costumbre, el derecho internacional ha establecido un conjunto sólido de reglas supletorias relativas a la capacidad de los Estados para celebrar tratados. Por ejemplo, en el artículo 7 de la Convención de Viena se indica quiénes pueden manifestar el consentimiento del Estado en obligarse por un tratado: el jefe de gobierno, el jefe de Estado, el ministro de relaciones exteriores y cualquiera que reciba “plenos poderes” para hacerlo.

Sin embargo, los términos de un tratado pueden imponer limitaciones con respecto a qué Estados pueden adherirse. Los tratados multilaterales, por ejemplo, pueden estar abiertos a la firma de todos los Estados, solamente de los Estados de una región particular⁷⁴ o solamente de Estados que realizan una actividad específica⁷⁵. Los Estados tienen capacidad para adherirse solo si los términos del tratado lo permiten⁷⁶.

En el derecho internacional también se reconoce que cada Estado tiene leyes y procedimientos internos que rigen la celebración de tratados. En teoría, estas reglas casi nunca (o nunca en la práctica) pueden anular el consentimiento del Estado en obligarse por un tratado en particular. Hasta ahora, el artículo 46 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados no ha proporcionado fundamentos jurídicos para que un Estado retire su consentimiento en obligarse por un tratado (incluso en casos de presuntas violaciones graves del derecho interno o los procedimientos internos).⁷⁷ No

⁷³ Véase, por ejemplo, *Vapor "Wimbledon" (Gran Bretaña c. Alemania)* (1923), Informe de la Corte Permanente de Justicia Internacional, Serie A, Número 1, en 25, párr. 35 ("el derecho a asumir compromisos internacionales es un atributo de la soberanía del Estado").

⁷⁴ Véase, por ejemplo, Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (1985). Serie sobre Tratados, OEA, No. 67, artículos 18 y 20 (participación limitada a los Estados americanos).

⁷⁵ Véase Constitución de la Asociación de Países Productores de Caucho Natural (1968) 1045 UNTS 173, párr. 21 (tratado abierto a la firma de países productores de caucho natural). Además, algunos tratados están abiertos a la firma de otros Estados solo por invitación. Véase Convenio Internacional del Azúcar (1992) 1703 UNTS 203, art. 37 (convenio abierto a la firma de todo gobierno "invitado a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el azúcar, 1992").

⁷⁶ Naturalmente, los términos del tratado pueden facultar a los Estados partes existentes a decidir si admitirán o no a otro Estado como parte. Eso suele ocurrir con los tratados constitutivos de organizaciones internacionales.

⁷⁷ Véase Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 46(1) ("El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno.") Los intentos de invocar el artículo 46 no han dado muy buenos resultados en la práctica. Véanse *Somalia c. Kenya, supra*, nota 9, 21 párrs. 48 a 50 (donde se rechazan los argumentos de Somalia de que, como el memorando de entendimiento no recibió la aprobación requerida de conformidad con su derecho interno, podía invocar el artículo 46 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados o denegar de otra forma su

obstante, como buena práctica, el Estado debería ejercer su capacidad para adherirse solamente a tratados que hayan sido aprobados de conformidad con sus leyes y procedimientos internos. En otras palabras, si la Constitución del Estado requiere la aprobación previa de la legislatura para un tratado en particular, el Estado no debería ejercer su capacidad para manifestar su consentimiento en obligarse por el tratado hasta que la legislatura haya dado dicha aprobación.

Asimismo, los Estados deben tener en cuenta que las leyes y los procedimientos internos de otros Estados pueden facilitar o restringir su capacidad para celebrar tratados. Los Estados no deben suponer que su normativa interna y las normas de los potenciales copartícipes en el tratado sean equivalentes. Un Estado podría tener capacidad para celebrar solamente un tratado en particular con autorización previa de la legislatura, mientras que el derecho interno y la práctica de otro Estado podría autorizar la celebración del mismo tratado sin intervención de la legislatura. Por lo tanto, los Estados deberían ejercer su capacidad para celebrar tratados de formas que aseguren que cada uno de los Estados participantes tenga la oportunidad de obtener las aprobaciones internas necesarias antes de manifestar su consentimiento en obligarse por un tratado.

2.2 Capacidad de las instituciones del Estado para celebrar tratados. *Los Estados tienen la potestad, pero no la obligación, de autorizar a sus instituciones a celebrar tratados sobre temas de su competencia con el consentimiento de todos los copartícipes del tratado.*

Comentario: A diferencia de las cuestiones en torno a la capacidad de las organizaciones internacionales para celebrar tratados, el derecho internacional no ha dedicado mucha atención a la celebración de tratados por instituciones del Estado⁷⁸. No obstante, las instituciones del Estado, sean ministerios nacionales o unidades territoriales subnacionales, evidentemente suscriben instrumentos que por lo menos algunos Estados (entre ellos los Estados de las cuales estas instituciones forman parte) consideran como tratados (es decir, acuerdos que se rigen por el derecho internacional)⁷⁹. ¿En qué casos deberían estas instituciones tener capacidad para suscribir instrumentos de ese tipo? Para empezar, la institución debería tener competencia en la materia del acuerdo. Por ejemplo, el ministerio de hacienda de un Estado podría tener competencia para intercambiar información tributaria con sus contrapartes, pero no tendría competencia para intercambiar datos relacionados con la defensa. Asimismo, en los Estados federales, algunos asuntos son de competencia exclusiva de una unidad territorial subnacional (por ejemplo, una provincia o región), lo cual podría crear incentivos para que esa unidad territorial celebre un tratado directamente en vez de esperar hasta que el Estado manifieste su consentimiento para hacerlo en nombre de la unidad.

Sin embargo, sería un error mezclar la competencia en la materia de un tratado y la capacidad para celebrar tratados en la materia. Para que las instituciones puedan celebrar tratados, los Estados parecen establecer dos condiciones más: (1) que el Estado responsable de la institución dé su consentimiento para que la institución celebre tratados sobre asuntos que sean de su competencia, y (2) que los potenciales copartícipes en un tratado estén dispuestas a celebrar un tratado con la institución⁸⁰.

consentimiento en obligarse); *Fronteras terrestres y marítimas entre el Camerún y Nigeria, supra*, nota 9, párrs. 265 a 267; Klabbers, *supra*, nota 3, en 564 (es debatible si el artículo 46 podría considerarse como parte del derecho consuetudinario internacional. Después de todo, la costumbre es escasa y, aunque a veces se invoca la regla, rara vez se la aplica).

⁷⁸ Compárese con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1986, *supra*, nota 12.

⁷⁹ Véanse por ejemplo, Grant, *supra*, nota 25, párrs. 127 a 131; Duncan B. Hollis, *Why State Consent Still Matters—Non-State Actors, Treaties, and the Changing Sources of International Law*, 23 Berkeley J Intl L 137, párrs. 146 y 147 (2005).

⁸⁰ Oliver J. Lissitzyn, *Territorial Entities in the Law of Treaties*, III Recueil des Cours 66-71, 84 (1968); véase también ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 1962, vol. I, 59, párr. 20 (Briggs) (donde se menciona una prueba similar de dos partes); Grant, *supra*, nota 25, en 131.

Como consideración de primer orden, incumbe a cada Estado decidir si autorizará a cualquiera de sus instituciones a celebrar tratados. Algunos Estados podrían optar por no hacerlo⁸¹. En esos casos, la institución presuntamente estaría desprovista de toda capacidad para celebrar tratados.

En los casos en que los Estados autorizan a sus instituciones a celebrar tratados, pueden autorizar a todas sus instituciones o solamente a algunas. México, por ejemplo, autoriza a todo tipo de instituciones del Estado a suscribir tratados⁸². Otros Estados autorizan a categorías particulares de instituciones a celebrar tratados (o les deniegan la autorización). Por ejemplo, varios Estados de la región (como los Estados Unidos, Jamaica y Panamá) permiten que sus ministerios nacionales celebren tratados, mientras que, en otros Estados (como Colombia, Perú y la República Dominicana), esos ministerios están desprovistos de toda potestad interna para celebrar tratados.⁸³ Entretanto, hay algunos Estados, como Argentina, que autorizan a sus unidades territoriales subnacionales a celebrar ciertos tipos de tratados "parciales", pero les deniegan esa facultad a sus ministerios.⁸⁴ Otros Estados, en cambio, no autorizan a las unidades territoriales subnacionales a celebrar ningún tipo de tratado.⁸⁵

Asimismo, los Estados pueden autorizar a sus instituciones a negociar y celebrar tratados de distintas formas. Algunos, en particular los Estados europeos, tienen disposiciones en la constitución que describen la potestad de las instituciones para celebrar tratados sobre asuntos de su exclusiva competencia.⁸⁶ Otros, como México, han establecido en una ley el procedimiento para autorizar a

⁸¹ Véanse *Repuesta de Canadá*, *supra*, nota 40, en 7-8 (en la que se indica que solo el Gobierno federal de Canadá puede obligar a Canadá en tratados, no así los ministerios de Gobierno ni las provincias, pues éstas y los territorios solo pueden celebrar instrumentos no vinculantes); *Respuesta de Paraguay*, *supra*, nota 63 ("De acuerdo a la legislación interna, solamente el Ministerio de Relaciones Exteriores es la institución con facultad para celebrar tratados regidos por el derecho internacional").

⁸² Véase *supra*, nota 65, y el texto que le acompaña.

⁸³ Hollis, *Segundo informe*, *supra*, nota 10, párrs. 24 y 25; véase también *Respuesta de Panamá*, *supra*, nota 69. Fuera de la región pueden encontrarse prácticas similares. En Corea del Sur, por ejemplo, se permite que los acuerdos entre dependencias solo creen derechos u obligaciones vinculantes para las naciones, conforme al derecho Internacional. Grupo de Trabajo sobre Práctica de Tratados, *supra*, nota 40, en 21.

⁸⁴ Véase *Respuesta de Argentina*, *supra*, nota 72 (donde se indica que, en Argentina, "[l]os ministerios y entidades gubernamentales no pueden, al no ser sujetos de derecho internacional, celebrar tratados regidos por el derecho internacional" y que el artículo 124 de la Constitución de Argentina dispone que las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires pueden celebrar "convenios internacionales en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas al Gobierno federal o el crédito público de la Nación"); véase también la Constitución de la Confederación Argentina de 1853, reinstaurada en 1983, con las reformas efectuadas hasta 1994, artículos 125 y 126. 125-26, *English translation available at www.constituteproject.org*.

⁸⁵ Véase, por ejemplo, Brasil, *Acuerdos vinculantes y no vinculantes: Cuestionario para los Estados Miembros* (en adelante "Respuesta de Brasil") ["Las entidades subnacionales (Estados, Municipios y el Distrito Federal) no tienen competencia, según la Constitución Brasileña, para celebrar actos jurídicos internacionales que comprometan al Estado brasileño"]; Colombia, *Respuestas al cuestionario para los Estados Miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA). Acuerdos vinculantes y no vinculantes: práctica del Estado colombiano* (en adelante "Respuesta de Colombia") (la legislación interna colombiana no habilita a las "unidades territoriales subnacionales", como los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas, para celebrar tratados regidos por el derecho internacional).

⁸⁶ Véanse, por ejemplo, Constitución de Austria de 1920 (reinstaurada en 1945, rev. 2013), B-VG, art. 16 (traducción del original alemán por el Letrado de las Cortes Generales Mariano Daranas: "Los Estados pueden, en materias de su ámbito de autonomía, concertar tratados internacionales con Estados limítrofes de Austria o bien con partes de dichos Estados"); Constitución de Bélgica de 1883 (rev. 2014), art. 167(3) (versión en español extraída de la Revista del Centro de Estudios Constitucionales: "Los Gobiernos de Comunidad y de Región mencionados en el artículo 121, concluirán cada uno en lo que le afecte, los tratados sobre las materias que correspondan a la competencia de su Consejo. Tales

organismos federales y unidades territoriales subnacionales a celebrar ciertos tratados. Varios Estados dan su consentimiento según las circunstancias del caso. Por ejemplo, de conformidad con un tratado sobre seguridad social celebrado en 1981 con Estados Unidos, Canadá autorizó a una de sus provincias, Quebec, a celebrar un acuerdo subsidiario separado con Estados Unidos teniendo en cuenta las singularidades del sistema de pensiones de Quebec⁸⁷, y en 1986 Estados Unidos autorizó a Puerto Rico a incorporarse al Banco de Desarrollo del Caribe⁸⁸.

En segundo lugar, además del consentimiento “interno” del Estado del cual forme parte, la capacidad de una institución para celebrar tratados dependerá del consentimiento “externo” del otro Estado o institución, o de los otros Estados o instituciones, con los cuales quiera celebrar un tratado. El mero hecho de que un Estado haya autorizado a un ministerio nacional (o a una provincia) a celebrar tratados sobre ciertos asuntos no significa que los potenciales copartícipes en el tratado deban aceptar esta facultad. Los Estados pueden negarse a celebrar tratados de ese tipo y lo hacen regularmente o insisten en que el otro Estado celebre el tratado en nombre de la institución (por ejemplo, en forma de tratado entre Estados o entre gobiernos). Para evitar una discordancia de expectativas, un Estado que autorice a una de sus instituciones a celebrar tratados debería obtener el consentimiento de las otras partes del tratado, o cerciorarse de que su institución lo obtenga, para que la institución del Estado (en vez del Estado) sea parte de esos tratados.

Para evitar una discordancia de expectativas, un Estado que autorice a una de sus instituciones a celebrar tratados debería obtener el consentimiento de las otras partes del tratado, o cerciorarse de que su institución lo obtenga, para que la institución del Estado (en vez del Estado) sea parte de esos tratados. Hong Kong, por ejemplo, tiene varios tratados con Estados Miembros de la OEA.⁸⁹ En el contexto de los tratados multilaterales, ese tipo de autorización es menos frecuente, pero hay varios casos de Estados que han aceptado una relación de tratado con entidades subestatales. Por ejemplo, de conformidad con el artículo 305 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, tres categorías de Estados asociados y territorios pueden firmar y ratificar la Convención, con todos los derechos y obligaciones dispuestos en ella⁹⁰. El Acuerdo por el que se establece la

tratados solo tendrán eficacia después de haber recibido el asentimiento del Consejo"); Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949 (rev. 2014), art. 32(3) (traducción del original alemán por el Prof. Dr. Ricardo García Macho: "En tanto los Länder tengan competencia legislativa, podrán, con el consentimiento del Gobierno Federal, concertar tratados con Estados extranjeros"); Constitución de Suiza (1999), art. 56(1) (traducción por la OMPI: "Los cantones podrán concluir tratados con otros países en el ámbito de sus competencias"). Este tipo de autorización no es un fenómeno enteramente europeo; otros Estados, como Rusia, también autorizan la celebración de tratados por ciertas unidades subestatales (por ejemplo, Yaroslav, Tatarstan). Véanse W. E. Butler, *Russia*, en *National Treaty Law and Practice* 151, 152-53 (D. Hollis et al., eds., 2005); Babak Nikraves, *Quebec and Tatarstan in International Law*, 23 *Fletcher F. World Aff.* 227, 239 (1999).

⁸⁷ Véase *Agreement With Respect to Social Security*, 11 de marzo de 1981, Estados Unidos-Canadá, art. XX, 35 U.S.T. 3403, 3417. Quebec y Estados Unidos celebraron este acuerdo en 1983, que Estados Unidos incluye en su serie de tratados. Véase *Understanding and Administrative Arrangement with the Government of Quebec*, 30 de marzo de 1983, Estados Unidos-Quebec, T.I.A.S. No. 10.863.

⁸⁸ *Self-Governing and Non-Self-Governing Territories*, 1981-1988 Cumulative Digest of U.S. Practice on International Law, vol. 1, § 5, en 436, 438-440 (sobre el testimonio de Michael G. Kozak, a la sazón Asesor Jurídico Adjunto Principal del Departamento de Estado de los Estados Unidos, dado ante la Comisión sobre Asuntos Internos e Insulares de la Cámara de Representantes el 17 de julio de 1986). Posteriormente, Puerto Rico se retiró del Banco.

⁸⁹ Véase *Agreement between the Government of Canada and the Government of Hong Kong for the surrender of fugitive offenders*, 7 de septiembre de 1993, U.K-Hong Kong, 2313 U.N.T.S. 415.

⁹⁰ Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, 10 de diciembre de 1982, 1833 U.N.T.S. 396, arts. 305(1)(c)-(e), (donde se autoriza la ratificación o aceptación de la Convención por 1) "[t]odos los Estados asociados autónomos que hayan optado por esa condición en un acto de libre determinación supervisado y aprobado por las Naciones Unidas"; [...] y 3) "[t]odos los territorios que gocen de plena

Organización Mundial del Comercio está abierto a la adhesión de todo “Estado o territorio aduanero distinto que disfrute de plena autonomía en la conducción de sus relaciones comerciales exteriores y en las demás cuestiones tratadas en el presente Acuerdo y en los Acuerdos Comerciales Multilaterales”.⁹¹

2.3 Confirmación de la capacidad para celebrar tratados: *Los Estados o las instituciones autorizadas del Estado que prevean celebrar un tratado con una institución de otro Estado deben hacer todo lo posible para confirmar que la institución tenga suficiente competencia en la materia del tratado y autorización del Estado del cual forme parte para celebrar un tratado sobre el tema.*

Comentario: Actualmente, los Estados tienen puntos de vista muy diferentes con respecto a la capacidad de las instituciones del Estado para celebrar acuerdos interinstitucionales en forma de tratados⁹². Algunos Estados consideran claramente que sus ministerios nacionales o sus unidades territoriales subnacionales tienen tal capacidad. Otros deniegan con igual firmeza toda facultad de esa clase a uno de estos dos tipos de entes o a ambos. En consecuencia, con los acuerdos interinstitucionales existe un riesgo de discordancia de las expectativas si una parte supone que ambas instituciones tienen capacidad para celebrar tratados y la otra supone que una de las instituciones o ambas no la tienen. Una situación de ese tipo puede causar no solo confusión, sino también tensiones diplomáticas y controversias si las dos instituciones celebran un acuerdo.

Una forma de evitar estos problemas es promover la transparencia y una mejor comprensión de la capacidad respectiva de los participantes en un acuerdo. Como se indica en la *directriz 2.2*, esta transparencia puede derivar en parte de las medidas adoptadas por el Estado autorizante o su institución. Un Estado que prevea autorizar a su institución para que celebre un tratado debería averiguar —o requerir que su institución averigüe— si el potencial copartícipe en el acuerdo comparte la opinión de que el acuerdo constituirá un tratado. No obstante, los copartícipes en un tratado no tienen que ser meros receptores pasivos y esperar solicitudes de otros Estados o sus instituciones. En la *directriz actual* se propone otra práctica óptima según la cual las partes del tratado (sean Estados o instituciones del Estado) deberían hacer su propio análisis de debida diligencia; es decir, frente a la perspectiva de un acuerdo interinstitucional, los Estados siempre deben tratar de verificar la capacidad que se atribuye a la institución o las instituciones extranjeras participantes

Esta verificación puede ser formal o informal. En 2001, por ejemplo, Estados Unidos pidió al Reino Unido que confirmara que los gobiernos de Guernsey, la Isla de Man y Jersey estaban facultados para celebrar acuerdos bilaterales con Estados Unidos sobre el intercambio de información tributaria. El Reino Unido proporcionó una “carta de encomienda” mediante la cual corroboraba que sus unidades territoriales subnacionales tenían la competencia y la potestad necesarias para celebrar tales tratados⁹³.

¿Qué ocurre si el potencial copartícipe no puede confirmar la capacidad de la institución extranjera para celebrar tratados? El Estado (o su institución) tiene varias opciones. Podría optar por no celebrar el tratado o podría modificarlo a fin de suscribirlo con el Estado extranjero responsable por la

autonomía interna reconocida como tal por las Naciones Unidas, pero no hayan alcanzado la plena independencia”). Se ha empleado el mismo enfoque en el Acuerdo de las Naciones Unidas sobre las Poblaciones de Peces. Véase Acuerdo sobre la aplicación de las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 10 de diciembre de 1982, relativas a la conservación y ordenación de las poblaciones de peces transzonales y las poblaciones de peces altamente migratorios, 4 de agosto de 1995, 2167 U.N.T.S. 88, Arts. 1(2)(b), 37-40.

⁹¹ Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, 15 de abril de 1994, 1867 U.N.T.S. 3, Art. XII.

⁹² Véase *supra*, nota 67-72, y el texto que le acompaña. Esta confusión probablemente no se limite a los acuerdos interinstitucionales celebrados enteramente entre un Estado y una institución de otro Estado. Véase *supra*, nota 89-91, y el texto que le acompaña.

⁹³ Véase, por ejemplo, el comunicado de prensa del Departamento del Tesoro de los Estados Unidos titulado *Treasury Secretary O'Neill Signing Ceremony Statement: United States and Jersey Sign Agreement to Exchange Tax Information* (4 de noviembre de 2002).

institución en cuestión. Por ejemplo, Estados Unidos, cuando determinó que las Islas Caimán no tenían la facultad necesaria para suscribir un acuerdo de intercambio de información tributaria en nombre propio, celebró el acuerdo con el Reino Unido, que actuó en nombre de las Islas Caimán⁹⁴. Asimismo, Estados Unidos y Canadá, cuando descubrieron que la ciudad de Seattle y la provincia de Columbia Británica habían celebrado un importante acuerdo sobre el río Skagit, intervinieron para manifestar su “consentimiento” y avalar dicho acuerdo con un tratado propio⁹⁵.

¿Puede una institución del Estado autorizada para celebrar un tratado con una institución extranjera suscribir dicho tratado si no puede confirmar la capacidad de la institución extranjera para hacerlo? Desafortunadamente, hay indicios sustanciales de que se celebran acuerdos interinstitucionales sin una clara autorización de uno o más Estados responsables⁹⁶. Muchos de estos acuerdos probablemente se consideren como compromisos políticos o contratos, pero algunos de hecho podrían encuadrarse en la definición de tratado. Por ejemplo, en 2000, el estado estadounidense de Misuri celebró un memorando de acuerdo con la provincia canadiense de Manitoba para cooperar en la oposición a ciertos proyectos de transferencia de agua entre cuencas previstos en las leyes federales de los Estados Unidos⁹⁷. Otros Estados han tenido problemas similares, Para fines del siglo XX, por ejemplo, Quebec había celebrado alrededor de 230 ententes no autorizadas con gobiernos extranjeros, casi 60% de ellas con otros Estados⁹⁸. Actualmente, no parece ser una buena práctica considerar estos acuerdos como tratados, especialmente si más adelante resulta evidente que una o más de las instituciones participantes no estaban facultadas para celebrar tratados en nombre propio, pero es un área que valdría la pena que los Estados continuaran analizando.

