

ACUERDOS VINCULANTES Y NO VINCULANTES: TERCER INFORME

(presentado por el doctor Duncan B. Hollis)

Introducción

71. En su 89º período ordinario de sesiones, el Comité Jurídico Interamericano celebró una reunión inaugural con Asesores Jurídicos de los Ministerios de Relaciones Exteriores de varios Estados Miembros. En esa reunión se propuso que el Comité abordara el tema de los acuerdos vinculantes y no vinculantes⁹². El Comité lo agregó a su temario y en su 90º período ordinario de sesiones nombró al autor del presente documento para que sirviera en calidad de Relator⁹³.

72. En mi informe preliminar señalé tres categorías de acuerdos internacionales: tratados, compromisos políticos y contratos. Para cada categoría, presenté cuatro líneas de investigación: a) *diferenciación*: ¿cuáles son los criterios para cada tipo de acuerdo y cómo pueden los Estados determinar qué tipo de acuerdo están celebrando?; b) *capacidad*: además de los Estados, ¿cuándo pueden otras entidades (por ejemplo, ministerios de gobierno, unidades territoriales subnacionales) suscribir acuerdos?; c) *efectos jurídicos*: ¿cuáles son las consecuencias jurídicas de la celebración de cada tipo de acuerdo?, y d) *procedimientos*: ¿qué mecanismos usan los Estados para autorizar, negociar y celebrar cada tipo de acuerdo?⁹⁴ De estas cuatro áreas, indiqué en cuáles el derecho y la práctica están bien afianzados y en cuáles persisten ambigüedades u opiniones divergentes. A fin de aclarar el derecho y la práctica pertinentes, el Comité envió un cuestionario a los Estados Miembros (Nota OEA/2.2/70/17) para que expusieran sus puntos de vista sobre este tema.

73. En mi segundo informe sobre acuerdos vinculantes y no vinculantes, analicé las respuestas al cuestionario del Comité recibidas de diez Estados Miembros: Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador, Estados Unidos, Jamaica, México, Perú, República Dominicana y Uruguay⁹⁵. Posteriormente, el Comité recibió las respuestas de dos Estados más: Panamá y Paraguay⁹⁶. Estas respuestas confirman y amplían

⁹² Véase *Informe Anual 2016 del Comité Jurídico Interamericano (CJI) al Cuadragésimo Séptimo Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General*, OEA/Ser.G CP/doc.5261/17 (31 enero 2017), p. 10; *Acta Resumida*, Reunión con los Asesores Jurídicos de los Ministerios de Relaciones Exteriores, 5 de octubre de 2016, en *Informe Anual, supra*, , p. 153, 160.

⁹³ *Temario anotado del Comité Jurídico Interamericano*, 91º período ordinario de sesiones, 7 al 16 de agosto de 2017, p. 60.

⁹⁴ Véase Duncan B. Hollis. *Informe preliminar sobre acuerdos vinculantes y no vinculantes*, Comité Jurídico Interamericano, 91º período ordinario de sesiones, OEA/Ser.Q, CJI/doc.542/17 (del 6 al 16 de agosto de 2017) (en adelante “Informe preliminar”).

⁹⁵ Véase Duncan B. Hollis. *Acuerdos vinculantes y no vinculantes: segundo informe*, OEA/Ser. Q, CJI/doc.553/18 (6