2.4 Capacidad para celebrar compromisos políticos: *Los Estados o las instituciones del Estado deberían estar facultados para celebrar compromisos políticos en la medida en que las circunstancias políticas lo permitan.*

Comentario: Los compromisos políticos están, por definición, desprovistos de toda fuerza jurídica de conformidad con el derecho internacional o el derecho interno. En consecuencia, el derecho internacional no impone condiciones relativas a la capacidad con respecto a los actores que puedan celebrarlos. Asimismo, en los ordenamientos jurídicos internos generalmente no se reglamentan los actores que pueden celebrar estos compromisos⁹⁹. Por lo tanto, a diferencia de lo que ocurre con los tratados, no hay una distinción concreta entre la capacidad del Estado y de las instituciones del Estado para celebrar estos acuerdos no vinculantes.

La política, en vez del derecho, sirve de criterio rector para determinar quién en un Estado puede celebrar compromisos políticos y sobre qué temas. La mayoría de los Estados tienen poca experiencia con la reglamentación de la capacidad para celebrar compromisos políticos en nombre del

⁹⁴ Véase, por ejemplo, Agreement Between the Government of the United States of America and the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, Including the Government of the Cayman Islands, For the Exchange of Information Relating to Taxes, 21 de noviembre de 2001, U.S.-U.K., T.I.A.S., CTIA No. 15989.000.

⁹⁵ Véase Treaty Between the United States of America and Canada Relating to the Skagit River and Ross Lake, and the Seven Mile Reservoir on the Pend D'Oreille River, 2 de abril de 1984, U.S.-Can., T.I.A.S. No. 11.088.

⁹⁶ Véase Hollis, *Unpacking the Compact Clause*, *supra*, nota 55 (donde se mencionan 340 acuerdos celebrados por Estados de los Estados Unidos con potencias extranjeras).

⁹⁷ Véase *Role of Individual States of the United States: Analysis of Memorandum of Understanding Between Missouri and Manitoba*, 2001 Cumulative Digest of U.S. Practice on International Law, § A, en 179 a 198.

⁹⁸ Nikraves, *supra* note 86, en 239. Asimismo, se afirma que Francia considera que sus ententes con Quebec se rigen por el derecho internacional. Véase *id.* en 242.

⁹⁹ Siempre que el compromiso no infrinja la constitución o las leyes internas. Por supuesto, si un acuerdo infringe la normativa, es probable que se ponga en tela de juicio su condición de compromiso político, ya que esta categoría, por definición, abarca solamente los acuerdos desprovistos de fuerza jurídica.

Estado o de sus instituciones Sin embargo, en algunas ocasiones, los Estados han adoptado políticas para organizar la capacidad del Estado o de sus instituciones para celebrar compromisos políticos. En Colombia, por ejemplo, solo aquellos que tienen capacidad jurídica para representar a la institución del Estado pueden firmar memorandos de entendimiento o cartas de intención, a pesar de que se considera que estos instrumentos no son vinculantes (y aun así, solo después que el instrumento ha sido sometido a una revisión jurídica)¹⁰⁰. Como es de suponer, la política internacional puede influir mucho en la determinación de qué Estados o instituciones del Estado pueden celebrar compromisos políticos y sobre qué temas.

En ciertos casos de gran relieve, un Estado podría imponer limitaciones jurídicas internas a la capacidad para celebrar un compromiso político no vinculante. Por ejemplo, como parte de la controversia en torno al Plan de Acción Integral Conjunto, el Congreso de los Estados Unidos aprobó la Ley de Revisión del Acuerdo Nuclear con Irán, según la cual el presidente de los Estados Unidos debe someter “todo acuerdo con Irán” (no solo un acuerdo jurídicamente vinculante) al Congreso para que lo examine y tenga la oportunidad de rechazarlo¹⁰¹. El presidente Obama, en consecuencia, presentó el Plan de Acción Integral Conjunto de conformidad con lo dispuesto en la Ley, pero el Congreso a la larga no lo aprobó ni lo rechazó¹⁰². Canadá, Ecuador y Perú han notificado prácticas similares de coordinación y revisión de sus compromisos políticos; Perú tiene políticas diferentes para la revisión de compromisos políticos entre Estados y entre instituciones¹⁰³.

2.5 Capacidad para celebrar contratos entre Estados: *Un Estado debería celebrar contratos con otros Estados que estén dispuestos a hacerlo de conformidad con el derecho que rija el contrato.*

Comentario: En consonancia con las opiniones vertidas anteriormente por la Comisión de Derecho Internacional, algunos Estados de la región hacen valer su capacidad para celebrar contratos con otros Estados¹⁰⁴. Al mismo tiempo, otros Estados afirman que no celebran acuerdos de ese tipo¹⁰⁵. Por lo tanto, al parecer no hay ninguna disposición del derecho internacional que impida que un Estado celebre un contrato con otro que esté dispuesto a hacerlo. En teoría, el propio ordenamiento jurídico de un Estado podría limitar su capacidad para celebrar contratos con otros Estados, pero hasta la fecha no se han visto ejemplos de limitaciones de esa clase.

¹⁰⁰ Respuesta de Colombia, *supra*, nota 85. En consecuencia, entre los ministerios de gobierno de Colombia, solo el Ministerio de Relaciones Exteriores está autorizado para firmar compromisos políticos en nombre del Estado en conjunto. *Id.*

¹⁰¹ Véase Pub. L. No. 114-17, 129 Stat. 201 (2015). El Plan de Acción Integral Conjunto fue un compromiso político relativo al programa nuclear de Irán celebrado por Irán, los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Alemania y la unión Europea. El presidente Trump, de los Estados Unidos, denunció el Plan de Acción Integral Conjunto el 8 de mayo de 2018.

¹⁰² Kristina Daugirdas y Julian Davis Mortensen, *Contemporary Practice of the United States relating to International Law*, 109 Am. J. Int'l L. 873, 874-78 (2015) (debido al bloqueo de la minoría, el Congreso no tomó ninguna medida con respecto al Plan de Acción Integral Conjunto en el sentido de aprobarlo o rechazarlo).

¹⁰³ Respuesta de Perú, *supra*, nota 66 (la evaluación de compromisos políticos "asumidos por el Ministerio de Relaciones Exteriores se centra en verificar su consistencia con la política exterior, así como la redacción..."); véase también Respuesta de Canadá, *supra*, nota 40, en 4; Respuesta de Ecuador, *supra*, nota 46.

¹⁰⁴ Véase ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 1966, vol. II, 189, párr. 6. En la respuesta al cuestionario de la OEA, Canadá, Ecuador, Estados Unidos, Jamaica y México reconocieron la posibilidad de que se celebren contratos entre Estados. Véase Hollis, *Segundo informe, supra*, nota 10, párr. 15; Respuesta de Canadá, *supra*, nota 40 en 4.

¹⁰⁵ Hollis, *Segundo informe, supra*, nota 10, párr. 15 (Argentina, Colombia, Perú, la República Dominicana y Uruguay afirmaron que no acostumbraban suscribir contratos regidos por el derecho interno cuando se trata de acuerdos vinculantes entre Estados).

Toda limitación de la capacidad para celebrar contratos entre Estados probablemente derive de la selección o el contenido del derecho que rija el contrato. En la práctica, la selección de un solo derecho interno aplicable podría limitar la frecuencia de estos contratos, ya que se requiere que por lo menos uno de los Estados contratantes se avenga a la aplicación de un derecho interno que no sea el propio¹⁰⁶. Asimismo, la capacidad para contratar es una función del derecho contractual. Cada ordenamiento jurídico interno y ciertos tipos de derecho no estatal tienen sus propias normas con respecto a quiénes pueden celebrar un contrato y sobre qué temas. Por consiguiente, la capacidad de un Estado para suscribir un contrato regido por el derecho interno de otro dependerá de un análisis jurídico de la normativa aplicable (sea la normativa seleccionada por las partes o, en circunstancias apropiadas, el derecho aplicable de acuerdo con las reglas sobre conflicto de leyes).

2.6 Capacidad para celebrar contratos interinstitucionales: *Una institución del Estado debería suscribir contratos con instituciones de otro Estado que estén dispuestas a hacerlo de conformidad con su propio derecho interno y, si es diferente, con el derecho que rija el contrato.*

Comentario: La capacidad de las instituciones del Estado para celebrar contratos con instituciones de otros Estados parece ser menos controvertida que los contratos entre Estados. Muchos de los Estados que repudian toda forma de contratación entre Estados admiten la capacidad de sus instituciones para celebrar contratos con otros Estados¹⁰⁷. Sin embargo, a diferencia de los contratos entre Estados, la capacidad de las instituciones del Estado para celebrar acuerdos contractuales interinstitucionales no depende únicamente de la selección y el contenido del derecho que rija el contrato. En vista de que las instituciones del Estado forman parte del ordenamiento jurídico del Estado, la capacidad de estas instituciones para contratar se regirá por el derecho interno de ese Estado, sea o no el mismo que rija el contrato. Colombia, por ejemplo, autoriza a sus “personas jurídicas de derecho público u órganos públicos con capacidad para contratar” a hacerlo con sujeción “a las competencias que la Constitución y la Ley les haya otorgado”¹⁰⁸.

En efecto, algunos Estados de la región parecen tener disposiciones constitucionales o legislativas que requieren que ciertos contratos públicos, incluidos al parecer los contratos interinstitucionales, se rijan por su propio derecho interno. De conformidad con la Constitución de México, por ejemplo, se requieren licitaciones públicas para ciertos tipos de actos (por ejemplo, adquisiciones, arrendamientos y servicios públicos), que deben ser “objeto de contrataciones que deben seguir los procedimientos y formalidades previstas en el marco jurídico nacional aplicable (federal, estatal y municipal)”¹⁰⁹. Perú y Ecuador tienen leyes en materia de adquisiciones que disponen autorizaciones y condiciones similares para los contratos de instituciones del Estado¹¹⁰.

Por lo tanto, el derecho interno del Estado del cual forma parte la institución podría dictar su capacidad para celebrar contratos con instituciones de otros Estados directamente por medio de autorizaciones o indirectamente por medio de disposiciones del derecho que los rija. Sin embargo, aun así se pueden celebrar acuerdos interinstitucionales en los cuales se elija el derecho de un Estado en

¹⁰⁶ Sin embargo, por lo menos en teoría, con la elección del derecho no estatal para que rija estos contratos se podrían evitar dificultades de este tipo. Véase la nota 59 y el texto que le acompaña. Por regla general en Canadá, los contratos entre Estados incluyen una exención de privilegios e inmunidades; tal es así que de no existir tal exención y no se indica la sujeción a un determinado derecho o foro, el instrumento en cuestión podría no ser considerado como un contrato ejecutable. Respuesta de Canadá, *supra*, nota 40, en 4.

¹⁰⁷ Véase Hollis, *Segundo informe, supra*, nota 10, párr. 30 (Argentina, Colombia y Perú afirmaron que no celebran contratos con otros Estados, pero tienen mucha experiencia con contratos interinstitucionales).

¹⁰⁸ *Id.*, párr. 30.

¹⁰⁹ Véase Respuesta de México, *Informe del Comité Jurídico Interamericano, Acuerdos vinculantes y no vinculantes: Cuestionario para los Estados Miembros* (en adelante “Respuesta de México”) [donde se analiza la Constitución de México de 1917 (rev. 2015), art. 134].

¹¹⁰ Hollis, *Segundo informe, supra*, nota 10, párrs. 15 y 30

vez del derecho de otro como derecho aplicable. Por ejemplo, el artículo 9 del acuerdo celebrado en 1998 entre la Administración Nacional de Aeronáutica y del Espacio (NASA), de los Estados Unidos, y la Agencia Espacial Brasileña (AEB) sobre la capacitación de un especialista de misión de la AEB dice: “Por el presente, las Partes designan las leyes federales de los Estados Unidos para regir el presente Acuerdo con cualquier fin, incluida la determinación de la validez de este Acuerdo”.¹¹¹ Por otra parte, es posible que dos instituciones del Estado seleccionen el derecho interno de un tercer Estado para que rija su contrato (siempre que el derecho del tercer Estado lo permita). Asimismo, en los acuerdos interinstitucionales se podría elegir el derecho no estatal para que rija el contrato además o en vez de un ordenamiento jurídico nacional.

3. Métodos para identificar acuerdos vinculantes y no vinculantes

3.1 Identificación de acuerdos: *Los Estados y otras partes que celebren acuerdos deberían suscribir acuerdos internacionales a sabiendas, y no inadvertidamente. Como mínimo, eso significa que los Estados deben hacer una distinción entre sus acuerdos (sean vinculantes o no vinculantes) y los demás compromisos e instrumentos. Las siguientes prácticas óptimas podrían facilitarles esa tarea:*

3.1.1. *Los Estados deberían remitirse a la terminología utilizada y a las circunstancias particulares para determinar si surgirá un acuerdo (o si ya existe un acuerdo).*

3.1.2 *En caso de duda, un Estado debería consultar con los potenciales coparticipes para confirmar si una declaración o instrumento constituirá o no un acuerdo (e, idealmente, qué tipo de acuerdo será).*

3.1.3 *Un Estado debería abstenerse de refrendar una declaración o un instrumento si su punto de vista con respecto a su condición de acuerdo es diferente del punto de vista de los potenciales coparticipes hasta que logren conciliar esas diferencias.*

Comentario: ¿Cómo pueden los Estados y otros determinar si un texto en particular constituye un tratado, un compromiso político o un contrato? Eso se hace en dos pasos. Primero, debe haber un acuerdo discernible. Segundo, debe haber algún método para hacer una distinción dentro de la categoría de acuerdos: ¿cuáles son tratados, cuáles son compromisos políticos y cuáles son contratos?

La *directriz* 3.1 ofrece prácticas óptimas para el primer paso: la identificación de acuerdos en general. En algunos casos, los participantes optan por la vía fácil y admiten conjuntamente la existencia de un acuerdo. En el *Caso de las plantas de celulosa*, por ejemplo, ni Argentina ni Uruguay negaban que sus presidentes habían llegado a un acuerdo expresado por medio de un comunicado de prensa el 31 de mayo de 2005; la controversia era si el acuerdo era vinculante (es decir, si se regía por el derecho internacional) o no¹¹². Asimismo, en el arbitraje relativo al *Iron Rhine (“Ijzeren Rijn”) Railway*, tanto Bélgica como los Países Bajos reconocían que habían llegado a un acuerdo plasmado en un memorando de entendimiento y que este memorando no era un “instrumento vinculante”¹¹³

Sin embargo, en muchos casos no habrá un “acuerdo para ponerse de acuerdo”. Entonces, los Estados deberían seguir el ejemplo que dio la CIJ en el caso del Mar Egeo y examinar toda declaración propuesta o efectuada teniendo en cuenta sobre *todo sus términos reales y las circunstancias particulares* en las cuales fue redactada.¹¹⁴ Ese análisis proporciona un marco útil para determinar las condiciones de cualquier acuerdo, es decir, mutualidad y compromiso. En el caso del *Mar Egeo*, por ejemplo, Grecia y Turquía impugnaban la existencia de un acuerdo y el tipo particular de acuerdo. Para

¹¹¹ En Barry Carter et al., *International Law* 86-87 (7th ed., 2018) se reimprime un extracto del contrato, incluido el artículo 9.

¹¹² Véase *Caso de las plantas de celulosa*, *supra*, nota 28, párr. 132-33.

¹¹³ *Award in the Arbitration regarding the Iron Rhine (“Ijzeren Rijn”) Railway between the Kingdom of Belgium and the Kingdom of the Netherlands* (2005) 27 RIAA 35, párr. 156.

¹¹⁴ *Caso de la Plataforma Continental del Mar Egeo (Grecia c. Turquía)*, Fallo (1978), Informe de la CIJ 3, párr. 95 (sin cursivas en el original).

resolver el asunto, la Corte examinó las comunicaciones anteriores y el lenguaje utilizado en un comunicado conjunto de los primeros ministros de Grecia y Turquía, y llegó a la conclusión de que el comunicado no constituía un “compromiso” de someter el diferendo de los Estados a la Corte¹¹⁵. La CIJ reafirmó este enfoque en *Qatar c. Bahrein*. En este caso examinó un “acta aprobada”, firmada por los ministros de relaciones exteriores de Qatar y Bahrein, y concluyó que constituía un acuerdo: no era meramente un acta de una reunión, no se limitaba a relatar las deliberaciones y a resumir los puntos convergencia y divergencia, sino que enumeraba los compromisos respecto de los cuales las Partes habían manifestado su consentimiento.¹¹⁶ La CIJ continuó aplicando este enfoque en el Caso relativo a la Isla de Kasikili/Sedudu, en el cual, tras analizar los diversos puntos de vista contenidos en las notas y cartas intercambiadas entre Sudáfrica y Bechuanalandia con respecto a la ubicación de un límite territorial, determinó que demostraban la ausencia de un acuerdo.¹¹⁷

Por su parte, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar (TIDM) ha señalado que un lenguaje en un texto compartido que en otros casos podría considerarse “condicional” puede impedir que se le asigne la condición de acuerdo.¹¹⁸ Los tribunales internacionales también se han rehusado a confirmar la existencia de un acuerdo en los casos en que una parte no responde a una oferta hecha por la otra. Por lo tanto, el TIDM rehusó dictaminar que Japón, con su silencio, había manifestado su acuerdo con respecto a una metodología para constituir fianzas que Rusia había presentado en ciertas reuniones conjuntas y había consignado posteriormente en protocolos escritos entre ambos Estados.¹¹⁹ Análogamente, un tribunal de la Corte Permanente de Arbitraje rehusó dictaminar que Jordania hubiera aceptado someter el caso a arbitraje cuando no respondió a dos cartas de un embajador italiano en las cuales se afirmaba que ambos Estados habían celebrado un acuerdo verbal a tal efecto.¹²⁰

Desde luego, podría haber casos en que el texto y las circunstancias particulares sean ambiguos con respecto a si una determinada declaración o instrumento propuestos constituirán un acuerdo. En esos casos, esta directriz recomienda un enfoque directo: instar a los Estados a que consulten y comuniquen uno al otro lo que cada uno entiende con respecto a si existe un acuerdo (o si el acto resultará en un acuerdo). Esas conversaciones podrían confirmar que hay un acuerdo o que no lo hay o no lo habrá. Sin embargo, a veces estas conversaciones podrían revelar una divergencia de opiniones si una parte considera que la declaración o el instrumento constituyen un acuerdo y la otra lo niega. En esos casos, lo mejor es que todos los involucrados den un paso atrás y se abstengan de toda actividad pertinente hasta que se entablen más conversaciones y se puedan acercar los puntos de vista. De esta forma se reducirá el riesgo de expectativas discordantes o controversias entre los participantes (u otros) que puedan intensificarse, activar mecanismos de solución de controversias por terceros o introducir otras complicaciones en las relaciones internacionales.

3.2 Identificación del tipo de acuerdo celebrado.: *En la práctica actual de los Estados, las organizaciones internacionales, las cortes y los tribunales internacionales y otros sujetos de*

¹¹⁵ *Id.*, párr. 107.

¹¹⁶ *Qatar c. Bahrein*, *supra*, nota 38, párr. 24.

¹¹⁷ *Caso relativo a la Isla de Kasikili/Sedudu (Botswana c. Namibia)*, Fallo (1999), Informe de la CIJ 1045, párr. 63.

¹¹⁸ *Delimitación de la frontera marítima entre Bangladesh y Myanmar en la Bahía de Bengala (Bangladesh c. Myanmar)* (Sentencia de 14 de marzo de 2012), 2012, Informe del TIDM 4, párr. 92 (el Tribunal considera que los términos del acta aprobada de 1974 confirman que el acta refleja un entendimiento condicional alcanzado en el curso de las negociaciones y no un acuerdo en el sentido del artículo 15 de la Convención. El lenguaje utilizado en el acta respalda esta conclusión, en particular teniendo en cuenta la condición enunciada expresamente en el acta de que la delimitación del mar territorial formaría parte de un tratado integral sobre límites marítimos).

¹¹⁹ Véase *"Hoshinmaru" (Japón c. Federación de Rusia)* (Pronta liberación, Sentencia) 2007 Informe del TIDM 18 (6 de agosto), párrs. 85 a 87.

¹²⁰ *Salini Construttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. c. El Reino Hachemita de Jordania*, Caso CIADI No. ARB/02/13, Laudo (31 de enero de 2006), párr. 98.

derecho internacional, se observan dos métodos diferentes para distinguir entre acuerdos vinculantes y no vinculantes.

- *Con el primero, algunos actores utilizan la “prueba de la intención”, análisis subjetivo para ver si las intenciones manifiestas de los autores determinan si un acuerdo es vinculante o no (y, en caso de que sea vinculante, si es un tratado o un contrato).*
- *Con el segundo, otros actores usan una “prueba objetiva”, según la cual la materia, el lenguaje y el contexto determinan su condición vinculante o no vinculante, independientemente de todo indicio de las intenciones de uno o más de sus autores.*

Ambos métodos suelen llevar a la misma conclusión. Tienen en cuenta (a) el texto; (b) las circunstancias particulares, y (c) los actos subsiguientes para identificar los distintos tipos de acuerdos vinculantes y no vinculantes. No obstante, son posibles resultados diferentes, en particular cuando el texto favorece objetivamente una conclusión (por ejemplo, un tratado), pero las pruebas externas sugieren otra cosa (por ejemplo, las declaraciones contemporáneas de uno o más participantes en el sentido de que no se pretendía hacer un tratado). La prueba objetiva priorizaría el texto y el lenguaje utilizados en contraste con el énfasis de la prueba de la intención en lo que se refiere a lo que las partes pretendían. Tales resultados diferentes pueden, a su vez, dar lugar a confusión o conflictos, riesgo que se puede mitigar con ciertas prácticas:

- 3.2.1** *Si un Estado todavía no ha decidido si usará la prueba de la intención o la prueba objetiva para identificar sus acuerdos vinculantes y no vinculantes, debería hacerlo.*
- 3.2.2** *Todo Estado debería ser franco con otros Estados e interesados con respecto a la prueba que utilice. Asimismo, debería aplicarla de manera uniforme, en vez de aplicar una u otra según lo que le convenga en cada caso. La aplicación uniforme de una prueba ayudará a resolver las expectativas de otros actores y posibilitará una interacción más previsible entre ellos.*
- 3.2.3** *Sin embargo, un Estado no debería suponer que los demás Estados o actores (entre ellos las cortes y los tribunales internacionales) usarán la misma prueba para identificar los acuerdos vinculantes y no vinculantes. En cambio, debería celebrar y aplicar sus acuerdos internacionales de una manera que mitigue o incluso elimine los problemas que puedan llevar a que las dos pruebas conduzcan a conclusiones contradictorias. Los Estados pueden lograr esto alineando las pruebas subjetiva y objetiva de tal manera que se obtenga el mismo resultado.*

Comentario: En los casos en que exista un acuerdo, una forma de determinar si es vinculante (o no) consiste en preguntar cuál era la intención de los autores. La Comisión de Derecho Internacional terminó refrendando esta metodología a fin de determinar qué acuerdos cumplirían el requisito de estar “regidos por el derecho internacional” para que se los considere como tratados.¹²¹ Los delegados en la

¹²¹ ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 1966, vol. II, 189, párr. 6 (“La Comisión llegó a la conclusión de que, en la medida en que sea pertinente, el elemento de la intención queda comprendido en la frase ‘regido por el derecho internacional’, y decidió no mencionarlo en la definición”). Antes de llegar a esta conclusión, la Comisión de Derecho Internacional oscilaba entre enfoques subjetivos y objetivos. Brierly propuso un análisis objetivo de los acuerdos que establecen una relación de conformidad con el derecho internacional, mientras que su sucesor, Hersch Lauterpacht, definió los tratados como acuerdos cuya finalidad es crear derechos y obligaciones jurídicos. Compárese Brierly, *Primer informe, supra*, nota 1, en 223, con Lauterpacht, *Primer informe, supra*, nota 1, en 93. El tercer Relator de la Comisión de Derecho Internacional, Gerald Fitzmaurice, trató de combinar ambos enfoques, definiendo un tratado como un acuerdo regido por el derecho internacional cuya finalidad es crear derechos y obligaciones y establecer relaciones. Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1959, vol. II, 96. Más adelante, volvió a usar solamente la fórmula “regido por el derecho internacional” como sustituto de una prueba subjetiva. Véase Fitzmaurice, *Primer informe, supra*, nota 1, en 117.

Conferencia de Viena estuvieron de acuerdo¹²². En la actualidad, numerosos Estados, expertos y tribunales internacionales consideran la intención como el criterio esencial para determinar qué acuerdos son tratados.¹²³ En el *Arbitraje sobre el Mar del Sur de China*, por ejemplo, el Tribunal recalcó que, para que un instrumento constituyera un acuerdo vinculante, debía evidenciar una clara intención de establecer derechos y obligaciones entre las partes¹²⁴. Varios Estados Miembros de la OEA han adoptado este enfoque¹²⁵. Desde esta perspectiva, si las partes tienen la intención de que un acuerdo sea un tratado, es un tratado. Asimismo, si no tienen la intención de que el acuerdo sea vinculante, es un compromiso político no vinculante.

Sin embargo, la CIJ ha señalado que utilizaría un enfoque más objetivo para determinar en qué casos un acuerdo es un tratado (es decir que se rige por el derecho internacional). En *Qatar c. Bahrein*, la CIJ dictaminó que las partes habían celebrado un acuerdo jurídicamente vinculante (el acta aprobada) mediante el cual aceptaban la jurisdicción de la CIJ, a pesar de las protestas del Ministro de Relaciones Exteriores de Bahrein de que esa no había sido su intención.¹²⁶ La Corte consideró el acta aprobada como un tratado basándose en los “términos del instrumento en sí y las circunstancias de su celebración, no en una intención manifestada por las partes a posteriori”¹²⁷. Algunos señalan que era

¹²² Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, Actas resumidas del primer período de sesiones, documento ONU A/CONF.39/11, Add.1, 225, párr. 13 ("Conferencia de Viena, segundo período de sesiones") (El Comité de Redacción "ha considerado que la expresión 'acuerdo... regido por el derecho internacional' [...] ya abarca el elemento de la intención de crear derechos y obligaciones en derecho internacional").

¹²³ *Arbitraje sobre el Mar del Sur de China*, *supra*, nota 37, párr. 213; *Francia c. Comisión*, C-233/02 (CEJ, 23 de marzo de 2004) (la intención de las partes debe, en principio, ser el criterio decisivo a efectos de determinar si las Directrices son vinculantes); Suiza, Departamento Federal de Relaciones Exteriores, *Practical Guide to International Treaties* 4 (2015) at https://www.eda.admin.ch/dam/eda/en/documents/publications/Voelkerrecht/Praxisleitfaden-Voelkerrechtliche-Vertraege_en.pdf (en lo sucesivo "Guía de tratados de Suiza") (en donde se establece que es esencial que las partes desean dar carácter de jurídicamente vinculante a su acuerdo; y que si esa no es su intención, entonces no se le considera tratado); véase también Aust, *supra*, nota 11, en 20 y 21 (son los Estados negociadores quienes deciden si celebrarán un tratado u otra cosa); Klabbers, *supra*, nota 3, en 68 (a pesar de lo delicado del tema, prácticamente hay unanimidad entre los abogados internacionales en que, como mínimo, la intención es uno de los principales determinantes de los derechos y obligaciones jurídicos internacionales); Widdows, *supra*, nota 5, en 120 a 139.

¹²⁴ *Arbitraje sobre el Mar del Sur de China*, *supra*, nota 37, párr. 213.

¹²⁵ Véase Hollis, *Segundo informe*, *supra*, nota 10, párr. 16 (Cinco Estados Miembros —Brasil, Colombia, Estados Unidos, México y Perú— invocaron específicamente la “intención” como criterio decisivo para identificar un tratado); véase Respuesta de Brasil, *supra*, nota 85 (recurre a “la intención de las partes”); Respuesta de Colombia, *supra*, nota 85 (se busca la “manifestación, acuerdo o concurrencia de voluntades de los Estados para obligarse jurídicamente”); Respuesta de México, *supra*, nota 109 (“Por lo que se refiere a los instrumentos ‘no vinculantes’, se incorporan términos que enfatizan la intencionalidad de los participantes involucrados”); Respuesta de Perú, *supra*, nota 66 (donde se señalan las medidas para asegurar que el acuerdo constituya una constancia de “la voluntad concordante de los sujetos intervinientes”); Respuesta de los Estados Unidos, *supra*, nota 72 (Estados Unidos procura “asegurar que el texto de los instrumentos escritos que suscribe con otros Estados refleje con exactitud las intenciones de los Estados intervinientes en lo que respecta a la índole jurídica del instrumento y el derecho que lo rige, en el caso en que se lo indique”). La respuesta de Canadá fue más ambigua aunque no señalaba que un intercambio de notas que las partes *consideren* vinculante puede también constituir un tratado y que, al mismo tiempo, en los compromisos políticos se incluyen instrumentos que los participantes *consideran* no jurídicamente vinculantes. Respuesta de Canadá, *supra*, nota 40, en 4 (sin cursivas en el original).

¹²⁶ *Qatar c. Bahrein*, *supra*, nota 38, párr. 27.

¹²⁷ *Id.* (ambos ministros firmaron un texto en el cual se consignaban compromisos aceptados por sus gobiernos, algunos de los cuales eran de aplicación inmediata. Habiendo firmado un texto de ese tipo, el

posible que la Corte simplemente estuviera recalcando la intención expresada en el acta aprobada a diferencia de declaraciones posteriores de la intención hecha en beneficio propio en previsión de un litigio¹²⁸. Para otros, sin embargo, el enfoque de la Corte muestra que los criterios objetivos (por ejemplo, el lenguaje, los tipos de cláusulas e incluso tal vez la materia) pueden dictar si el instrumento es un tratado o no¹²⁹. En casos más recientes de la Corte (por ejemplo, el *Caso de las plantas de celulosa y el de la Delimitación marítima en el Océano Índico*) se ha afianzado este enfoque objetivo.¹³⁰ Por ejemplo, en su opinión en el caso de Delimitación marítima en el Océano Índico, la Corte concluyó que “[l]a inclusión de una disposición relativa a la entrada en vigor del Memorando es indicativa del carácter vinculante del instrumento”, sin mencionar la intención de las partes¹³¹.

Sin embargo, la prueba objetiva no es meramente una fórmula de la CIJ. En el *Arbitraje sobre la zona marina protegida de Chagos*, el Tribunal destacó la necesidad de una “determinación objetiva” para distinguir entre acuerdos vinculantes y no vinculantes.¹³² Entretanto, varios Estados Miembros de la OEA han recalcado la estructura y el lenguaje utilizados en un texto como factores determinantes de su condición jurídica (o de la ausencia de tal condición)¹³³.

Estas Directrices no tienen como finalidad declarar que uno de estos métodos es superior al otro, y menos aún determinar cuál refleja el derecho internacional con mayor exactitud. En cambio, ofrecen asesoramiento a los Estados y a otros sobre la forma de crear y diferenciar acuerdos internacionales vinculantes y no vinculantes en un mundo donde podrían utilizarse distintos métodos para hacerlo. Con ese fin, esta directriz muestra que, en muchos sentidos, el método objetivo y el método de la intención coinciden parcialmente en los elementos probatorios que usan:

- a) el texto;
- b) las circunstancias particulares;
- c) los actos subsiguientes.

Ministro de Relaciones Exteriores no está en condiciones de decir que tenía la intención de suscribir solamente una declaración que reflejara un entendimiento político y no un acuerdo internacional); véase también *Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein (Qatar c. Bahrein)*, Fallo, 15 de febrero de 1995, (1995), Informe de la CIJ 6.

¹²⁸ Aust, *supra*, nota 11, en 51 y 52; *Accord Widdows*, *supra*, nota 5, en 94 (al determinar la condición de un acuerdo, los puntos de vista expresados por una parte en el momento de la celebración del instrumento tendrán cierta utilidad, siempre que las demás consideraciones sean iguales, pero las declaraciones efectuadas por una parte con posterioridad deben desecharse porque buscan el beneficio propio).

¹²⁹ Véase Chinkin, *supra*, nota 53, en 236 y 237; Klabbers, *supra*, nota 3, en 212 a 216

¹³⁰ Véanse, por ejemplo, *Caso de las plantas de celulosa*, *supra*, nota 28, párr. 128; *Somalia c. Kenya*, *supra*, nota 9, párr. 42.

¹³¹ *Somalia c. Kenya*, *supra*, nota 9, párr. 42.

¹³² *Arbitraje sobre la zona marina protegida de Chagos (Mauricio c. Reino Unido)*, Corte Permanente de Arbitraje, Caso 2011-03 (18 de marzo de 2015) en 168, párr. 426 (aunque el Tribunal no tiene inconveniente en aceptar que los Estados tienen libertad, en sus relaciones internacionales, para celebrar acuerdos incluso muy detallados que procuren tener un efecto únicamente político, la intención de que un acuerdo sea vinculante o no vinculante de pleno derecho *debe expresarse claramente; de lo contrario, es tema de determinación objetiva* [sin cursivas en el original]).

¹³³ Véase, por ejemplo, Respuesta de Jamaica, *supra*, nota 71 (“El lenguaje utilizado en un acuerdo caracteriza el tipo de acuerdo”). La República Dominicana concordó con la idea de que la existencia de una cláusula de entrada en vigor es un factor determinante de la condición de tratado. Respuesta de la República Dominicana, *supra*, nota 46.

Por ejemplo, los que se adhieren a la prueba de la intención consideran generalmente que la estructura y la terminología del texto acordado son la mejor manifestación de las intenciones de los autores¹³⁴. Esa misma estructura y lenguaje constituyen el meollo de la prueba objetiva.

No obstante, hay casos en que estos dos enfoques pueden dar lugar a resultados divergentes; es decir, cuando las manifestaciones externas de consentimiento difieren de las plasmadas en el lenguaje del documento. En el Arbitraje sobre el Mar del Sur de China, por ejemplo, el acuerdo contenía expresiones, como “se comprometen” y “acuerdan”, que en otros contextos se consideran como indicios objetivos de un tratado¹³⁵. No obstante, el Tribunal hizo caso omiso de ese lenguaje en vista del contexto en que se usó y la calificación de “documento político” dada al instrumento por las partes¹³⁶, y se empeñó en dilucidar las intenciones de las partes. El enfoque objetivo de Qatar c. Bahrein o del Caso de las plantas de celulosa podría haber llevado a un resultado diferente, es decir, a considerar que el lenguaje utilizado en el acuerdo en sí es suficientemente determinativo para que no sea necesario consultar los travaux préparatoires u otras declaraciones de intenciones efectuadas por los Estados¹³⁷.

Por consiguiente, para algunos Estados Miembros, la estructura y la terminología son determinativas de la condición de tratado, mientras que para otros la presencia de verbos, vocablos o cláusulas específicos no debería sustituir la búsqueda de las intenciones de las partes. Eso crea el riesgo de que distintos participantes categoricen su acuerdo de manera diferente (o que terceros tales como los tribunales internacionales lo hagan). Tales desacuerdos pueden tener consecuencias importantes en el ámbito del derecho internacional y del derecho interno. Por ejemplo, el hecho de que un acuerdo sea vinculante o no lo sea de conformidad con el derecho internacional determina si se pueden tomar contramedidas en caso de infracción.¹³⁸ También es posible que el derecho interno requiera que ciertos acuerdos tengan la forma de un tratado, lo cual crea dificultades cuando otros participantes no los consideran como tratados¹³⁹. En cambio, algunos Estados necesitan que un acuerdo no sea vinculante porque no consiguen (o no pueden conseguir) las aprobaciones internas que se requerirían si el acuerdo fuese un tratado.

Los Estados podrían tomar varias medidas para mitigar estas dificultades. Para empezar, en esta directriz se propone que los Estados Miembros adopten deliberadamente una prueba o la otra y lo hagan de manera transparente y coherente. La aplicación uniforme de una prueba ayudará a resolver

¹³⁴ Véanse, por ejemplo, Respuesta de Brasil, *supra*, nota 85 (“el vocabulario contenido en un instrumento es esencial”); Respuesta de Colombia, *supra*, nota 85 (“los tratados, por tratarse de instrumentos jurídicamente vinculantes, suelen emplear un lenguaje específico, a través del cual las Partes se obligan”); Respuesta de México, *supra*, nota 109 (donde se señalan conjugaciones verbales y términos que se utilizan para diferenciar tratados de acuerdos no vinculantes); Respuesta de Perú, *supra*, nota 66 (donde se recomienda el empleo de un lenguaje desiderativo para los acuerdos no vinculantes y se especifican la estructura y las fórmulas utilizadas para distinguir un tratado de un compromiso político); Respuesta de los Estados Unidos, *supra*, nota 72.

¹³⁵ *Arbitraje sobre el Mar del Sur de China*, *supra*, nota 37, párr. 216.

¹³⁶ *Id.*, párrs. 217 y 218. El Tribunal hizo un análisis similar de varias declaraciones bilaterales conjuntas y determinó que no eran vinculantes a pesar de que contenían términos tales como “acuerdan”. *Id.*, párrs. 231 y 242.

¹³⁷ Véase *Qatar c. Bahrein*, *supra*, nota 38, párr. 27 (el Tribunal no considera necesario determinar cuál podría haber sido la intención del Ministro de Relaciones Exteriores de Bahrein ni tampoco la del Ministro de Relaciones Exteriores de Qatar).

¹³⁸ Véase Comisión de Derecho Internacional, Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, en *Informe sobre la labor realizada en su quincuagésimo primer período de sesiones* (3 de mayo a 23 de julio de 1999), documento ONU A/56/10 55 [3], art. 22 [en lo sucesivo “Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado”].

¹³⁹ Véase *supra*, nota 40 (donde se aborda el desacuerdo entre Estados Unidos y sus aliados sobre el carácter vinculante de ciertos memorandos de entendimiento).

las expectativas de otros actores y posibilitará una interacción más previsible entre ellos. Si un Estado sabe que otro usa la misma prueba para identificar los acuerdos vinculantes y no vinculantes, tendrá mayor certeza de que sus expectativas con respecto a la condición de tratado (o compromiso político o contrato) de su acuerdo se cumplirán¹⁴⁰. Asimismo, si un Estado sabe con anticipación que otro Estado usa una prueba diferente para identificar los acuerdos vinculantes y no vinculantes, sabrá que tendrá que tomar medidas específicas o usar un texto en particular para que pueda producir el tipo de acuerdo que desea.

Por consiguiente, es aconsejable que los Estados, cualquiera que sea su opinión sobre el método apropiado para identificar acuerdos internacionales, tengan en cuenta la posibilidad de que otros (incluidos los tribunales internacionales) tengan un punto de vista diferente. Siempre que sea posible, los Estados y las instituciones del Estado deberían tomar medidas para reducir el riesgo de que surjan puntos de vista divergentes sobre el tipo de acuerdo alcanzado. Lo mejor es que lo hagan expresamente en el texto del acuerdo o en comunicaciones relativas a su celebración.

3.3 Especificación del tipo de acuerdo celebrado. *A fin de evitar puntos de vista incompatibles sobre la índole vinculante de un acuerdo o sobre el derecho que lo rige, los participantes deben hacer todo lo posible para especificar expresamente el tipo de acuerdo alcanzado, sea en el texto del acuerdo o en comunicaciones relativas a su celebración. En lo que se refiere al texto, los Estados podrían usar los ejemplos de disposiciones que se presentan en el cuadro 1 para especificar la condición de un acuerdo. Sin embargo, en vista de la diversidad de acuerdos internacionales, los Estados también podrían adaptar otras fórmulas corrientes.*

Cuadro 1. Especificación del tipo de acuerdo celebrado	
Tipo de acuerdo	Ejemplo de texto
Tratado	<i>En virtud de este acuerdo, se entablarán relaciones entre las partes que se regirán por el derecho internacional. Este acuerdo se propone dar lugar a derechos y obligaciones de conformidad con sus condiciones.</i>
Compromiso político	<i>Este [título] no es vinculante de conformidad con el derecho internacional y no crea derechos u obligaciones jurídicamente vinculantes para sus participantes.</i>
	<i>Este [título] es un compromiso político cuyas disposiciones no lo habilitan para el registro de conformidad con el artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas.</i>
Contrato	<i>Este acuerdo se regirá por el derecho de [indicar el Estado y/o una fuente de derecho no estatal].</i>

Comentario: Una manera de mitigar el riesgo de disputas con respecto al tipo de acuerdo celebrado puede ser controlada por los participantes, quienes pueden especificar una interpretación que compartan con respecto a la naturaleza jurídica del acuerdo. En el curso de las negociaciones los Estados pueden –y probablemente deberían– especificar la existencia de alguna duda entre los participantes sobre el tipo de acuerdo que se proponen celebrar. La constancia de que las propias partes entendieron que estaban celebrando un tratado, por ejemplo, puede reducir el riesgo de que la naturaleza jurídica del documento acordado pueda ser objeto de una disputa ulterior.

¹⁴⁰ Esa certeza posiblemente no sea total si se puede recurrir a la solución de controversias por terceros, ya que, en teoría, un tribunal podría desestimar el enfoque utilizado por ambos Estados para la identificación y aplicar en cambio un enfoque propio.

Los Estados y las instituciones estatales pueden, además, utilizar en el acuerdo mismo un texto que especifique su naturaleza jurídica. Hasta la fecha ello rara vez se ha hecho, pero la *directriz 3.2* ofrece una fórmula modelo que podría usarse en casos futuros. Se trata de una variante de una definición anterior del término “tratado”, enunciada por Gerald Fitzmaurice, quien intentó fusionar enfoques intencionales y objetivos¹⁴¹. En consecuencia, podría ser utilizada tanto por partidarios del criterio basado en la intención como por quienes se adhieran a criterios objetivos. He incluido un futuro del modo imperativo para proporcionar una prueba objetiva adicional de la naturaleza coercitiva del acuerdo, así como una frase condicionante (“de conformidad con sus condiciones”) para que el texto sea el punto de referencia para interpretar sobre qué derechos y obligaciones versa el tratado.

Es más común que los Estados y las instituciones estatales utilicen un texto que especifique su opinión compartida de que un acuerdo no sea jurídicamente vinculante. En algunos casos el propio título puede constituir una especificación suficiente, como en el adecuadamente titulado *Declaración autorizada, sin fuerza jurídica obligatoria, de principios para un consenso mundial respecto de la ordenación, la conservación y el desarrollo sostenible de bosques de todo tipo*¹⁴². Otra alternativa consiste en hacer que la especificación conste en una cláusula que rechace el rótulo de “tratado”. En 2010, por ejemplo, la República de Moldova y el estado de Carolina del Norte, de los Estados Unidos, suscribieron un “Memorando de principios y procedimientos” sobre sus relaciones recíprocas, en cuyo párrafo A se aclaró que “el presente Memorando no genera ninguna obligación que constituya un acuerdo jurídicamente vinculante conforme al derecho internacional”¹⁴³. En otros casos los participantes especifican el carácter político de los compromisos que asumen describiendo el documento que celebran como “políticamente vinculante” o como un “compromiso político”¹⁴⁴. En un ejemplo muy famoso, el de los Acuerdos de Helsinki, se especificó la naturaleza del acuerdo como un compromiso político, “que no cabe registrar” en virtud del artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas¹⁴⁵. Los Estados de la región podrían adoptar esas prácticas cuando interpreten sus acuerdos como no vinculantes. Por lo tanto, esta directriz proporciona dos ejemplos de cláusulas que pueden usarse para señalar claramente que un acuerdo no es vinculante: la primera negativamente y la segunda afirmativamente. En ninguno de los dos modelos de cláusulas se especifica el título del instrumento, reconociéndose así el hecho de que estas cláusulas pueden utilizarse para documentos titulados, por ejemplo, “Memorando de Entendimiento”, “Declaración” o “Código de Conducta”.

Finalmente, esta directriz ofrece una cláusula de elección de ley para especificar que un acuerdo coercitivo constituye un contrato, e incluye la posibilidad de tomar como referencia la legislación nacional de determinado Estado o fuentes de derecho no estatales, tales como los principios del UNIDROIT o la *lex mercatoria* (sea cual fuere su definición).

Mediante indicaciones expresas, compartidas y transparentes sobre la manera en que los participantes interpretan el tipo de acuerdo que estén celebrando mucho puede hacerse para mitigar la

¹⁴¹ Véase la nota 121 *supra*.

¹⁴² 31 ILM 882 (1992) (sin cursivas en el original).

¹⁴³ Memorandum of Principles and Procedures between the Republic of Moldova and the State of North Carolina (USA) concerning their Desire to Strengthen their Good Relations (2010), reproducido parcialmente en *The Oxford Guide to Treaties* 656 (D. Hollis, ed., 2012).

¹⁴⁴ Véase, por ejemplo, Founding Act on Mutual Relations, Cooperation and Security (NATO-Russia) 36 ILM 1006, párr. 1 (1996) (en que se describe la declaración como un compromiso político duradero asumido al más alto nivel político); Documento de la Conferencia de Estocolmo sobre Medidas destinadas a Fomentar la Confianza y la Seguridad y sobre Desarme en Europa, 26 ILM 190, ¶101 (1986) (“Las medidas adoptadas en el presente documento son políticamente vinculantes...”) (en español la fuente de la cita puede ser consultada en el siguiente enlace <https://www.osce.org/es/fsc/41243?download=true>).

¹⁴⁵ Acta final de la Conferencia sobre Seguridad y Cooperación en Europa, 14 ILM 1293 (1975) (en español la fuente de la cita puede ser consultada en el siguiente enlace: <https://www.osce.org/es/mc/39506?download=true>).

confusión y los conflictos que han ocupado recientemente la práctica estatal. De todos modos es importante reconocer que los redactores de un acuerdo no siempre pueden tener un control completo del acuerdo que celebran. Si, por ejemplo, los participantes carecen de capacidad de elaboración de tratados, no pueden crear un tratado aunque utilicen la cláusula incluida aquí como ejemplo o sostengan de otro modo que su acuerdo puede calificarse como tal. Además, sean cuales fueren las especificaciones que se empleen, el derecho internacional puede denegar la calificación de tratado a un acuerdo al que se llegue por coacción o violatorio del *jus cogens*¹⁴⁶. Análogamente, aun cuando Estados o instituciones estatales adopten un rótulo contractual para su acuerdo, el derecho que rija ese contrato dirá la última palabra acerca de si tienen la potestad de hacerlo. Finalmente, aunque algunos temas jamás den lugar a litigios, subsisten preguntas acerca de si ciertos temas requieren, de todos modos, enunciarse en forma de tratados¹⁴⁷.

3.4 Elementos indicativos del carácter vinculante o no vinculante de un acuerdo. *En los casos en que los participantes en el acuerdo no especifiquen su condición o no lleguen a otro tipo de avenencia al respecto, los Estados deberían usar ciertos elementos como los siguientes (o recurrir a ellos) para indicar la existencia de un tratado o de un compromiso político no vinculante:*

- a) *el lenguaje utilizado en la práctica;*
- b) *la inclusión de ciertas cláusulas finales;*
- c) *las circunstancias en torno a la celebración del acuerdo; y,*
- d) *los actos subsiguientes de los participantes en el acuerdo.*

En el cuadro 2 se presentan la terminología y las cláusulas que los Estados deberían relacionar con mayor frecuencia con tratados y las que suelen usarse en compromisos políticos.

¹⁴⁶ Véase, por ejemplo, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 52 (coerción) y art. 53 (*jus cogens*).

¹⁴⁷ Roberto Ago, por ejemplo, sostuvo la célebre teoría de que los compromisos sobre ciertos temas (por ejemplo, límites territoriales) deben constituir tratados, sean cuales fueren las intenciones de las partes. ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 1962, vol. I, 52, párr. 19.

Cuadro 2. Identificación de acuerdos vinculantes y no vinculantes		
Características del acuerdo	Elemento indicativo de un tratado	Elemento indicativo de un compromiso político
Títulos	Tratado Convenio Acuerdo Pacto Protocolo	Entendimiento Declaración de intención Arreglo Declaración
Autores	partes	participantes
Terminología	artículos obligaciones compromisos derechos	compromisos expectativas principios párrafos puntos de entendimiento
Lenguaje que denota un compromiso (verbos)	deberán acuerdan deben se comprometen a Hecho en [lugar] el [fecha]	deberían buscar impulsar tener la intención de esperar llevar a cabo tomar entender aceptar
Lenguaje que denota un compromiso (adjetivos)	vinculante auténtico fidedigno	político voluntario vigente de igual validez
Cláusulas	Consentimiento en obligarse Entrada en vigor Depositario Modificación Rescisión Solución obligatoria de controversias	Entrada en vigor (o inicio de aplicación) Diferencias Modificaciones

Comentario: Diferenciar entre tratados, compromisos políticos y contratos implica un examen integral del lenguaje utilizado, de la presencia o ausencia de determinadas cláusulas, de las circunstancias que rodean a la celebración del acuerdo y de la práctica ulterior de los participantes. Sea cual fuere el método utilizado, toda esa prueba reviste importancia para la identificación de los tratados.

Lenguaje. En la práctica, los Estados y los investigadores han encontrado ciertas fórmulas para identificar un acuerdo como tratado. En el idioma inglés, por ejemplo, el uso del verbo “shall” sugiere

fuertemente la conclusión de que el compromiso es vinculante. Varios Estados Miembros han confirmado ese uso junto con verbos tales como “must” (“deber”) y “agree” (“acordar”), y términos tales como “parte” para describir a los participantes en el acuerdo¹⁴⁸.

Al mismo tiempo, la práctica de los Estados ha creado un conjunto de marcadores lingüísticos que guardan relación con acuerdos no vinculantes. En contraposición con el texto de compromisos como los denotados por el uso de “shall”, los compromisos políticos suelen contener el término “should”, que es más rogatorio¹⁴⁹. Suelen utilizarse otras palabras y cláusulas para poner de manifiesto una intención menos imperativa. Por ejemplo, en lugar de “partes” del tratado, los compromisos políticos suelen referirse a “participantes”; en lugar de “artículos”, es más probable que un compromiso político haga referencia a párrafos; en lugar de describir “obligaciones”, que son “coercitivas”, los textos de los compromisos políticos pueden referirse a “principios” que sean “voluntarios”. La Directriz 3.4 ofrece, por consiguiente, en el cuadro 2, una lista no exhaustiva del tipo de lenguaje que suele usarse en tratados y compromisos políticos.

Es importante subrayar, sin embargo, que no existen “palabras mágicas” que garanticen a un acuerdo la calidad de tratado o de compromiso político. Para comenzar, existe una divisoria entre los métodos intencionales y objetivos analizados en la Directriz 3.3, expuesta más arriba. Quienes están en favor de la prueba intencional hacen hincapié en un enfoque integral, en que deben considerarse todas las manifestaciones de la intención de las partes, en lugar de permitir que un único vocablo o frase dicte el resultado. Pero incluso quienes se afilian a un análisis objetivo deberían mostrarse reacios a tratar a un único verbo o sustantivo como determinante del resultado. Redactores avezados pueden convertir un texto que de lo contrario sería imperativo en una expresión rogatoria. Reviste importancia, por ejemplo, el que un verbo tal como “convengo” figure solo, o sea precedido por un texto tal como “me propongo” o “espero” (acordar). Por lo tanto, el lenguaje usado es un indicador importante del estado del acuerdo, pero los responsables de tomar decisiones deben ser cuidadosos para no basarse en un solo elemento probatorio para llegar a su conclusión.

Cláusulas. Ciertas cláusulas suelen ser estándar en textos de tratados, por lo cual su presencia puede ser indicativa de que un acuerdo reúne las condiciones que hacen de él un tratado. Los tratados suelen contener complicadas disposiciones sobre consentimiento que lo hagan obligatorio a través de opciones tales como firma definitiva, firma simple seguida por ratificación, adhesión, aceptación o aprobación. Cuando los tratados se celebran en forma de intercambio de notas, la práctica de los Estados ha diseñado una fórmula común que utilizan ambas partes en señal de que su consentimiento es legalmente obligatorio. Un ejemplo paradigmático se encuentra en el Intercambio de Notas entre el Reino Unido y Uruguay. El Reino Unido concluyó su propuesta manifestando:

Si el Gobierno de Uruguay acepta esta propuesta, tengo el honor de proponer que esta nota y su respuesta afirmativa constituyan un acuerdo entre nuestros dos Gobiernos.

Y la nota de Uruguay señalaba:

En relación con lo que antecede deseo informar a Su Excelencia el consentimiento del Gobierno de la República Oriental del Uruguay a las disposiciones tal como han sido establecidas,

¹⁴⁸ Hollis, *Segundo informe, supra*, nota 10, párr.t 18. Fuera de la región, varios Estados cuentan con glosarios en los que se muestra, en forma de cuadro, la terminología típica de los tratados en oposición a los compromisos políticos. Véase, por ejemplo, Guía de tratados de Suiza, *supra*, nota 123, en Annex B; Alemania, Richtlinien für die Behandlung völkerrechtlicher Verträge (RvV) (1 de julio de 2019) (en alemán, pero el anexo H incluye ejemplos en inglés de las cláusulas y de la terminología que diferencia a los tratados de los compromisos políticos), en http://www.verwaltungsvorschriften-internet.de/bsvwvbund_05032014_50150555.htm.

¹⁴⁹ Cabe la posibilidad de que un tratado contenga una cláusula con términos rogatorios, lo cual limita los derechos u obligaciones jurídicos que impone a las partes. No obstante, suponiendo que, no obstante, se haya tenido la intención de que el acuerdo constituyera un tratado (o existan señales suficientes de que lo fuera), seguirá siendo un tratado.

por lo cual la presente nota y la nota de Su Excelencia constituirán un acuerdo entre nuestros dos Gobiernos, que entrará en vigor en el día de hoy¹⁵⁰.

Otras cláusulas “finales” se usan regularmente en tratados, y esta directriz ofrece una lista ilustrativa de aquellas cuya existencia puede ser indicativa de un tratado. Los tratados suelen preceder a las firmas de las partes con una redacción estándar (a saber: “Dado en [lugar], el [fecha]...”). El uso de una cláusula de “entrada en vigor” es otro signo notorio de un tratado. En el caso *Somalia c. Kenya* la CIJ concluyó que “la inclusión de una disposición referente a la entrada en vigor del memorando de entendimiento es indicativa del carácter vinculante del instrumento”¹⁵¹. Además, en los Tratados se incluyen regularmente requisitos de notificación de rescisión o retiro (requiriendo, por ejemplo, una notificación previa con seis o doce meses de anticipación).

En contraste, los compromisos políticos pueden no firmarse (su texto puede, simplemente, entregarse a la prensa o publicarse de otro modo), y cuando se firman, en ellos generalmente se omite la referencia más formal a la firma utilizada en referencias a tratados. En lugar de cláusulas sobre enmiendas o rescisión, a veces se usa el término “modificaciones”.

No todos los Estados utilizan idénticos marcadores lingüísticos, títulos o cláusulas para diferenciar un tratado de un compromiso político. En consecuencia, ninguna cláusula individual debería garantizar la naturaleza de tratado de un acuerdo (ni la naturaleza de un compromiso político). En la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, por ejemplo, se reconoce el hecho de que los tratados pueden carecer de una cláusula de retiro o rescisión, previéndose normas sobre incumplimiento en esos casos¹⁵². Por ese motivo es más acertado considerar todas esas cláusulas como indicativas, en lugar de determinativas. Una prueba en contrario, contenida en el acuerdo o fuera de él, puede revelar la existencia de un compromiso político, en lugar de un tratado (o viceversa). Por ejemplo, la Conferencia sobre la Seguridad y Cooperación en Europa (actualmente la OSCE) elaboró en 1986 un “Documento sobre Medidas de Creación de Confianza y Seguridad en Europa”, en que se dispuso que el mismo “entra[ría] en vigor el 1 de enero de 1987”, lo que constituye la cláusula de entrada en vigor generalmente asociada con un tratado. No obstante, en la misma oración se aclaró también que las “medidas adoptadas en [ese] documento [eran] políticamente vinculantes”¹⁵³.

Circunstancias circundantes. La labor encaminada a identificar y diferenciar los acuerdos vinculantes de los no vinculantes no se limita a la consideración de su texto. Tanto en las pruebas intencionales como en las objetivas se examinan similares elementos de juicio externos a saber, las circunstancias que rodean el caso y la conducta ulterior de los participantes para identificar acuerdos como tratados o como compromisos políticos. Como se señaló, la búsqueda de la intención es global, por lo cual abarca tanto los *travaux préparatoires* que preceden al acuerdo, como la conducta ulterior de cualquiera de los participantes que revista importancia para identificar la naturaleza del acuerdo. En el caso *Bay of Bengal*, por ejemplo, el TIDM hizo hincapié en que “las circunstancias” en que se habían adoptado las Actas Acordadas “no indica[ban] que a través de ellas se hubiera tenido el propósito de crear obligaciones jurídicas” en que uno de los participantes, Myanmar, hubiera dejado en claro tempranamente su intención de acordar exclusivamente un acuerdo general; no un acuerdo separado como el que, según se alega, aparece en las Actas Acordadas.¹⁵⁴

¹⁵⁰ Aust, *supra*, nota 11, pág. 425, 427; véase también Hollis, *The Oxford Guide to Treaties*, *supra*, nota, págs. 678-79; Hans Blix y Jirinia H. Emerson, *The Treaty-Maker's Handbook* 80 (1973).

¹⁵¹ *Somalia c. Kenya*, *supra*, nota 9, párr. 42.

¹⁵² Véase Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 56.

¹⁵³ Documento de la Conferencia de Estocolmo sobre Medidas destinadas a Fomentar la Confianza y la Seguridad y sobre Desarme en Europa (1986), 26 ILM 190, ¶101 (1987) (en español la fuente de la cita puede ser consultada en el siguiente enlace <https://www.osce.org/es/fsc/41243?download=true>).

¹⁵⁴ *Delimitación de la frontera marítima entre Bangladesh y Myanmar en la Bahía de Bengala*, *supra*, nota 118, párr. 93; caso *Acuerdo sobre el caso de la Plataforma Continental del Mar Egeo*, *supra*, nota 114, párr. 107. Análogamente, en el Arbitraje sobre el Mar del Sur de China el Tribunal hizo hincapié en la

Al mismo tiempo, aunque en el análisis objetivo se da prioridad al texto, no se excluye el análisis de pruebas externas, en especial cuando el texto mismo sea ambiguo o contradictorio. En *Qatar c. Bahrein*, por ejemplo, el análisis más objetivo realizado por la CIJ estuvo condicionado expresamente a la consideración de las circunstancias que rodean la celebración de un acuerdo¹⁵⁵.

Conducta subsiguiente. Tanto en los métodos intencionales como en los métodos objetivos puede invocarse, además de las circunstancias circundantes, la conducta ulterior de las partes. Por ejemplo, en la búsqueda de las intenciones de las partes el Tribunal que actuó en el caso sobre el *Mar del Sur de China* concluyó que un acuerdo no estaba destinado a constituir un tratado, dada la repetida utilización, por China, del término “documento político” para describirlo, una vez celebrado¹⁵⁶. El hecho de que no se someta un acuerdo a los procedimientos requeridos por el derecho interno para la celebración de tratados puede poner de manifiesto también las intenciones de las partes de celebrar un compromiso político¹⁵⁷. Sin embargo, un proceder de ese género puede también examinarse con un criterio más objetivo. Así, la CIJ ha considerado el proceder subsiguiente de las partes —por ejemplo, la introducción de correctivos técnicos en un acuerdo— como indicativo de un compromiso vinculante¹⁵⁸.

¿Qué pensar de la hipótesis en que un participante haya registrado un acuerdo en las Naciones Unidas conforme a lo previsto en el artículo 102 de la Carta de dicha organización? Como ya se señaló, el registro no es preceptivo en el caso de los tratados. En *Qatar c. Bahrein*, la CIJ hizo hincapié en el argumento de que la omisión de registrar las Actas Acordadas no podía privar a un acuerdo jurídicamente vinculante de su calidad de tal¹⁵⁹. Por otra parte, en el caso *Delimitación marítima en el Océano Índico* la CIJ subrayó que Kenya había tenido la intención de que el memorando de entendimiento en cuestión fuera un tratado, habiendo solicitado su registro en las Naciones Unidas, y que Somalia no se opuso a esa solicitud durante casi cinco años¹⁶⁰. En otras palabras, el registro (o la falta de registro), aunque no sea un elemento determinante, puede, de todos modos, indicar en alguna medida el carácter vinculante o no vinculante de un tratado.

3.5 Elemento indicativo de un tratado: *En los casos en que los participantes en el acuerdo no especifiquen su condición o no lleguen a otro tipo de avenencia al respecto, los Estados deberían usar una cláusula sobre el derecho aplicable (o recurrir a ella) para confirmar la existencia*

manera en que China, en los considerandos de su conclusión, catalogó repetidamente el acuerdo en cuestión como un "documento político". *Arbitraje sobre el Mar del Sur de China, supra*, nota 37, párr. 216.

¹⁵⁵ *Qatar c. Bahrein, supra*, nota 38, párr. 23 (Para determinar si se ha celebrado un acuerdo de ese género "la Corte debe examinar, por encima de todo, sus términos reales y las circunstancias específicas en que haya sido adoptado").

¹⁵⁶ *Arbitraje sobre el Mar del Sur de China, supra*, nota 37, párr. 218.

¹⁵⁷ *Delimitación de la frontera marítima en la Bahía de Bengala, supra*, nota 118, párr. 97 ("[e]l hecho de que las Partes no hayan sometido las Actas Acordadas de 1974 al procedimiento requerido por sus respectivas constituciones para los acuerdos internacionales vinculantes es un indicio adicional de que no se tuvo la intención de que las Actas Acordadas fueran jurídicamente vinculantes"). Por otra parte, la CIJ ha señalado que la omisión de seguir procedimientos nacionales para la elaboración de tratados no priva de esa calidad a un acuerdo que por lo demás parece ser un tratado. *Somalia v. Kenya, supra*, nota 9, págs. 23-24, párrs. 48-50.

¹⁵⁸ *Fronteras terrestres y marítimas (el Camerún c. Nigeria), supra*, nota 77, párr. 253 [en que se concluye que la Declaración de Maroua era jurídicamente vinculante tal como había sido publicada (sin que ninguna condición indicara la necesidad de una ratificación ulterior); posteriormente, se intercambiaron cartas en que se efectuaron correcciones técnicas a su contenido, y la línea divisoria que contenía fue notificada a la Secretaría pertinente de las Naciones Unidas].

¹⁵⁹ *Qatar c. Bahrein, supra*, nota 38, párrs. 28-29.

¹⁶⁰ *Somalia c. Kenya, supra*, nota 9, párr. 19.

de un contrato. Los Estados deberían suponer que un texto claramente vinculante entre Estados que guarda silencio con respecto a su condición es un tratado, en vez de un contrato.

Comentario: Al diferenciar entre acuerdos, la posibilidad de que se esté ante un contrato solo surge cuando se responde afirmativamente a dos preguntas. Primera, ¿existe un acuerdo? Segunda, ¿el acuerdo es vinculante? Cuando existe un acuerdo vinculante surge la pregunta de si él representa un tratado o un contrato. La capacidad de los participantes puede ayudar en esa indagatoria, pues ciertos participantes pueden no estar autorizados a celebrar tratados. Véase la *directriz 2.1-2.2* y el *Comentario* que la acompaña, en cuanto a la manera de determinar qué entidades pueden poseer capacidad legal para celebrar tratados.

Por otra parte, al igual que en la cuestión de la identificación de tratados y compromisos políticos, el lenguaje utilizado en el acuerdo puede ser indicativo de la naturaleza contractual de esos instrumentos. Los contratos, por ejemplo, pueden ser titulados como tales, o bien, como ya se señaló, en ellos puede especificarse un derecho rector distinto del derecho internacional (con lo cual se excluye la opción del tratado)¹⁶¹. No obstante, se debe tener cuidado de no concluir que todo acuerdo en que se haga referencia a las leyes o al sistema jurídico de un Estado sea un contrato. Los Estados pueden, por ejemplo, condicionar las obligaciones que les imponga un tratado de modo que se limiten a lo que el derecho interno autorice (o para privar de obligatoriedad a un comportamiento violatorio de ese derecho). En tales casos, la referencia al derecho interno contribuye a limitar el alcance de la obligación regida por el derecho internacional, en lugar de ayudar a redefinir qué sistema de derecho rige el acuerdo.

¿Qué sucede cuando un texto es claramente vinculante pero en él no se expresa si constituye un tratado o un contrato? Cuando los participantes son sujetos de derecho internacional, en la mayoría de los casos se presume que los acuerdos vinculantes constituyen tratados.¹⁶² Por lo tanto, los Estados deberían suponer que los acuerdos vinculantes entre Estados constituyen tratados a falta de pruebas indicadoras de un contrato (por ejemplo, una cláusula sobre derecho aplicable). No obstante, cuando el participante es una institución del Estado esa presunción puede no existir, y se requiere un cuidadoso análisis, no solo sobre el texto acordado, sino también sobre el contexto circundante y sobre la conducta subsiguiente de las partes. Existen, además, algunas sugerencias académicas de que no es forzoso que ambas categorías de acuerdos vinculantes se excluyan mutuamente, es decir que algunos acuerdos pueden tener una forma “híbrida”, en que ciertos términos se rigen por el derecho internacional y otros por el derecho nacional¹⁶³. No obstante, la práctica de los Estados por ahora no basta para respaldar la afirmación de que se esté ante una nueva modalidad de acuerdos.

3.6 Indicios ambiguos o incongruentes de la condición de un acuerdo: *En los casos en que los elementos indicativos de la condición de un acuerdo sean ambiguos o incongruentes, la condición del acuerdo debería determinarse sobre la base de un análisis integral que procure*

¹⁶¹ Véase, por ejemplo, *supra*, nota 111 (cláusula sobre el derecho rector del Acuerdo NASA-AEB, que dispone: "La legislación federal de los Estados Unidos regirá el presente acuerdo a todos los fines, incluso, pero sin carácter limitativo, para determinar la validez del presente Acuerdo...").

¹⁶² El profesor Jan Klabbbers dedicó todo un libro a establecer esta presunción. Véase Klabbbers, *supra*, nota 3. Otras fuentes que favorecen esa tesis constan en Anthony Aust, *The Theory & Practice of Informal International Instruments*, 35 Int'l & Comp. L. Q 787, 798 (1986); Widdows, *supra*, nota 3, pág. 142; Hersch Lauterpacht, *Second Report on the Law of Treaties*, ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 1954, vol. II, 125. Esas opiniones han suplantado anteriores puntos de vista según los cuales la presunción debe ser la contraria (que no se está ante la elaboración de un contrato a falta de una intención manifiesta de hacerlo). Véase Schachter, *supra*, nota 49, 297; JES Fawcett, *The Legal Character of International Agreements*, 30 BRIT. YBK INT'L L. 381, 400 (1953).

¹⁶³ Véase Paul Reuter, *Third report on the question of treaties concluded between States and international organizations or between two or more international organizations*, ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 1974, vol. II(1), 139.

conciliar las pruebas objetivas y las intenciones comunes de los participantes. Los Estados deberían tratar de dar a conocer los resultados de su análisis integral a las otras partes del acuerdo. En algunos casos, los Estados podrían considerar opciones más formales para la solución de controversias a fin de aclarar o resolver el carácter vinculante o no vinculante de sus acuerdos.

Comentario: En algunos casos la prueba referente al tipo de acuerdo celebrado puede ser ambigua. Considérese, por ejemplo, el título “Memorando de entendimiento”. Para ciertos Estados esa denominación indica un compromiso político, en lugar de un tratado, pero otros Estados no han considerado que ella excluya la condición de tratado. Similar ambigüedad rodea a la forma verbal “will” en inglés. En algunos Estados —en especial los vinculados con el Commonwealth británico— el término “will” se considera facultativo, en lugar de preceptivo, por lo cual lo usan regularmente en y relación con textos de acuerdos no vinculantes. Para otros Estados, en cambio, “will” es sinónimo de “shall” y puede interpretarse como expresión de un compromiso obligatorio. Por lo tanto los Estados y las instituciones estatales deberían asumir una actitud prudente en sus supuestos de que ese término indique la existencia de un acuerdo.

Algunos acuerdos contienen una combinación de disposiciones vinculantes y manifiestamente no vinculantes. En esos casos el acuerdo debería ser tratado como vinculante porque, por definición, ninguna parte de un compromiso político puede considerarse vinculante¹⁶⁴. La práctica de los Estados parece excluir esa posibilidad. Considérese, por ejemplo, el Acuerdo de París sobre el cambio climático, tratado en que, famosamente, se usa el verbo “should” para definir la obligación central de las partes en materia de objetivos de reducción de emisiones, y al mismo tiempo usar “shall” en otras disposiciones sobre reuniones e informes futuros¹⁶⁵. En otras palabras, los tratados pueden contener disposiciones a las cuales las partes no tengan la intención de darles carácter coercitivo junto a las que sí tengan ese carácter. Como es natural, esa posibilidad dificulta cualquier aplicación de la prueba de la intención, pues requiere evaluar, disposición por disposición, las intenciones de las partes.

En otros casos, la prueba puede no ser ambigua, sino contradictoria. En la medida de lo posible los Estados deben evitar caer en contradicciones. Empero, si se presentasen tales casos, los participantes (o un tercero) tendrán que sopesar cuidadosamente toda la evidencia, encuéntrase ésta en el texto, en las circunstancias del caso o en el comportamiento subsiguiente. En esos casos, convendría, si es posible, determinar si los resultados de un enfoque intencional y objetivo llevan a la misma conclusión. De no ser así, los participantes pueden promover mecanismos de solución de controversias, incluidos los tendientes (a) a dejar en claro la naturaleza del acuerdo, o llegar por otra vía a un entendimiento al respecto, (b) a rescindir el acuerdo, o (c) a sustituirlo por un acuerdo delineado más claramente.

4. Procedimientos para la celebración de acuerdos vinculantes y no vinculantes

4.1 Diferentes procedimientos internos para los tratados. *Todo Estado debería tener plena libertad para establecer y mantener un procedimiento interno o varios para autorizar la negociación y celebración de tratados por el Estado o sus instituciones. Estos procedimientos podrían basarse en la constitución del Estado, sus leyes o su práctica. Distintos Estados podrían seguir procedimientos internos diferentes para el mismo tratado.*

Comentario: Los Estados cuentan, para la elaboración de tratados, con procedimientos internos amplios —y a menudo diferentes— derivados de las tradiciones jurídicas, históricas, políticas y culturales propias de cada uno de ellos. Pese a sus diferencias, esos procedimientos sirven funciones

¹⁶⁴ Véase por ejemplo, Guía de tratados de Suiza, *supra* nota 123, en 6 (un texto no vinculante debe ser redactado de tal manera que ninguno de sus términos exprese un compromiso jurídico).

¹⁶⁵ Compárese la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, Aprobación del Acuerdo de París, FCCC/CP/2015/L.9, 12 de diciembre de 2015, art. 4.4, junto con los arts. 4.9 y 4.12. La condición de tratado que se tuvo la intención de dar a dicho acuerdo es también evidenciada por la presencia de cláusulas sobre consentimiento, entrada en vigor y denuncia/rescisión.

similares. En primer lugar, y como cuestión primordial, pueden confirmar el hecho de que el acuerdo propuesto constituirá, para el Estado, un tratado (en la acepción de derecho internacional de ese término, empleado en la definición contenida en la *Directriz 1.2*, supra). En segundo lugar, verifican que el tratado sea compatible con el orden jurídico interno del Estado, garantizando, por ejemplo, que sus términos no infrinjan ninguna prohibición ni ninguna prescripción constitucional o legal. Tercero, aseguran una adecuada coordinación con respecto al contenido o a la aplicación del tratado, tanto dentro del Poder Ejecutivo como de los demás poderes de gobierno del Estado¹⁶⁶.

Los procedimientos internos que utilizan los Estados para autorizar la elaboración de tratados emanan de diversas fuentes. Algunos son preceptuados por la Constitución de un Estado¹⁶⁷. Otros pueden ser el producto de una ley nacional¹⁶⁸. En algunos casos los procedimientos carecen de base legal formal, pero dependen de una práctica o una política nacional. En Canadá, por ejemplo, aunque el Primer Ministro tiene la potestad de celebrar unilateralmente un tratado sobre cualquier tema, existe la práctica de no consentir tratados que requieran la aplicación de disposiciones legales hasta que esas normas sean promulgadas, ya sea a nivel federal o provincial¹⁶⁹. En consecuencia, es posible que los Estados tengan diferentes niveles de compromiso jurídico con su función de elaboración de tratados: el procedimiento de algunos Estados será inderogable; otros Estados pueden poseer mayor flexibilidad, que les permita dar cabida a variantes si las circunstancias lo justifican.

En cuanto al contenido de esas condiciones referentes a los procedimientos nacionales de elaboración de tratados, existe cierta uniformidad con respecto a la radicación de la potestad de negociar un tratado. La mayoría de los procedimientos de elaboración de tratados asignan la potestad de negociar y celebrar tratados a un jerarca del Poder Ejecutivo del Estado (por ejemplo el Monarca); al Jefe de Gobierno (por ejemplo el Primer Ministro), o a ambos (por ejemplo el Presidente). Con frecuencia la potestad es objeto de una delegación adicional, del Jefe de Estado al Jefe de Gobierno y del Jefe de Gobierno al Ministro de Relaciones Exteriores. También existe uniformidad en cuanto al compromiso de los Estados de encomendar al Poder Legislativo la potestad de autorizar el consentimiento del Estado a, por lo menos, algunos tratados.

¹⁶⁶ Véase, por ejemplo, Respuesta de Colombia, *supra*, nota 85 ("dependiendo de la materia del instrumento jurídico a negociar intervienen los ministerios o entidades del poder público que tengan los conocimientos técnicos sobre lo que se está acordando en el cuerpo del mismo" toman parte en su autorización).

¹⁶⁷ Véase, por ejemplo, Respuesta de Argentina, *supra*, nota 72 (en que se cita el artículo 99(11) de la Constitución, referente a la potestad del Presidente de celebrar tratados y el artículo 75(22) referente a la potestad del cuerpo legislativo de "aprobar o desechar tratados celebrados con las demás naciones y organizaciones internacionales..."); Respuesta de Colombia, *supra*, nota 85 ("los tratados requieren adopción por el Congreso de la República y la declaratoria de exequibilidad de la Corte Constitucional, en cumplimiento de las disposiciones de los artículos 156 y 241 de la Constitución Política, respectivamente."); Respuesta de la República Dominicana, *supra*, nota 46 (en que se cita el art. 184 de la Constitución, que encomienda a la Corte Constitucional el examen de todos los tratados, y el art. 93 en cuanto encomienda al Congreso Nacional la aprobación de todos los tratados); Respuesta de Ecuador, *supra*, nota 46 (en que se citan los artículos 416 a 422 y 438 de la Constitución, que regulan la elaboración de tratados); Respuesta de México, *supra*, nota 109 (en que se cita el art. 133 de la Constitución Mexicana en relación con tratados celebrados por el Presidente con aprobación del Senado); Respuesta de los Estados Unidos, *supra*, nota 72 (en que se cita la cl. 2 del inciso 2 del art. II de la Constitución de ese país).

¹⁶⁸ Respuesta de Brasil, *supra*, nota 85 (delegación al Ministerio de Relaciones Exteriores, a través del artículo 62.III de la Ley Federal N.º. 13.502/2017, de la potestad de elaboración de tratados).

¹⁶⁹ Véase Respuesta de Canadá, *supra*, nota 40, en 6: Maurice Copithorne, *National Treaty Law & Practice: Canada*, en NATIONAL TREATY LAW & PRACTICE 95-96 (D.B. Hollis et al, eds., 2005).

Existe, no obstante, amplia diversidad en cuanto a la amplitud y profundidad de la función legislativa requerida¹⁷⁰. En algunos Estados, como la República Dominicana, todos los tratados requieren aprobación legislativa¹⁷¹. En otros Estados, como Ecuador, solo requieren aprobación legislativa los tratados que se refieren a ciertos temas o al desempeño de ciertas funciones¹⁷². Varios Estados tienen diferentes conjuntos de procedimientos internos para diferentes categorías de tratados. Así, aunque muchos de los tratados de Colombia deben recibir aprobación legislativa, el derecho y la práctica de ese país reconocen también "acuerdos ejecutivos" y "acuerdos de procedimiento simplificados". Los primeros están comprendidos en la esfera de competencia exclusiva del Presidente de Colombia quien tiene la potestad de dirigir las relaciones internacionales, conforme a lo previsto por el artículo 189.2 de la Constitución colombiana, mientras que los segundos se celebran al amparo de un tratado previo (que haya obtenido la aquiescencia de la legislatura nacional)¹⁷³. Cualquier acuerdo ejecutivo o de procedimiento simplificado que no se ajuste a estos parámetros resultaría anticonstitucional.

En países tales como Estados Unidos el derecho y la práctica se han combinado para crear no menos de cuatro diferentes procedimientos para determinar en qué casos el Poder Ejecutivo puede consentir un tratado: (1) siguiendo la recomendación y contando con el consentimiento de dos tercios de miembros del Senado de los Estados Unidos; (2) conforme a lo previsto por una ley federal (sancionada por mayoría simple de ambas cámaras del Congreso); (3) en virtud de las potestades "exclusivas" que posee únicamente el Poder Ejecutivo, y (4) cuando lo autoriza un tratado anterior que haya recibido la recomendación y obtenido el consentimiento del Senado¹⁷⁴. Además de la participación legislativa, varios Estados Miembros han establecido el requisito de revisión judicial, en virtud del cual la Corte Constitucional verifica la constitucionalidad de un proyecto de tratado. Es el

¹⁷⁰ El nivel de aprobación legislativa puede variar. En algunos Estados la aprobación de un tratado está a cargo del Poder Legislativo en pleno. En otros, ambas cámaras legislativas participan en el proceso de aprobación, pero una de ellas tiene mayores potestades que la otra. Una tercera posibilidad es que solo una de las dos cámaras legislativas dé su aprobación. Por último, algunos Estados pertenecientes al Commonwealth no confieren al Poder Legislativo papel alguno en la aprobación de un tratado, pero además desconocen toda implementación interna a falta de autorización legislativa, que se otorga a través de procedimientos parlamentarios ordinarios. Véase Hollis, *A Comparative Approach*, *supra*, nota 10, en 32-35 (en que se examina el derecho de los tratados y la práctica de diecinueve Estados representativos).

¹⁷¹ Respuesta de la República Dominicana, *supra*, nota 46 (conforme a lo dispuesto por el art. 93 de la Constitución de 2015, el Congreso Nacional tiene la potestad de "aprobar o desaprobado los tratados y convenciones que suscriba el Poder Ejecutivo").

¹⁷² Respuesta de Ecuador, *supra*, nota 46 (la Asamblea Nacional tiene el cometido de conceder la aprobación previa a la ratificación de tratados que involucren temas de delimitación territorial o de fronteras, alianzas políticas o militares, compromisos de sancionar, enmendar o derogar una ley, derechos y garantías previstos en la Constitución, las políticas económicas del Estado, acuerdos de integración y comercio, delegación de atribuciones a un organismo internacional o supranacional, un compromiso que afecte al patrimonio natural del país y, especialmente, a sus activos hídricos, diversidad biológica y genéticos).

¹⁷³ Respuesta de Colombia, *supra*, nota 85 (en que se señala que tratándose de acuerdos en que se desarrolle un acuerdo anterior, ese acuerdo anterior debe ser compatible con todos los requisitos constitucionales, y el acuerdo de implementación mismo debe ser congruente con los requisitos del tratado marco que le sirva de base, sin excederlos).

¹⁷⁴ Como consecuencia, a nivel nacional Estados Unidos utiliza una terminología diferente para referirse a tratados (en la acepción de derecho internacional) que se ciñen a estos diferentes procedimientos. En la legislación estadounidense, el término "tratados" se refiere solo a aquellos acuerdos sujetos a asesoramiento y consentimiento senatorial; los "acuerdos ejecutivos congresionales" son acuerdos aprobados por una ley federal, y los "acuerdos ejecutivos" son acuerdos elaborados bajo la potestad ejecutiva del Presidente. Otros Estados utilizan sus propios léxicos para diferenciar sus tratados en función de los diferentes procedimientos empleados. Véase la nota 47 y el texto que le acompaña.

caso de la República Dominicana y de Ecuador, en que todos los tratados deben ser revisados por la Corte Constitucional antes de que su tramitación pueda recorrer otros procedimientos internos¹⁷⁵.

Los Estados pueden también imponer requisitos de notificación para tratados que pueda celebrar el Poder Ejecutivo sin participación legislativa (o judicial). Ese procedimiento permite al Poder Legislativo saber qué tratados está celebrando el Estado independientemente de sus propios procesos de aprobación. Algunos Estados, como Estados Unidos, incluso han creado procedimientos de coordinación del proceso de elaboración de tratados *dentro* del Poder Ejecutivo, incluso por organismos gubernamentales. El proceso de la “Circular 175” (C-175) implementa una disposición del derecho de los organismos del Gobierno de los Estados Unidos que restringe la potestad de suscribir o celebrar de otro modo tratados (en el sentido del derecho internacional utilizado en dichas directrices) sin previa consulta al Secretario de Estado de los Estados Unidos¹⁷⁶. En 2013 el Ministro de Relaciones Exteriores del Perú emitió dos Directivas que “establecían lineamientos de orientación en la gestión de los tratados, comprendiendo la negociación, la suscripción, el perfeccionamiento (aprobación y/o ratificación internas), los procedimientos relativos a la eventual formulación de declaraciones, reservas y objeciones a reservas, y su registro”¹⁷⁷.

La amplitud y diversidad de los procedimientos internos de elaboración de tratados aconseja abstenerse de toda labor de armonización. Por el contrario, la *directriz 4.1* adopta una práctica óptima de “libertad”, aceptando y respaldando la potestad de cada Estado de decidir por sí mismo, con autonomía, la manera de autorizar la elaboración de tratados. Los Estados pueden consignar sus procedimientos de elaboración de tratados en disposiciones constitucionales u otras normas jurídicas, o bien elaborarlos a través de procesos más informales y prácticos. Un Estado puede, además, adoptar un proceso único para todos sus tratados conforme al derecho internacional, u optar por crear diferentes procedimientos de aprobación para diferentes tipos de tratados.

Los Estados deben, asimismo, tener en cuenta que la(s) opción(es) que elijan para que determinado tratado siga cierto trámite, tal como la aprobación legislativa, puede no ser seguido(s) por sus copartícipes en el tratado. En otras palabras, los Estados no deberían suponer, simplemente porque sus propios procedimientos nacionales requieran que determinado tratado reciba aprobación legislativa (o, a la inversa, que no se requiera una aprobación de ese género), sus potenciales copartícipes en el tratado habrán de adoptar un enfoque similar.

4.2 Establecimiento de procedimientos internos para los compromisos políticos. *Los Estados deberían establecer y mantener procedimientos para autorizar los compromisos políticos*

¹⁷⁵ Véase, por ejemplo, Respuesta de la República Dominicana, *supra*, nota 46 (conforme al artículo 55 de la Ley Orgánica No. 137-11, el Presidente debe presentar tratados internacionales suscritos a la Corte Constitucional para que se pronuncie sobre su constitucionalidad); Respuesta de Ecuador, *supra*, nota 46 (en que se cita el art. 110.1 de su Ley Orgánica sobre Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional: "Los tratados internacionales que requieran aprobación legislativa tendrán un control automático de constitucionalidad antes de su ratificación, previo a iniciarse el respectivo proceso de aprobación legislativa").

¹⁷⁶ El Decreto Case-Zablocki, 1 U.S.C. §112b(c). (Sin perjuicio de cualquier otra disposición de la ley, ningún acuerdo internacional puede ser suscrito o celebrado de otro modo en nombre de los Estados Unidos sin previa consulta al Secretario de Estado.) El propio proceso de C-175 involucra la autorización, por el Secretario de Estado, de la negociación o celebración de uno o más acuerdos internacionales por el Departamento de Estado u otro organismo gubernamental de los Estados Unidos. En <https://fam.state.gov/FAM/11FAM/11FAM0720.html> se encontrará el texto del proceso C-175.

¹⁷⁷ Perú, Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú, *Lineamientos Generales Internos sobre la Suscripción, Perfeccionamiento Interno y Registro de los Tratados*, Directiva N.º 001-DGT/RE-2013 (aplicable al propio Ministerio de Relaciones Exteriores); Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú, *Lineamientos Generales sobre la Suscripción, Perfeccionamiento Interno y Registro de los Tratados*, Directiva N.º 002-DGT/RE-2013 (que abarca a todas las entidades públicas peruanas).

celebrados por el Estado o sus instituciones. Aunque los compromisos políticos son acuerdos no vinculantes, sería conveniente que los Estados tuvieran procedimientos que confirmaran:

- (a) el carácter no vinculante de un compromiso;
- b) la pertinencia del uso de una forma o modalidad no vinculante en vez de una vinculante, como ocurre en los casos en que, debido a la falta de tiempo o a la incertidumbre, es desaconsejable que el Estado quede atrapado en un acuerdo con efectos jurídicos, y
- c) la notificación de las instituciones pertinentes del Estado, incluyendo al Ministerio de Relaciones Exteriores, y la coordinación con ellas.

Comentario: Los compromisos políticos, incluidos muchos titulados como memorandos de entendimiento, se han convertido en un vehículo utilizado con creciente frecuencia para la celebración de acuerdos interestatales e interinstitucionales. Su atractivo proviene, por lo menos en parte, de la ausencia, en general, de procedimientos internos para su celebración¹⁷⁸. Ese hecho ha permitido a esos instrumentos adquirir reputación como vehículos dotados, en comparación con los tratados, de mayor velocidad (en cuanto al proceso de su formación), flexibilidad (en cuanto a ajustes o modificaciones) y salida (en cuanto a terminación del compromiso)¹⁷⁹. Esos beneficios llevan a pensar que sería un error hacer extensivos a compromisos políticos procedimientos de aprobación idénticos a los aplicados a los tratados.

De ello no se infiere, sin embargo, que los Estados deban carecer de procedimientos de autorización de esos acuerdos simplemente porque no sean muy apropiados para la elaboración de tratados. A falta de cierta revisión o autorización previa es difícil saber si cierto supuesto compromiso político realmente no es vinculante. Análogamente, a falta de ciertos procesos de examen o aprobación podrían celebrarse compromisos políticos que no sean congruentes con leyes o políticas del Estado. En el contexto interinstitucional es incluso posible que una institución de un Estado pueda celebrar un compromiso político opuesto a intereses o acuerdos existentes en otro ámbito del mismo Estado, o directamente incompatible con estos.

Esas preocupaciones ayudan a explicar por qué algunos Estados han diseñado mecanismos de revisión de sus compromisos políticos. La política de tratados publicada por Canadá, por ejemplo, contiene una sección que preceptúa la aprobación de políticas de "instrumentos jurídicos jurídicamente no vinculantes" por el Gobierno nacional o sus instituciones¹⁸⁰. Colombia limita la capacidad de suscribir acuerdos jurídicamente no vinculantes a quienes posean capacidad jurídica para representar a la entidad, y condicionada a la verificación, por la oficina de asuntos jurídicos pertinente, de que los compromisos asumidos no excedan las funciones y facultades otorgadas a esa unidad por la Constitución o las leyes¹⁸¹. En Perú los compromisos políticos no vinculantes asumidos por el Estado

¹⁷⁸ Véase Charles Lipson, *Why are Some International Agreements Informal?* 45 INT'L ORG. 495, 508 (1991); Raustiala, *supra*, nota 6, 592.

¹⁷⁹ Duncan B. Hollis, *Informe preliminar sobre acuerdos vinculantes y no vinculantes*, OEA/Ser.Q, CJI/doc.542/17 (24 julio 2017) (en lo sucesivo "Informe preliminar").

¹⁸⁰ Política de Tratados de Canadá, *supra*, nota 48, Pt. 8 y anexo C (que señala que cada departamento es responsable de cerciorarse de que se haga una clara distinción entre tratados e instrumentos no vinculantes, en consulta con la Sección de Tratados y que preceptúa la aprobación de la política, incluso por el Gabinete, para un instrumento jurídicamente no vinculante que determinaría una modificación en gran escala de la política canadiense y el archivo de todos los instrumentos jurídicamente no vinculantes en la Sección de Tratados de Canadá); véase también Respuesta de Canadá, *supra* nota 40 (que indica que aunque Canadá los considere no vinculantes, tales instrumentos tienen una forma distinta y deben respetar las políticas y prácticas canadienses, incluso la política exterior del Gobierno canadiense, así como las leyes nacional e internacionales).

¹⁸¹ Respuesta de Colombia, *supra*, nota 85. Por lo tanto, de los ministerios de gobierno de Colombia, solo el de Relaciones Exteriores tiene la potestad de suscribir compromisos políticos en nombre del Estado en conjunto, sujeta a revisión por la Dirección de Asuntos Jurídicos Internacionales del Ministerio de

se coordinan con todas las entidades gubernamentales dotadas de competencia con respecto a su contenido. La Oficina General de Asuntos Legales del Ministerio de Relaciones Exteriores tiene el cometido de dictaminar si corresponde emitir un acto de aprobación para su firma. En cambio, cuando el acuerdo no vinculante se da a nivel interinstitucional, las negociaciones son llevadas a cabo por la institución de que se trate, y “[s]i bien conforme a la legislación peruana no es preceptivo poner a consideración del Ministerio de Relaciones Exteriores el borrador del instrumento, muchas entidades gubernamentales lo hacen”¹⁸².

México y Estados Unidos mencionan esfuerzos similares encaminados a revisar proyectos de acuerdos no vinculantes para verificar su calidad de tales y sean compatibles, en caso contrario, con la práctica de esos países en materia de tratados¹⁸³. Lo que no es tan claro, en cambio, es con qué regularidad se realiza esa revisión. La respuesta de México indica que ese estudio se lleva a cabo a “solicitud de la instancia mexicana firmante” (aunque la autoridad mexicana competente remite copias del instrumento una vez que éste “ha sido formalizado”). Si bien Estados Unidos no indica ningún “procedimiento formal que rijan la conclusión de instrumentos jurídicamente no vinculantes,... tales instrumentos son revisados en relación [con] su contenido y redacción, *inter alia* como garantía de que reflejen adecuadamente la intención de que no sean regidos por el derecho interno o internacional ni generen obligaciones emanadas de esas ramas del derecho”.

La *Directriz 4.2* insta a los Estados, como práctica óptima, a formalizar y regularizar su examen de compromisos políticos. Hacerlo eliminaría el carácter *ad hoc* de los mecanismos de revisión existentes, muchos de cuyos atributos son informales. En la actualidad suele no ser claro establecer con qué frecuencia y en qué circunstancias los procedimientos internos de un Estado determinan la revisión de un compromiso político antes de que se adopte. Como lo sugiere el enunciado de la *Directriz*, esos procedimientos podrían ser diseñados de manera que confirmen el carácter no vinculante de los acuerdos objeto de revisión y su compatibilidad con las leyes y políticas exteriores del Estado. Esos procedimientos ayudarían también a mitigar preocupaciones acerca de si cierta institución de un Estado (trátase de un ministerio de Gobierno o de una unidad territorial subnacional) podría celebrar un compromiso político en los casos en que el Gobierno del Estado no tenga conocimiento de su existencia ni, menos aún, de su contenido.

No obstante, a través de las Directrices no se intenta elaborar ninguna práctica óptima con respecto al contenido de los procedimientos de aprobación mismos. Es sumamente probable que los Estados quieran evitar la imposición de procesos excesivamente restrictivos u onerosos, puesto que ello privaría al compromiso político de los beneficios, en materia de celeridad y flexibilidad, de los que depende su actual popularidad.

Al mismo tiempo, sin embargo, mediante la formalización de, por lo menos, cierta revisión procesal de los compromisos políticos de un Estado, el Gobierno puede asegurar que el Poder Ejecutivo no esté celebrando tratados disfrazados como compromisos políticos, ni intentar de otro modo eludir procedimientos internos requeridos para la celebración de tratados. Todos los Estados deberían tener interés en asegurarse de que los compromisos políticos solo se usen en circunstancias

Relaciones Exteriores. Los compromisos políticos interinstitucionales son revisados por la asesoría jurídica de la institución de que se trate. *Id.*

¹⁸² Respuesta de Perú, *supra*, nota 66 (la evaluación de compromisos políticos "asumidos por el Ministerio de Relaciones Exteriores se centra en verificar su consistencia con la política exterior, así como la redacción..."). Fuera de la región, Estados como Alemania y Suiza también han instituido procedimientos formales para aprobar la celebración de compromisos políticos. En tanto que Estados, como Israel y España cuentan con más mecanismos informales de revisión. Véase, por ejemplo, Guía de tratados de Suiza, *supra*, nota 123, en 25, 50 (en donde se señala la existencia de diferentes aprobaciones para diferentes tipos de instrumentos no vinculantes), Grupo de Trabajo sobre Práctica de Tratados, *supra*, nota 40, en 10, 28.

¹⁸³ Respuesta de México, *supra*, nota 109; Respuesta de los Estados Unidos, *supra*, nota 72.

adecuadas, y no como medio para eludir el cumplimiento del papel legislativo o judicial que requiere la celebración, por el Estado, de acuerdos vinculantes. Contar, como mínimo, con algunos procedimientos de aprobación de compromisos políticos entre Estados, y de compromisos interinstitucionales, ayudaría a mitigar ese riesgo.

4.3 Establecimiento de procedimientos internos para la aprobación de contratos entre Estados. *Los Estados que celebren contratos con otros Estados deberían establecer y mantener procedimientos para aprobar su celebración. As a best practice, States should include*

- a) *información sobre la forma en que el Estado determinará el derecho aplicable al contrato, y*
- b) *mecanismos para confirmar el derecho aplicable con los otros Estados contratantes a fin de evitar conflictos futuros.*

Comentario: Algunos Estados —pero no todos— aplican la práctica consistente en celebrar contratos con otros países. Véase la *Directriz 2.5* y el *Comentario* que la acompaña. Varios de esos Estados han elaborado procedimientos de análisis y aprobación de la celebración de esos contratos. Ecuador tiene una ley de adquisiciones públicas que, al mismo tiempo que da prioridad a las disposiciones de todo contrato entre Estados, regula aquellos acuerdos en que participan “empresas públicas internacionales”, incluidas empresas públicas de otros Estados¹⁸⁴. Estados Unidos tiene un programa de ventas a Ejércitos extranjeros que incluye instrucciones sobre los requisitos y pasos que deben cumplirse¹⁸⁵. La Constitución de México (art. 134) requiere ciertas licitaciones públicas para determinados tipos de operaciones (por ejemplo, adquisiciones, arrendamiento de activos, y servicios públicos), que, a su vez, requieren “contratos que deben cumplir los procedimientos y observar las formalidades que establezca el marco jurídico nacional aplicable (federal, estatal y municipal)”¹⁸⁶.

La *Directriz 4.3* propone como práctica óptima que todos los Estados poseedores de una práctica de contratación interestatal deben contar con procedimientos de autorización de la celebración de esos acuerdos vinculantes. Disponer de procedimientos de contratación interestatal permitiría a los Estados confirmar la naturaleza contractual de los acuerdos propuestos y evitar así que, por inadvertencia, un tratado o compromiso político sea caracterizado erróneamente como contrato.

Además, esos procedimientos podrían ayudar a simplificar preguntas que puedan plantearse con respecto a la ley que rija el contrato. Los Estados deberían contar con procedimientos que indiquen si, y cuándo, (i) insistirían en que su propia legislación nacional sea la ley del contrato, (ii) permitirían que el derecho del otro Estado contratante sea la ley del contrato, o (iii) autorizarían la aplicación, en su lugar, del derecho contractual de un tercer Estado o de un derecho no estatal. Además, los Estados podrían contar con procedimientos que impongan la obligación de poner en conocimiento de la otra parte contratante esos temas rectores del derecho aplicable. De ese modo se ayudaría a evitar problemas cuando las partes contratantes discrepan acerca de qué derecho, interno o ajeno al Estado, rige el contrato celebrado.

4.4 Procedimientos internos para la aprobación de acuerdos interinstitucionales vinculantes. *Los Estados deberían contar con procedimientos para otorgar la debida autorización a las instituciones (sean ministerios de gobierno, unidades subnacionales o ambos) que tengan*

¹⁸⁴ Véase, por ejemplo, Respuesta de Ecuador, *supra*, nota 46 (en que se cita el artículo 100 del Reglamento a la Ley Orgánica Sistema Nacional de Contratación Pública, que autoriza la celebración de contratos con “empresas públicas internacionales” y prevé la aplicación de artículos del derecho interno “en el caso de no haberse previsto un régimen de contratación específico” en las condiciones de algún acuerdo pertinente; *id.* (en que se cita la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Compras Públicas, art. 3, que impone la obligación de cumplir las condiciones de los acuerdos y establece que “[l]o no previsto en dichos convenios se regirá por las disposiciones de esta Ley”).

¹⁸⁵ Véase el Programa de Ventas Militares de los Estados Unidos al Extranjero, disponible en <http://www.dsca.mil/programs/foreign-military-sales-fms>.

¹⁸⁶ Respuesta de México, *supra*, nota 109.

capacidad para celebrar un tratado regido por el derecho internacional. Asimismo, los Estados deberían contar con procedimientos a fin de otorgar la debida autorización a sus instituciones (sean ministerios de gobierno, unidades subnacionales o ambos) para suscribir contratos de conformidad con su propio derecho interno, con el derecho interno de otro Estado o con un derecho no estatal.

4.4.1 *En esos procedimientos se debería indicar la forma en que el Estado distingue si la institución está celebrando un tratado o un contrato.*

4.4.2 *En esos procedimientos se deberían incorporar mecanismos para confirmar por adelantado que la institución del otro Estado está de acuerdo con el tipo de acuerdo interinstitucional que se suscribirá y con su carácter jurídicamente vinculante.*

Comentario: Comentario: En consonancia con la Directriz 4.1, corresponde que los Estados decidan por sí mismos si autorizarán a sus instituciones a celebrar acuerdos vinculantes, y qué tipos de acuerdos de ese género¹⁸⁷. Los Estados pueden, además, autorizar exclusivamente a ciertas instituciones, a celebrar tratados o contratos. Un Estado puede, por ejemplo, facultar a una entidad gubernamental a celebrar un contrato en nombre propio, pero no facultar a una entidad subnacional, o viceversa. El artículo 125 de la Constitución argentina, por ejemplo, autoriza a entidades subnacionales a celebrar “tratados parciales” —que el Gobierno denomina “acuerdos internacionales”—con “conocimiento del Congreso” y “a condición de que no sean incompatibles con la política exterior de la Nación ni afecten a las potestades delegadas al Gobierno Federal ni al crédito público de la Nación”. Al mismo tiempo, Argentina priva a sus ministerios nacionales de la capacidad de celebrar tratados en nombre propio¹⁸⁸.

Varios Estados ya han establecido reglamentos o procedimientos de aprobación para los acuerdos de sus instituciones. Algunos Estados simplemente extienden a sus instituciones los procedimientos existentes para procedimientos del Estado. Estados Unidos, por ejemplo, exige el mismo procedimiento de consulta y aprobación de acuerdos interinstitucionales por el Departamento de Estado de los Estados Unidos, que el que aplica a tratados celebrados en nombre de los Estados Unidos¹⁸⁹. Otros Estados han diseñado procedimientos centrados en determinado tipo de institución. Jamaica informa sobre una práctica del ministerio, departamento o agencia que solicita la autorización del Gabinete para negociar un acuerdo vinculante y posteriormente gestiona un acto de aprobación adicional para suscribirlo. Posteriormente se archivan en la Oficina de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores copias de los acuerdos interinstitucionales suscritos. La ley mexicana de 1992 relativa a la celebración de tratados regula tanto el tema en cuestión como los límites funcionales aplicables a los acuerdos interinstitucionales que involucran a ministerios del Gobierno federal mexicano o a los gobiernos estatales o regionales de ese país¹⁹⁰. Las instituciones mexicanas solo pueden celebrar acuerdos vinculantes (i) sobre temas de competencia exclusiva del área o de la entidad que celebra el acuerdo; (ii) que afecten solamente a la entidad que lo celebra; (iii) cuyas obligaciones financieras sean cubiertas con el presupuesto regular de la entidad; (iv) que no afecten los derechos legales de las personas, y (v) que no modifiquen la legislación vigente. Además el artículo 7 de la Ley sobre Celebración de Tratados impone a las instituciones mexicanas la obligación de informar a la Secretaría de Relaciones Exteriores sobre todo acuerdo interinstitucional vinculante que pretendan celebrar, siendo preceptivo que la Dirección General de Asuntos Jurídicos de la

¹⁸⁷ Así, ciertos países, como Brasil, Colombia, Perú y la República Dominicana, no autorizan ningún acuerdo vinculante celebrado por sus agencias, ministerios o instituciones. Véase, por ejemplo, Respuesta de Perú, *supra*, nota 66 (“Las entidades gubernamentales peruanas, incluidas las municipalidades y los gobiernos regionales, no están autorizadas a celebrar acuerdos vinculantes conforme con el derecho internacional (tratados)”).

¹⁸⁸ Véase la nota 84 *supra*.

¹⁸⁹ Respuesta de los Estados Unidos, *supra*, nota 72.

¹⁹⁰ México, Ley sobre la Celebración de Tratados de 1992, *supra*, nota 65.

Secretaría de Relaciones Exteriores dictamine sobre la legalidad de la celebración de un acuerdo de ese tipo¹⁹¹.

Tres razones han llevado a los Estados a tratar de obtener orientación referente a sus acuerdos interinstitucionales.

- Primero, no siempre resulta claro que una institución pueda celebrar cualquier acuerdo.
- Segundo, aun cuando la institución posea cierta capacidad de elaboración de acuerdos, de ello no se infiere que pueda elaborar los tres tipos de acuerdos aquí considerados (tratados, compromisos políticos y contratos).
- Tercero, en casos individuales, suele no resultar claro qué estatus jurídico posee un acuerdo interinstitucional existente.

La *Directriz 4.4* respalda una práctica óptima que versa sobre esos tres temas, instando a los Estados que permiten acuerdos interinstitucionales a contar con procedimientos que garanticen la oportuna revisión o aprobación de tales acuerdos. Las *Directrices* dejan librada a los Estados la determinación de si esos procedimientos deberían poseer un fundamento jurídico o existir como cuestión de política. Análogamente, los Estados deberían tener la potestad de decidir si han de contar con procedimientos que autoricen ciertos acuerdos institucionales en general, o diseñar un sistema casuístico de notificación o aprobación.

Además, la *Directriz 4.4* señala que los Estados pueden incluir en sus procedimientos uno o más mecanismos de diferenciación entre los acuerdos vinculantes de las instituciones. Algunos posibles mecanismos para mitigar la confusión existente y el riesgo de futuros malentendidos o discrepancias incluirían:

- a) el requisito de que todos los contratos contengan una cláusula rectora implícita para evitar toda suposición de que pueden ser considerados como tratados.
- b) una presunción subsidiaria para el caso de que dos o más instituciones del Estado celebren un acuerdo vinculante, es decir el establecimiento de una presunción de que el acuerdo puede ser considerado como un tratado o, a la inversa, de que los acuerdos interinstitucionales vinculantes son contratos y no tratados.
- c) procedimientos que impongan a la institución involucrada la obligación de confirmar, junto con sus copartícipes, que ambos entienden (a) que el acuerdo es vinculante (o no), y (b) el tipo de acuerdo vinculante que se celebrará, sea un tratado o un contrato.

4.5 Publicidad de la capacidad institucional para celebrar acuerdos vinculantes

4.5.1 *Un Estado debería dar a conocer cuáles de sus instituciones, si las hubiere, podrían estar autorizadas para celebrar tratados y especificar si pueden hacerlo en representación del Estado en su conjunto o en nombre propio.*

4.5.2 *Un Estado debería dar a conocer cuáles de sus instituciones, si las hubiere, podrían estar autorizadas para celebrar tratados y especificar si pueden hacerlo en representación del Estado en su conjunto o en nombre propio.*

4.5.3 *Un Estado podría dar a conocer esta información al público en general (por ejemplo, colocando sus procedimientos en línea) o comunicar específicamente a otros Estados o instituciones del Estado la capacidad de sus instituciones y los procedimientos pertinentes que utilizan.*

Comentario: La *Directriz 4.4* centra la atención en la formulación de procedimientos encaminados a asegurar que el Estado disponga de suficiente conocimiento acerca de si sus instituciones pueden celebrar acuerdos vinculantes, y de qué tipos de acuerdos se trata. La *Directriz*

¹⁹¹ Respuesta de México, *supra*, nota 109.

4.5 promueve la comunicación intraestatal de las conclusiones alcanzadas y los procedimientos usados por un Estado para aprobar o realizar el seguimiento de la elaboración de acuerdos interinstitucionales. A otros Estados puede resultarles benéfico enterarse:

- (i) de qué instituciones del Estado pueden celebrar acuerdos vinculantes (o no vinculantes) con instituciones extranjeras;
- (ii) de qué tipos de acuerdos vinculantes o no vinculantes pueden ser autorizados; y
- (iii) de qué procesos deben seguirse para ello.

Esa información puede ayudar a otro Estado o a sus instituciones a decidir si ha de celebrar un acuerdo con instituciones de un Estado y qué forma debe adoptar ese acuerdo.

El intercambio de información entre Estados con respecto a sus autoridades y prácticas en materia de acuerdos interinstitucionales debería ser provechoso, asimismo, en casos existentes, para reducir la confusión (o incluso las opiniones contrapuestas) con respecto a qué tipo de acuerdo institucional se ha celebrado. Finalmente, los procedimientos de publicitación pueden ofrecer útiles modelos o ejemplos de procesos en que puedan confiar los Estados menos experimentados en materia de acuerdos interinstitucionales.

4.6 Publicidad de los registros de acuerdos vinculantes y no vinculantes

4.6.1 *Registros nacionales de acuerdos vinculantes. Los Estados deberían crear y mantener registros públicos de todos los acuerdos vinculantes del Estado y de sus instituciones.*

4.6.2 *Registros nacionales de compromisos políticos. Los Estados deberían mantener un registro nacional de todos los compromisos políticos del Estado y de sus instituciones o por lo menos de los más importantes.*

Comentario: Todos los Estados tienen la obligación de registrar sus tratados en las Naciones Unidas, conforme a lo dispuesto por el artículo 102 de la Carta de dicha organización. La mayoría de los Estados ya poseen (y mantienen) listas y archivos con respecto a sus tratados y contratos gubernamentales. En muchos casos publican sus listas de tratados —o el texto de los mismos— en un diario o boletín oficial o una serie de publicaciones específicas sobre tratados. No obstante, pueden limitar la gama de tratados que opten por publicar, prescindiendo de los que se refieran a asuntos considerados menos importantes o, a la inversa, que contengan compromisos que impliquen información o programas clasificados. Además, es mucho menor la publicidad que rodea a los contratos interestatales o interinstitucionales.

La *Directriz 4.6.1* indica que los Estados deben contar con registros públicos de acuerdos vinculantes para el Estado y sus instituciones. Idealmente, en esos registros podría constar, no solo la existencia de un acuerdo, sino también su contenido. Hacerlo generaría varios beneficios:

- (i) La publicidad de los acuerdos vinculantes por el Estado o sus instituciones está en consonancia con el Estado de derecho y con los valores democráticos, proporcionando al público acceso a una esfera clave del comportamiento del Estado.
- (ii) Los registros públicos podrían ser beneficiosos para el Estado en la esfera interna. El conocimiento, en todo el Gobierno, de los acuerdos vinculantes de un Estado puede ayudar a las entidades gubernamentales interesadas a conocer todos los acuerdos vinculantes. Esa información debería asegurar un seguimiento más regular acerca de qué acuerdos vinculantes existen, y una mejor coordinación intragubernamental en el proceso de formación de los mismos.
- (iii) Los registros públicos de tratados y contratos generarían también beneficios externos. Proporcionarían un canal de información regular para otros Estados, dando a conocer opiniones sobre la existencia y la naturaleza jurídica de los acuerdos vinculantes de aquellos que efectúan una publicación. Ello podría dar lugar a un reconocimiento más

rápido (y es de esperar más sencillo) de potenciales diferencias con respecto a la existencia de un acuerdo y a su calidad de tratado o de contrato.

- (iv) Esos registros públicos pueden incluso generar espacio para resolver diferencias de opinión por anticipado, y no en respuesta a un problema concreto o a una crisis.

En cuanto a los acuerdos no vinculantes, los Estados padecen actualmente un déficit de información. Tanto el número como el contenido de los compromisos políticos de un Estado, rotulados como memorandos de entendimiento o de otro modo, suelen no conocerse claramente. A esto se agrega una ambigüedad aún mayor en torno a los compromisos políticos interinstitucionales. Sean cuales fueren los procedimientos informales existentes para revisar o incluso aprobar compromisos políticos, la mayoría de los Estados no los cuentan ni recopilan¹⁹². Por lo tanto, se da una verdadera escasez de información disponible sobre el número y los tipos de acuerdos alcanzados por los Estados y sus instituciones.

La *Directriz 4.6.2* tiene como objeto llenar esa brecha de información exhortando a los Estados a aceptar una práctica óptima por la cual establecen dentro del Gobierno un punto de contacto centralizado en que puedan recopilarse y mantenerse los compromisos políticos. Como sucede con los registros de tratados existentes, un registro de compromisos políticos suscitaría valiosos beneficios internos y externos.

- a) Alertaría a otros actores dentro de un Estado —como el Parlamento o instituciones no participantes— con respecto a la existencia de un compromiso político, lo que podría ayudar a detectar incentivos para el uso de compromisos políticos meramente como medio para eludir los procedimientos de aprobación internos asignados a acuerdos vinculantes.
- b) En la esfera externa, informaría a otros Estados sobre el contenido y el estatus jurídico presuntamente no vinculante de los compromisos registrados, generando espacio para preguntas o comunicaciones adicionales sobre esos compromisos políticos, que esos otros Estados consideren apropiado plantear.
- c) Además alertaría al público sobre todos los acuerdos que haya celebrado un Estado, y no solo sobre los que puedan generar efectos jurídicos. El público tiene un evidente interés en obtener más información sobre los acuerdos que puedan generar consecuencias significativas para su Estado, aun cuando esas consecuencias hayan de tener una forma política (en lugar de jurídica).

5. Efectos jurídicos de los acuerdos vinculantes y no vinculantes

5.1 Efectos jurídicos de la celebración de tratados por el Estado: *Los Estados y sus instituciones deberían encarar la celebración de tratados sabiendo que dar su consentimiento en obligarse por un tratado tendrá por lo menos tres tipos de efectos jurídicos:*

¹⁹² Canadá y Ecuador son notables excepciones. Véase la Política de Canadá en materia de Tratados, *supra*, nota 48; Respuesta de Ecuador, *supra*, nota 46 (en que se menciona la práctica de registrar ante la Dirección de Asesoramiento Jurídico sobre Derecho Internacional Público "acuerdos políticos no vinculantes (declaraciones y comunicados conjuntos)", algunos de los cuales están acompañados por un "dictamen jurídico de la Oficina General de Coordinación Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores"). Fuera de la región, varios Estados afirman contar con una base de datos o archivo de compromisos políticos. Grupo de Trabajo sobre Práctica de Tratados, *supra*, nota 40, en 9, 27 (Alemania —desde 2014—, Canadá, Corea, España, Israel y México afirman contar con archivos o con un sistema de información obligatoria de sus compromisos políticos a sus respectivos ministerios de relaciones exteriores; pero no ocurre lo mismo con Finlandia ni con Japón). Sin embargo, véase *id.* en 14, 32 (los ocho Estados consultados —Alemania, Canadá, Corea, España, Finlandia, Israel, Japón y México— todos coinciden en la necesidad de mejor coordinar de manera interna la calidad y eficacia de los compromisos políticos).

- 5.1.1 *Efectos jurídicos internacionales primarios. De acuerdo con el principio fundamental de pacta sunt servanda, los tratados imponen la obligación de cumplir sus condiciones de buena fe.*
- 5.1.2 *Efectos jurídicos internacionales secundarios. La existencia de un tratado da lugar a la aplicación de varios regímenes jurídicos internacionales secundarios, entre ellos el derecho de los tratados, la responsabilidad del Estado y cualquier otro régimen particular vinculado a la materia del tratado.*
- 5.1.3 *Efectos jurídicos internos. El orden jurídico interno de un Estado podría disponer que los tratados celebrados por el Estado tengan efectos jurídicos internos, pero no se requiere que lo haga. Los Estados deberían estar en condiciones de explicar a otros Estados e interesados qué efectos jurídicos internos tendrán los tratados que suscriban.*

Comentario: Uno de los atributos distintivos de un tratado es su carácter vinculante conforme al derecho internacional. Los tratados activan el principio jurídico internacional fundacional de *pacta sunt servanda* > "todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe"¹⁹³. Por lo tanto, los efectos jurídicos primordiales de un tratado constan en sus propios términos. Los Estados deben adecuar su comportamiento a lo que el tratado requiera, prohíba o permita. Y si el tratado establece mecanismos para la aplicación coercitiva de su propio texto —por ejemplo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos—los Estados tienen, asimismo, la obligación de aceptarlos.¹⁹⁴ Así, Canadá, Jamaica y Perú reconocen el hecho de que cada Estado debe cumplir las obligaciones asumidas en sus acuerdos vinculantes, en tanto que Colombia toma como fuente de su obligación de cumplimiento el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y el principio *pacta sunt servanda*¹⁹⁵.

Además de los efectos de derecho internacional primarios que suscita un tratado, la existencia de un tratado puede también activar una serie de normas y regímenes jurídicos internacionales secundarios, siendo primordial entre ellos el mismo derecho de los tratados. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (o, más generalmente, el derecho internacional consuetudinario) regulará la validez, la interpretación, la aplicación, el incumplimiento y la rescisión de todos los tratados de un Estado. El artículo 29 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, por ejemplo, dispone que “[u]n tratado será obligatorio para cada una de las partes por lo que respecta a la totalidad de su territorio, salvo que una intención diferente se desprenda de él o conste de otro modo”. Esta disposición genera espacio, *si* todas las partes están de acuerdo, para tratados que contengan cláusulas “federales” o “territoriales” que permitan a un Estado designar a qué unidades territoriales subnacionales se aplica (o no) un tratado¹⁹⁶. Por otra parte, es posible asimismo que los Estados

¹⁹³ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 26. Algunas cláusulas de un tratado -- las relativas a consentimiento, aplicación provisoria y entrada en vigor -- en realidad surten efectos jurídicos antes de que entre en vigor el tratado.

¹⁹⁴ Convención Americana sobre Derechos Humanos, 22 de noviembre de 1969, 1144 U.N.T.S. 123, Capítulos VI-IX (mediante la que se crearon la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos). http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm

¹⁹⁵ Véase, por ejemplo, Respuesta de Canadá, *supra*, nota 40 (en donde dice que las partes de los tratados tienen la obligación legal de cumplir sus obligaciones); Respuesta de la República Dominicana, *supra*, nota 46; Respuesta de Jamaica, *supra*, nota 71; Respuesta de Colombia, *supra*, nota 85 (“El artículo 26 de la Convención de Viena de 1969 impone a las partes la obligación de cumplir los tratados que ratifiquen, y de hacerlo de buena fe”).

¹⁹⁶ Véase, por ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, 11 de abril de 1980, 1489 U.N.T.S. 3, art. 93(1); el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, art. 56(1); la

rehúsen cumplir eventuales cláusulas territoriales, tal como ha sucedido con numerosos tratados sobre derechos humanos, insistiendo en que los Estados partes deben aplicar el tratado en la totalidad de su territorio¹⁹⁷. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados autoriza también la rescisión o suspensión de un tratado por una parte afectada en respuesta a una “violación grave” en que incurra otra de las partes”.¹⁹⁸

No obstante, los efectos jurídicos secundarios de un tratado no se limitan a los enunciados por el derecho de los tratados. La responsabilidad del Estado, por ejemplo, puede recaer sobre “actos internacionalmente ilícitos”, concepto que incluye violaciones de tratados. Tal como se detalla en el Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado¹⁹⁹ de 2001, el derecho de la responsabilidad del Estado reconoce a los Estados la potestad de adoptar “contramedidas”: actos ilícitos que son justificados (o sea lícitos) debido a que el Estado había sido afectado negativamente por un acto internacionalmente ilícito anterior¹⁹⁹. A través de la autorización de un comportamiento que de lo contrario sería ilícito en respuesta al incumplimiento de un tratado, las contramedidas proporcionan a los elaboradores de un tratado un remedio importante, del que no se dispone para otras formas de acuerdos vinculantes (contratos), para no mencionar a las modalidades no vinculantes (compromisos políticos).

La existencia de tratados sobre temas específicos (por ejemplo, derechos humanos, el medio ambiente) puede también suscitar una gama de normas y principios especializados que han surgido para regular ese ámbito secundario del derecho internacional²⁰⁰. Finalmente, la disponibilidad de ciertos procedimientos de resolución de controversias puede depender de la existencia de un tratado (para establecer la jurisdicción de la corte o el tribunal o para proporcionar a éste el material para la resolución de diferencias). Por ejemplo, bajo el epígrafe de “convenciones internacionales” los tratados se mencionan entre las fuentes de derecho en base a las cuales la CIJ puede llegar a formar una opinión²⁰¹.

Además, los Estados deberían reconocer el hecho de que los efectos jurídicos de un tratado no pueden limitarse a la esfera internacional. El orden jurídico interno de un Estado puede (pero no tiene la obligación de) otorgar efectos jurídicos internos a los tratados del Estado. Por ende, la legislación interna de algunos Estados puede suplementar el principio *pacta sunt servanda* imponiendo su propia obligación de cumplimiento de un tratado. Conforme a la Constitución de la República Dominicana,

Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, 9 de octubre de 1946, 15 U.N.T.S. 35, art. 19(7).

¹⁹⁷ Véase, por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el 16 de diciembre de 1966, 999 U.N.T.S. 171, art. 50; la Convención Americana sobre Derechos Humanos, *supra*, nota 194, art. 28(2).

¹⁹⁸ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 60. Además, los Estados mantienen siempre su potestad de adoptar actos de *retorsión*, que constituyen un proceder inamistoso, pero intrínsecamente lícito, que un Estado puede llevar a cabo como incentivo para que un Estado infractor cumpla un tratado (por ejemplo interrumpiendo el suministro de la asistencia financiera que un Estado, por lo demás, no tenga la obligación de suministrar). No obstante, como los actos de retorsión pueden producirse sin ningún incumplimiento anterior de un tratado, no integran la categoría de efectos jurídicos de un contrato. Véase Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado, *supra*, nota 138, en 128, párr. 5.

¹⁹⁹ Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado, *supra*, nota 138, capítulo II. Estos artículos requieren que todas las contramedidas sean temporarias, reversibles y proporcionadas (en el sentido de commensurables con la lesión padecida). Además, las contramedidas no pueden violar el *jus cogens* ni alterar acuerdos anteriores sobre solución de controversias.

²⁰⁰ Los tratados sobre derechos humanos, por ejemplo, están sujetos a reglas de interpretación especializadas. Véase, por ejemplo, Başak Çalı, *Specialized Rules of Treaty Interpretation: Human Rights*, en *The Oxford Guide to Treaties* 525 (D Hollis, ed., 2012).

²⁰¹ Estatuto de la CIJ, artículo 38(1)(a).

por ejemplo, existe “la obligación, una vez concluido el procedimiento constitucional de ratificación, de cumplir un tratado o acuerdo válido”²⁰². En Perú esa obligación se impone específicamente a los departamentos gubernamentales comprendidos en la esfera del tratado²⁰³.

Algunos Estados (por ejemplo Canadá) no conceden a sus tratados ningún rango jurídico interno, por lo cual la existencia del tratado tendrá escaso impacto interno directo²⁰⁴. El orden jurídico interno de otros Estados confiere a los textos de los tratados los mismos efectos jurídicos que surte una disposición legal, e incluso en algunos casos una disposición constitucional (suponiendo que el texto del tratado por lo demás concuerde con ciertas condiciones internas referentes a su formación o validez)²⁰⁵. En algunos Estados diferentes categorías de tratados suscitan diferentes efectos jurídicos internos, basados en el objeto del tratado o en los procedimientos utilizados para autorizarlo. En Ecuador, por ejemplo, los tratados sobre derechos humanos de ese país que prevén “derechos que sean más favorables que los consagrados en la Constitución” prevalecen sobre “cualquier otro sistema regulatorio o acto de autoridades públicas”²⁰⁶. Otros tratados poseen considerable gravitación dentro del orden jurídico interno del Ecuador; la Constitución menciona tratados en el “orden de precedencia para la aplicación de los reglamentos” como superior a otras leyes orgánicas y otras formas de regulación interna²⁰⁷.

Además, así como un tratado puede activar el derecho de los tratados a nivel internacional, la existencia de un tratado en el derecho interno puede suscitar diversas otras doctrinas u otros regímenes jurídicos internos. Examinando nuevamente el caso del Ecuador, la Constitución de ese país asigna diversas doctrinas jurídicas internas (por ejemplo, la de la aplicabilidad directa) a “tratados y otros instrumentos de derechos humanos”²⁰⁸. Los Estados pueden también usar su sistema jurídico interno para conceder a los tratados ejecutabilidad por vía judicial.²⁰⁹

Las *Directrices* toman los efectos jurídicos tal cual los encuentran; no aparecen, por ejemplo, propuestas o prácticas óptimas acerca de los efectos jurídicos internos que los Estados pueden otorgar a algunos tratados, o a todos ellos. La práctica existente muestra una excesiva diversidad, y las razones por las cuales los Estados han seguido su propia senda suelen ser tan singulares como para pronunciarse en contra de la armonización.

²⁰² Respuesta de la República Dominicana, *supra*, nota 46.

²⁰³ Respuesta de México, *supra*, nota 66.

²⁰⁴ Véase la nota 46 *supra*.

²⁰⁵ Véase, por ejemplo, Constitución Argentina, *supra*, nota 84, art. 31 (“[L]os tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación, y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales...”; *id.*, art. 75(22) (que confiere “jerarquía constitucional” a los tratados sobre derechos humanos); Constitución del Perú, art. 55. (“Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.”). https://www.constituteproject.org/constitution/Peru_2009_s202

²⁰⁶ Respuesta de Ecuador Response, *supra* nota 46 (en que se cita la Constitución del Ecuador, art. 424).

²⁰⁷ *Id.* (en que se cita la Constitución del Ecuador, art. 425). “El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos”).

²⁰⁸ *Id.* (Artículo 417 de la Constitución: “Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán principios pro ser humano, de no restricción de derechos, la aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución”).

²⁰⁹ Véase David Sloss, *Domestic Application of Treaties*, in *The Oxford Guide to Treaties* 367 (D. Hollis, ed., 2012); Joost Pauwelyn, ‘Is it International Law or Not and Does it Even Matter?’, en *Informal International Lawmaking* 145-46 (J. Pauwelyn, J. Wessel y J. Wouters, eds., 2012).

No obstante, es conveniente que los Estados presten más atención a los efectos jurídicos que suscita la elaboración de tratados en el derecho internacional e interno. Por ejemplo, un Estado que considere una nueva relación basada en un tratado puede tener diferentes posiciones sobre el contenido del tratado, en función de qué efectos jurídicos —si los hay— suscita la celebración del tratado, no solo en su propio sistema jurídico, sino también en el de sus potenciales copartícipes en el tratado. Un Estado podría contentarse con una disposición simple de un tratado en el que dicho Estado y el potencial copartícipe confieran a los tratados un efecto jurídico interno directo; por ejemplo “las Partes no autorizarán que se dé el caso X”. No obstante, ese mismo Estado podría preferir una formulación diferente con Estados que no confieran efecto directo a los tratados; por ejemplo: “las Partes acuerdan sancionar leyes que impidan que suceda X”.

5.2 Efectos jurídicos de los contratos. *Los Estados y sus instituciones deberían encarar la celebración de acuerdos sabiendo que los efectos jurídicos de un contrato, entre ellos los aspectos relativos al cumplimiento, el desplazamiento del derecho interno aplicable y la ejecución, dependerán del derecho aplicable al contrato.*

Comentario: Tal como sucede con las cuestiones de validez y capacidad, los efectos primarios de un contrato dependerán del derecho rector pertinente, que puede ser el derecho interno de un Estado o, si las partes así lo eligen, un derecho no estatal²¹⁰. El derecho rector determinará si, y de qué modo, operarán los contratos, así como los recursos disponibles en caso de incumplimiento, incluidos mecanismos judiciales. Tratándose del derecho no estatal, la ejecución puede realizarse a través de algún foro internacional (por ejemplo, UNIDROIT, CIADI).

Otro de los efectos jurídicos de los contratos puede consistir en el efecto jurídico de desplazar a otras reglas de derecho interno que existen subsidiariamente a falta de acuerdo. En definitiva, por lo tanto, la naturaleza y el alcance de los efectos jurídicos de un contrato dependen de la ley rectora, incluido todo eventual conflicto de normas jurídicas pertinente.

Aunque los efectos jurídicos de un contrato surgirán del derecho rector, los contratos pueden generar efectos jurídicos en la esfera internacional. Un Estado contratante podría realizar cierto comportamiento contando con que el otro Estado contratante siga cumpliendo sus obligaciones. Dado el carácter vinculante del contrato, esa suposición podría ser suficientemente razonable como para hacer que el otro Estado se abstuviera de seguir cumpliendo sus obligaciones contractuales.²¹¹

Alternativamente, podría caber la posibilidad de que un contrato regido, por ejemplo, por la ley nacional, sea elevado a la jerarquía de acuerdo vinculante regido por el derecho internacional. En el *Arbitraje sobre la zona marina protegida de Chagos*, por ejemplo, el razonamiento del Tribunal fue que un acuerdo celebrado por el Gobierno británico y Mauricio (un territorio no autónomo) en 1965 era “a lo sumo...un contrato vinculante para las partes conforme al derecho interno”²¹². Concluyó sin embargo que la independencia de Mauricio había surtido el efecto de elevar al plano del derecho

²¹⁰ Respuesta de los Estados Unidos, *supra*, nota 72. (“Los efectos jurídicos vinculados con contratos regidos por el derecho interno se rigen por las disposiciones del contrato y por el derecho interno aplicable al mismo.”)

²¹¹ Con respecto a la exclusión (estoppel) en el derecho internacional, véase Thomas Cottier y Jörg Paul Müller, *Estoppel*, en Max Planck Encyclopedia of Public International Law (abril de 2007); *Arbitraje sobre la zona marina protegida de Chagos*, *supra*, nota 132, p. 174, párr. 438 (“puede invocarse la exclusión en los casos en que (a) un Estado ha realizado manifestaciones claras y uniformes, mediante palabras, actos o silencio; (b) esas manifestaciones han sido efectuadas a través de un agente autorizado a hablar por el Estado con respecto al tema en cuestión; (c) el Estado que invoca la exclusión fue inducido por esas manifestaciones a actuar en su detrimento, a sufrir un perjuicio o a conferir un beneficio al Estado manifestante, y (d) esa creencia era legítima, ya que la manifestación fue de aquellas en que ese Estado tenía derecho a confiar”).

²¹² *Arbitraje sobre la zona marina protegida de Chagos*, *supra*, nota 132, p. 167, párr. 424 (en que se cita a Hendry y Dickson).

internacional el acuerdo global alcanzado por los ministros de Mauricio y transformar los compromisos asumidos en 1965” en un acuerdo internacional” regido por el derecho internacional²¹³. Aunque el Tribunal no lo expresó tan explícitamente, una manera de explicar ese resultado se hallaría en la idea de que la independencia de Mauricio transformó en derecho internacional el derecho rector del “contrato”, que era el derecho del Reino Unido, lo cual, por definición, convirtió el acuerdo en un tratado.

5.3 Efectos de los compromisos políticos. *Los Estados y sus instituciones deberían encarar la celebración de acuerdos sabiendo que un compromiso político no tendrá ningún efecto jurídico directo de conformidad con el derecho internacional o el derecho interno, ya que los compromisos políticos no son jurídicamente vinculantes.*

5.3.1 *Los Estados y sus instituciones deberían cumplir sus compromisos políticos y aplicarlos, entendiéndose que otros Estados esperarán que el compromiso político se cumpla por razón de su fuerza moral o del contexto político en el cual se celebró.*

5.3.2 *Los Estados y sus instituciones deberían saber que un compromiso político, aunque no fuese vinculante, podría tener efectos jurídicos para un Estado. Por ejemplo, los compromisos políticos pueden:*

- (i) incorporarse en otros actos jurídicos internacionales, como tratados o decisiones de organizaciones internacionales;*
- (ii) incorporarse en actos jurídicos internos, como leyes u otros tipos de normativa, o*
- (iii) servir de base para la interpretación de otros acuerdos jurídicamente vinculantes o guiarlos.*

Comentario: Por definición, los compromisos políticos no son vinculantes; no pueden, de por sí, suscitar ningún efecto jurídico. Los Estados y sus instituciones deberían adaptar sus expectativas a esa realidad. Desde el punto de vista del derecho internacional, los compromisos políticos no activan el principio *pacta sunt servanda* ni ninguno de los efectos de derecho internacional secundarios a que da lugar la elaboración de tratados (por ejemplo, los del derecho de los tratados, la responsabilidad del Estado, regímenes especializados).²¹⁴

No obstante, sería un error que los Estados supusieran que esto significa que los compromisos políticos no surtan efectos. Aun cuando no sean por sí mismos vinculantes, de todos modos contienen compromisos y éstos suelen hacerse en nombre de un Estado (o de sus instituciones). Otros Estados pueden esperar —y a menudo esperarán— el continuo cumplimiento de sus términos (al mismo tiempo que tienen presente que no podrán invocar instrumentos de derecho internacional en casos de incumplimiento)²¹⁵. Los compromisos políticos promueven, así, el honor y la reputación de los Estados y las instituciones del Estado que los componen. La práctica de los Estados muestra, además, que los compromisos políticos pueden suscitar efectos significativos en el comportamiento del Estado, como,

²¹³ *Íd.*, 167-68, párrs. 425, 428.

²¹⁴ Véase, por ejemplo, Respuesta de Canadá, *supra*, nota 40, en 8 (en donde se indica que se considera que los instrumentos no vinculantes celebrados entre dependencias o a nivel subnacional solo son compromisos políticos o morales); Respuesta de Perú, *supra*, nota 66 ("Considerando que los acuerdos 'no vinculantes' que celebran las entidades gubernamentales peruanas con entidades gubernamentales extranjeras no tienen como propósito establecer un relacionamiento jurídico, a estos no se les aplica el principio *pacta sunt servanda*, sino únicamente el principio de la buena fe").

²¹⁵ Véase *supra*, nota 52, y el texto que le acompaña.

por ejemplo, ejecutar los compromisos del Grupo de Acción Financiera tendientes a combatir el financiamiento del terrorismo²¹⁶.

Por ser una práctica óptima, por lo tanto, estas *Directrices* recomiendan que los Estados cumplan sus compromisos políticos. Ellos, por supuesto, no tienen la obligación jurídica de hacerlo. De todos modos, al cumplir sus compromisos políticos, un Estado satisface las expectativas de comportamiento de otros participantes en compromisos políticos. Cuando un Estado tropieza con dificultades para el cumplimiento en un contexto de desempeño, el diálogo y la comunicación con otros participantes probablemente será más provechoso que desconocer los acuerdos concertados. Y del mero hecho de que un Estado que cese de cumplir sus compromisos políticos no estará expuesto a recursos jurídicos internacionales (por ejemplo, rescisión de tratados o contramedidas) no se infiere que el incumplimiento carecerá de inconvenientes. Otros Estados pueden responder con actos inamistosos —aunque de todos modos legítimos—, incluidos los que el derecho internacional cataloga como retorsivos²¹⁷. De hecho, salvo las contramedidas, las posibles consecuencias de la violación de un compromiso político pueden no diferir demasiado de las previstas en los tratados. Por ejemplo, cuando Corea del Norte renegó de su compromiso político de suspender el enriquecimiento de uranio, Estados Unidos suspendió la ayuda que había prometido proporcionar en virtud del compromiso y alentó la aplicación de sanciones internacionales²¹⁸.

Varios Estados Miembros parecen considerar que los compromisos políticos no pueden generar ningún efecto jurídico.²¹⁹ Esa opinión puede depender, sin embargo, de cómo se definan los “efectos jurídicos”. La práctica indica que los compromisos políticos pueden tener relevancia jurídica y, en ciertos casos, incluso pueden generar efectos jurídicos indirectos por ciertas vías discretas:

- En cuanto a efectos jurídicos internacionales indirectos, los Estados pueden llegar a convertir un compromiso político en un tratado mediante actos adicionales y discrecionales. El procedimiento del consentimiento previo informado que está en la médula del Convenio de Rotterdam existía antes de la celebración de ese tratado, a través de compromisos políticos asumidos con los auspicios del PNUD y de la FAO²²⁰. Alternativamente, un organismo internacional puede incorporar un compromiso político en un formato jurídicamente vinculante en la esfera internacional. En su resolución 2231, por ejemplo, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas apoyó el llamado “Acuerdo

²¹⁶ Véase, por ejemplo, Grupo de Acción Financiera (GAFI), en http://www.fatf-gafi.org/pages/0,3417,en_32250379_32235720_1_1_1_1_1_1_1,00.html (El GAFI emite "recomendaciones" que no son de carácter vinculante pero que se han convertido en el estándar universal para combatir el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo).

²¹⁷ Véase la nota 198 *supra*.

²¹⁸ Selig S. Harrison, *Time to Leave Korea?*, *Foreign Affairs* (mar./abr. de 2001).

²¹⁹ Véase, por ejemplo, Respuesta de Colombia, *supra*, nota 85, ([I]os acuerdos no vinculantes "no generan ninguna implicación jurídica para la República de Colombia como sujeto de derecho internacional."). Respuesta de México, *supra*, nota 109, ("[I]os instrumentos no vinculantes son de naturaleza eminentemente política, ya que externalan la voluntad y e intencionalidad de las instancias firmantes, por lo que NO tienen implicaciones jurídicas"). Respuesta de los Estados Unidos, *supra*, nota 72, ("[c]omo los instrumentos que no son jurídicamente vinculantes no se rigen por derechos u obligaciones basados en el derecho nacional o internacional, no existen efectos jurídicos vinculados con ellos").

²²⁰ Convenio de Rotterdam sobre el Procedimiento de Consentimiento Fundamentado previo Aplicable a ciertos Plaguicidas y Productos Químicos Peligrosos Objeto de Comercio Internacional ("Convenio de Rotterdam"), 11 de septiembre de 1998, 2244 U.N.T.S. 337; véase también Rotterdam Convention, "Historia de las negociaciones del Convenio de Rotterdam", en <http://www.pic.int/ElConvenio/Generalidades/Historia/Generalidades/tabid/1946/language/es-CO/Default.aspx>.

de Irán” sobre no proliferación nuclear, confiando obligatoriedad a algunos de sus términos a través de las autoridades de su capítulo VII²²¹

- En términos de efectos jurídicos internos, algunos compromisos políticos —por ejemplo el Proceso de Kimberly sobre Diamantes de Conflictos; el Arreglo de Wassenaar— permiten que sus términos sean codificados en el derecho interno mediante actos adicionales y discrecionales de la legislatura del Estado²²².
- Pueden usarse también compromisos políticos como vehículos para la interpretación de otros acuerdos jurídicamente vinculantes. La Comisión de Derecho Internacional, por ejemplo, ha concluido que acuerdos subsiguientes o la práctica subsiguiente usada con fines de interpretación de tratados en virtud del artículo 31(3) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, “requiere un entendimiento común acerca de la interpretación de un tratado que las partes reconozcan y acepten. Dicho acuerdo podrá ser legalmente vinculante, aunque no tendrá que serlo, para ser tenido en cuenta”²²³. Quienes los interpretan pueden, además, emplear los compromisos políticos sin ninguno de los actos adicionales y discrecionales necesarios para convertir éstos en compromisos jurídicos nacionales o internacionales.
- Análogamente, las cortes y tribunales internacionales se han mostrado dispuestos a aceptar que mediante compromisos políticos se establezcan normas de comportamiento pertinentes que puedan usarse para evaluar el cumplimiento de un tratado por un Estado. En una decisión adoptada por la Organización Mundial del Comercio (OMC) en 2011, por ejemplo, un grupo especial de solución de diferencias concluyó que varios compromisos políticos no vinculantes generados bajo los auspicios del Programa Internacional para la Conservación de los Delfines constituían una “norma internacional pertinente” a los efectos de medir el cumplimiento del Acuerdo de la Organización Mundial del Comercio (OMC) sobre Obstáculos Técnicos al Comercio²²⁴.

¿Qué pensar sobre el uso de la doctrina de los actos propios, del derecho internacional, para exigir el continuo cumplimiento, por el Estado, de sus compromisos políticos? En la doctrina se discute desde hace tiempo la cuestión de si en las circunstancias apropiadas un compromiso político puede llevar a terceros a basarse, por razones de buena fe, en el mantenimiento del comportamiento acordado, aunque no lo imponga el propio acuerdo (no vinculante).²²⁵ Esta es la misma lógica, por

²²¹ Véase UNSC Res. 2231 (julio de 2015).

²²² Véase, por ejemplo, la Ley de comercio de diamantes de zonas en conflicto, Ley Pública 108-19 (25 de abril de 2003) (relativa a la implementación del "Proceso de Kimberley", que incluía un compromiso político tendiente a regular el comercio de diamantes en zonas libres de conflictos); Arreglo de Wassenaar, en <https://www.wassenaar.org/es/>.

²²³ Comisión de Derecho Internacional, Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de tratados, *Textos de los proyectos de conclusión aprobados por el Comité de Redacción en segunda lectura*; 70.º período de sesiones A/CN.4/L.907 (11 de mayo de 2018).

²²⁴ Véase Organización Mundial del Comercio (OMC), *Estados Unidos - Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún. Informe del Grupo Especial* (15 de septiembre de 2011) WT/DS381/R, párrs 7.707 y 7.716 (referencia en español [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(%40Symbol%3d+wt%2fds381%2f*\)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUICChanged=true](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(%40Symbol%3d+wt%2fds381%2f*)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUICChanged=true)); véase también Pauwelyn, *supra*, nota 209, p. 155-56.

²²⁵ Véase, por ejemplo, Schachter, *supra*, nota 49, p. 301 (en que se señala que la doctrina de los actos propios podría aplicarse cuando exista un acuerdo de caballeros y confianza razonable en el mismo); Aust, *supra*, nota 162, págs. 807, 810-11 (en que se indica que dicha doctrina puede aplicarse a ciertos compromisos políticos, pero no a meras declaraciones de voluntad política); no obstante, véase Klabbers, *supra*, nota 3, pág. 138-40 (en que se insiste que un acuerdo no puede ser no vinculante si surte efectos jurídicos); véase también *supra*, nota 211.

ejemplo, que explica la eficacia jurídica de ciertas declaraciones unilaterales²²⁶. Los Estados Miembros no se muestran entusiastas con respecto a esa posibilidad²²⁷. Además, cuando un acuerdo es manifiestamente “no vinculante” será difícil establecer que el hecho de que otros Estados se basen en la continuidad del desempeño sea razonable (en el sentido jurídico del término). Tal como lo destacó el *Tribunal del Arbitraje sobre la zona marina protegida de Chagos*, “[n]o toda confianza, ni siquiera en claro detrimento de un Estado, basta para generar razones a favor de la doctrina de los actos propios. Un Estado que opte por basarse, en su detrimento, en un acuerdo expresamente no vinculante, no logra por ello un compromiso vinculante mediante la doctrina de los actos propios, pues no sería legítimo invocarla”²²⁸. No obstante, la cuestión puede seguir abierta al debate, y los Estados deberían, como mínimo, conocer la posibilidad de que algunos invoquen dicha teoría en el contexto de ciertos compromisos políticos.

5.4 Efectos jurídicos de un acuerdo interinstitucional. *Los Estados deberían suponer que un acuerdo interinstitucional surtirá los efectos jurídicos de la categoría de acuerdo (tratado, compromiso político o contrato) a la que corresponda*

- 5.4.1 Los Estados podrían suponer que los tratados y contratos interinstitucionales generarán responsabilidad del Estado en su conjunto.
- 5.4.2 No obstante, los Estados deberían tener en cuenta que, en ciertos casos, un Estado o su institución podría afirmar que la responsabilidad jurídica por un acuerdo interinstitucional se extiende solo a la institución del Estado que celebre el acuerdo.
- 5.4.3 En los casos en que los Estados tengan puntos de vista divergentes acerca de la responsabilidad jurídica generada por un acuerdo interinstitucional vinculante, deberían armonizar sus puntos de vista y avenirse a que ambos Estados asuman la responsabilidad emanada del acuerdo interinstitucional o limiten la responsabilidad a las instituciones que suscriban el acuerdo.
- 5.4.4 Los Estados deberían utilizar toda la discreción que posean para evitar que un acuerdo interinstitucional tenga efectos jurídicos en los casos en que una o más de las instituciones participantes no hayan recibido del Estado del cual formen parte la potestad (o la capacidad general) necesaria para celebrar un acuerdo de ese tipo.

Comentario: Por definición, los acuerdos interinstitucionales no están asociados con ningún tipo especial de acuerdo internacional. Pueden ser vinculantes (como tratados o como contratos) o compromisos políticos no vinculantes. El tipo de acuerdo existente estará en función de las capacidades de las instituciones participantes y de los métodos de identificación empleados²²⁹. Una vez aclarada la naturaleza de un acuerdo interinstitucional también se aclararán sus efectos jurídicos. Los tratados interinstitucionales pueden generar los mismos efectos jurídicos internacionales primarios y secundarios, así como efectos jurídicos internos otorgados por el sistema jurídico de un Estado. Los efectos jurídicos de los contratos interinstitucionales, al igual que los de los contratos interestatales,

²²⁶ Véase la nota 2 *supra*.

²²⁷ Véase, por ejemplo, la nota 219 *supra*. Perú, no obstante, señala que asumir compromisos políticos puede suscitar la buena fe de un Estado (en lugar de la aplicación del principio *pacta sunt servanda*), lo que podría indicar cierta solicitud a favor de una invocación basada en la doctrina de los actos propios en las circunstancias adecuadas. *Supra*, nota 214.

²²⁸ *Arbitraje sobre la zona marina protegida de Chagos, supra*, nota 132, pág. 177, párr. 445.

²²⁹ Con respecto a una definición de acuerdos interinstitucionales, véase la Directriz 1.5 y el comentario que la acompaña. Con respecto a la capacidad de las instituciones del Estado de celebrar tratados, compromisos políticos y contratos, véanse las Directrices 2.2, 2.4 y 2.6. Los métodos de identificación de tratados, compromisos políticos y contratos se exponen en detalle en la sección 3 de las presentes *Directrices* y en el comentario que las acompaña.

emanarán del derecho rector pertinente, en tanto que los compromisos políticos interinstitucionales no generarán ningún efecto jurídico directo, aunque los Estados deberían tener conocimiento de que, de todos modos, esos contratos podrían generar ciertos efectos indirectos²³⁰.

No obstante, existe un ámbito en que los acuerdos interinstitucionales —en especial los tratados interinstitucionales— plantean una pregunta adicional. Específicamente, ¿sobre quién recaen los efectos jurídicos de un tratado interinstitucional? ¿exclusivamente sobre la institución, o sobre la totalidad del Estado con el que esté vinculado el tratado? La práctica de algunos Estados Miembros parece inclinarse por la segunda alternativa; aun cuando las partes de un tratado sean instituciones del Estado, sus efectos recaerán, de todos modos, sobre el Estado en su conjunto.²³¹ Ese parece ser el caso independientemente de que la institución del Estado forme parte del gobierno nacional o de una unidad territorial subnacional. Esa es, además, la posición adoptada por la Comisión de Derecho Internacional en el Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado, cuyo artículo 4(1) establece:

Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas o judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado²³².

Dadas esas opiniones, la *directriz 5.4.1* articula un supuesto inicial: los Estados pueden prever razonablemente que un tratado interinstitucional obligue a los Estados a los que pertenezcan las instituciones; no únicamente a las instituciones mismas.

Un supuesto de ese género puede suscitar por lo menos tres ventajas para los Estados. Primero, puede proporcionar más certeza a todos los Estados e instituciones que tomen parte en la elaboración de tratados. Saber que se prevé que un Estado habrá de cumplir compromisos regidos por el derecho internacional y elaborado por sus instituciones puede alentar a otros Estados y a sus instituciones a tomar parte en esa actividad de elaboración de tratados. Segundo, asegurará un más sólido conjunto de efectos jurídicos directos para todos los tratados (haciendo innecesario elaborar diferentes efectos para

²³⁰ Respuesta de Jamaica, *supra*, nota 71 (en que se describen efectos jurídicos de acuerdos interinstitucionales, incluido el de ser "susceptibles de interpretación por tribunales nacionales"); Respuesta de los Estados Unidos, *supra*, nota 72 ("Los efectos jurídicos vinculados con contratos regidos por el derecho nacional se rigen por las disposiciones del contrato y por el derecho nacional aplicable a este último"); véase también la Respuesta de la República Dominicana, *supra*, nota 46 (los acuerdos no vinculantes adoptados a nivel de organismos o a nivel subnacional "no son, en ningún sentido, vinculantes").

²³¹ Véase, por ejemplo, Respuesta de Jamaica, *supra*, nota 71 ("La responsabilidad jurídica internacional recae sobre el Estado. A nivel nacional, en cambio, el organismo o la unidad territorial subnacional es responsable ante el Gobierno de asegurar que sus obligaciones se cumplan conforme al Acuerdo"). Respuesta de los Estados Unidos, *supra*, nota 72 ["Estados Unidos considera que los tratados (definidos conforme al artículo 2 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados) celebrados por sus organismos crean obligaciones jurídicas aplicables a los Estados Unidos, aunque en la práctica el cumplimiento de esos acuerdos generalmente recae en el organismo que los celebra."] Argentina, análogamente, manifestó preferencia por la responsabilidad del Estado, señalando, al mismo tiempo, que el texto jurídico no era totalmente claro. Respuesta de Argentina, *supra*, nota 72. Varios Estados, fuera de la región, han adoptado un parecer similar. Véase, por ejemplo, Guía de tratados de Suiza, *supra*, nota 123, en 25 [que dice que según el derecho Internacional es la Confederación Suiza (véase el art. 6 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados), y no la unidad administrativa, que carece de toda personalidad jurídica, quien asume la responsabilidad por las obligaciones adquiridas).

²³² Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado, *supra*, nota 138, art. 4(1); véase también *id.*, art. 4(2) ("Se entenderá que un órgano incluye toda persona o entidad que tenga esa condición según el derecho interno del Estado.") En español: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G01/640/08/pdf/G0164008.pdf?OpenElement>

tratados entre Estados a partir de tratados internacionales). Tercero, este enfoque está en consonancia con la arquitectura básica del derecho internacional público. Si la mayoría de las instituciones del Estado no son personas de derecho internacional independientes, de ello se infiere que el derecho internacional se opondrá a otorgar a sus actividades un efecto jurídico directo, sino que las atribuirá al Estado del que formen parte.

Pese a esas ventajas, no hay uniformidad en cuanto a la práctica de los Estados en cuanto a su responsabilidad única. Varios Estados sostienen la opinión de que la responsabilidad de derecho internacional podría recaer sobre la institución celebrante; no sobre el Estado en conjunto; un Estado —México— adoptó expresamente ese punto de vista²³³. Si bien admitiendo que un tratado celebrado por el Estado mexicano obliga a México, ese país invoca su estructura federal para sostener que “sería inconstitucional que [México] asumiera responsabilidad por acuerdos interinstitucionales celebrados por estados y zonas y entidades municipales, pues ello interferiría con las facultades que les han sido conferidas por la Constitución misma”²³⁴. En lugar de ello, México considera que esos acuerdos interinstitucionales regidos por el derecho internacional solo surten efectos para las instituciones que los celebran²³⁵. Otros Estados admiten que la situación no siempre es clara; Panamá, por ejemplo, percibe “la posibilidad de que haya surgido una nueva costumbre internacional” en materia de responsabilidad por acuerdos interinstitucionales²³⁶.

Las presentes Directrices no están destinadas a resolver la discrepancia sobre la extensión de las obligaciones emanadas de tratados, pero pueden ayudar a sensibilizar a los Estados acerca de que se trata de una cuestión que ha de considerarse cuando sus instituciones tomen parte en la celebración de acuerdos internacionales vinculantes. Además, el carácter consensual del orden jurídico internacional sugiere una práctica que pueden utilizar los Estados para evitar el problema. En los casos en que dos Estados sostengan diferentes opiniones sobre la medida en que un tratado internacional sea vinculante pueden acordar una posición uniforme.

- Podrían, por ejemplo, convenir en tratar al compromiso asumido por su institución en virtud de un tratado como equivalente al de los tratados elaborados en nombre de los dos Estados, o bien
- Consentir específicamente que los efectos de un tratado interinstitucional solo abarquen a las instituciones involucradas.

Los Estados podrían incluir esas condiciones en el propio tratado interinstitucional o convenirlas separadamente, en forma general o caso a caso. Idealmente podrían hacerlo por anticipado, aunque sería posible llegar a una solución de compromiso después que el tratado interinstitucional ha comenzado a existir. Una práctica de ese género podría ser novedosa, pero proporciona una vía para dar cabida a posiciones divergentes en materia de responsabilidad que de lo contrario podrían suscitar discrepancias o la necesidad de algún tipo de resolución de disputas.

Finalmente, existe una cuestión consistente en determinar qué efectos jurídicos, si es que alguno, deberían otorgar los Estados y otros interesados a acuerdos interinstitucionales vinculantes

²³³ Hollis, Segundo informe, *supra*, nota 10, párr. 38-40 (en que se exponen opiniones de Perú y de Uruguay); Respuesta de Panamá, *supra*, nota 69.

²³⁴ Respuesta de México, *supra*, nota 109. Además México sostiene que "Asimismo sería ilegal [conforme al derecho mexicano] que el Gobierno Federal asumiera dicha responsabilidad, ya que el acuerdo interinstitucional se efectuó sin seguir las formalidades que la Ley sobre la Celebración de Tratados establece". *Id.* Perú niega que sus instituciones puedan celebrar "tratados", pero admite que sus acuerdos interinstitucionales pueden crear "una relación jurídica ... exclusivamente para las instituciones que los celebren...". No explica, sin embargo, qué ley regiría esa relación jurídica. Respuesta de Perú, *supra*, nota 66.

²³⁵ Respuesta de México, *supra*, nota 109.

²³⁶ Respuesta de Panamá, *supra*, nota 69.

celebrados cuando una o más de las instituciones involucradas no siga los procedimientos nacionales apropiados. En otras palabras, ¿cómo deberían manejar los Estados los acuerdos interinstitucionales no autorizados? Es probable que conferir a esos acuerdos efectos jurídicos internos sea problemático, especialmente en el Estado en el que no se hayan seguido los procedimientos preceptivos. En la República Dominicana, por ejemplo, cuando el Subsecretario de Estado de Relaciones Exteriores de ese país celebró un memorando de entendimiento con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sin cumplir las normas constitucionales en materia de revisión judicial y de aprobación parlamentaria, la Corte Suprema declaró nulo y carente de valor ese memorando.²³⁷

Además, algunos Estados Miembros creen que la omisión de observar procedimientos internos puede también impedir la adjudicación de efectos de derecho internacional a acuerdos interinstitucionales. Colombia, por ejemplo, ha señalado que “no es responsable de acuerdos que hayan sido celebrados en violación” de condiciones nacionales en materia de legalidad de sus acuerdos internacionales²³⁸. México hace hincapié en la responsabilidad personal de quienes suscriban un acuerdo interinstitucional sobre el cual el Departamento Jurídico de la Secretaría de Relaciones Exteriores no haya expuesto sus opiniones²³⁹. Otros Estados ofrecen una posición más matizada, señalando que la mejor manera de determinar la responsabilidad internacional emanada de un acuerdo interinstitucional no autorizado es basarse en la “naturaleza del acuerdo y las circunstancias que rodeen su celebración”.²⁴⁰

La *Directriz 5.4.4* propone una práctica óptima conforme a la cual los Estados ejerzan toda la discrecionalidad disponible para rehusar dar efectos jurídicos a acuerdos interinstitucionales no autorizados. Se incluye el calificativo que hace referencia a “discreción disponible” para dejar en claro que esa directriz solo se aplica cuando el Estado tiene la opción entre conceder o no efectos jurídicos a un acuerdo; no contempla el evitar que un acuerdo surta efectos jurídicos que el Estado tiene la obligación de soportar, en virtud ya sea del derecho nacional o internacional. No obstante, cuando los Estados tienen discrecionalidad, parecería ser una práctica óptima no conferir efectos jurídicos a acuerdos interinstitucionales no autorizados. Otorgar efectos jurídicos a tratados (o contratos) interinstitucionales podría incentivar la posibilidad de que las instituciones del Estado violen sus propias leyes y procedimientos internos si tienen la percepción de que los beneficios que surgen de llegar a un acuerdo con entidades extranjeras sobrepujan las consecuencias internas. Esos incentivos serían especialmente perversos si la institución compartiera los costos (en cuanto a responsabilidad y riesgos) con el Estado en conjunto; el mismo Estado cuyos procedimientos no se hubieran cumplido.²⁴¹

6. Capacitación y educación sobre acuerdos vinculantes y no vinculantes

6.1 Capacitación y educación a cargo de los Estados sobre acuerdos vinculantes y no vinculantes. Los Estados deberían tomar medidas para capacitar y educar a los funcionarios pertinentes del Ministerio de Relaciones Exteriores, o de otros ministerios o dependencias pertinentes, para que puedan hacer lo siguiente:

- (i) *identificar los distintos tipos de acuerdos vinculantes y no vinculantes y distinguir entre ellos;*

²³⁷ Respuesta de la República Dominicana, *supra*, nota 46.

²³⁸ Véase también Respuesta de Ecuador, *supra* nota 46.

²³⁹ Respuesta de México, *supra*, nota 109.

²⁴⁰ Respuesta de Jamaica, *supra*, nota 71; véase también Respuesta de Perú, *supra*, nota 66.

²⁴¹ Ello, sin embargo, sería contrario a la presunción de validez dada a los tratados celebrados en violación de procedimientos internos en el contexto interestatal por el artículo 46 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Véase la nota 77 *supra*. No obstante, no resulta claro que el artículo 46 constituya derecho internacional consuetudinario. Véase Jan Klabbbers, *The Validity and Invalidity of Treaties*, en *The Oxford Guide to Treaties* 551, 564 (D. Hollis, ed., 2012).

- (ii) *entender quiénes en el ámbito del Estado tienen capacidad para negociar y celebrar qué acuerdos;*
- (iii) *seguir los procedimientos internos para la celebración de tales acuerdos; y*
- (iv) *comprender los efectos jurídicos y de otros tipos que puedan emanar de distintos tipos de acuerdos internacionales.*

Comentario: Tal como lo establecen claramente estas directrices, la práctica existente del Estado con respecto a acuerdos internacionales reviste crucial importancia para el derecho internacional y las relaciones internacionales. No obstante, también es evidente que no se trata de cierto conjunto sencillo de herramientas que los Estados y sus autoridades puedan aplicar intuitivamente. Las actuales variantes de definiciones, capacidades, métodos de identificación, procedimientos y efectos requieren saber especializado y atención para tener la certeza de que un Estado esté en condiciones de promover sus intereses en materia de política exterior y simultáneamente evitar confusiones, malentendidos y disputas (jurídicas o de otra naturaleza). Por ese motivo, es importante que los Estados dediquen los recursos necesarios para instruir a las autoridades pertinentes sobre esos temas²⁴².

La *Directriz 6.1* se focaliza la prestación de adecuados servicios de capacitación y educación para altos funcionarios del Ministerio de Relaciones Exteriores, sobre los diversos aspectos de los acuerdos internacionales. A dichos funcionarios suele encomendársele la responsabilidad global en materia de práctica de tratados del Estado. En consecuencia, es razonable que los Estados se doten de suficiente experiencia técnica para diferenciar los tratados del Estado de la creciente práctica de otras modalidades de acuerdos internacionales, incluidos contratos interestatales vinculantes y acuerdos interinstitucionales. Cuando se requiera, este tipo de capacitación debe hacerse extensiva a otros funcionarios y oficinas pertinentes.

Disponer, en toda la región, de altos funcionarios adecuadamente capacitados ayudará a mejorar las prácticas existentes y a mitigar la confusión imperante con respecto a la naturaleza jurídica de diversos acuerdos (como los rotulados como “memorandos de entendimiento”), y a la identificación de las instituciones con las cuales otros Estados pueden celebrar acuerdos vinculantes y no vinculantes. Ahondar el conocimiento en torno a los diversos tipos y efectos de los acuerdos vinculantes y no vinculantes puede permitir a las autoridades del Ministerio de Relaciones Exteriores asesorar a los responsables de la adopción de decisiones sobre las soluciones de compromiso que implican dar preferencia a cierto tipo de acuerdo en comparación con otro.

6.2 Capacitación y educación sobre acuerdos interinstitucionales. *Si un Estado autoriza la celebración de acuerdos interinstitucionales, debe tomar medidas para capacitar y educar a los funcionarios pertinentes de una dependencia o una unidad territorial subnacional del Estado para que puedan hacer lo siguiente:*

- (i) *identificar los distintos tipos de acuerdos vinculantes y no vinculantes y distinguir entre ellos;*
- (ii) *entender quiénes en el ámbito del Estado tienen capacidad para negociar y celebrar qué acuerdos;*
- (iii) *seguir los procedimientos internos para la celebración de tales acuerdos; y*

²⁴² El Grupo de Trabajo sobre Práctica de Tratados pidió opiniones sobre capacitación relativa a acuerdos vinculantes y no vinculantes. Las respuestas dieron cuenta de la diversidad de esquemas formales e informales mediante los que los funcionarios encargados de tratados forman a otros funcionarios, tanto en los propios ministerios de relaciones exteriores como en otros ministerios y dependencias. Véase, por ejemplo, Grupo de Trabajo sobre Práctica de Tratados, *supra*, nota 40, en 4, 6-7, 22, 24 (en donde se detallan la capacitación y orientación que ofrecen los funcionarios encargados de tratados en Alemania, Canadá, Corea, España, Finlandia, Israel, Japón y México).

- (iv) *comprender los efectos jurídicos y de otros tipos que puedan emanar de distintos tipos de acuerdos internacionales.*

Comentario: No todos los Estados autorizarán acuerdos interinstitucionales, sean estos tratados, contratos o compromisos políticos²⁴³. Para los que lo hacen, sin embargo, será necesario asegurar que las instituciones competentes para la elaboración de acuerdos estén dotadas de capacidad suficiente para ejercer adecuadamente esa competencia. Esa capacitación puede consistir en ejercicios a nivel nacional en que se imparta a funcionarios no pertenecientes al Ministerio de Relaciones Exteriores educación sobre acuerdos internacionales y también —lo que no es menos pertinente— sobre los procedimientos que hayan de seguirse en la esfera interna para autorizar esos acuerdos. Cuando las unidades territoriales subnacionales puedan celebrar acuerdos, les sería provechoso recibir capacitación y educación similares. Esos programas pueden mitigar los inconvenientes emanados de situaciones relacionadas con capacidad en que una institución actúe careciendo de competencia para ello o asuma de otro modo compromisos en detrimento del Estado tomado en conjunto. Un mayor conocimiento en torno a los diversos tipos y efectos de los acuerdos vinculantes y no vinculantes puede permitir a las instituciones del Estado elaborar, en materia de acuerdos, una práctica que esté en consonancia con sus intereses y al mismo tiempo dar cabida a políticas y procedimientos de otros países.

²⁴³ Véase la *Directriz 2.2* y el comentario que la acompaña.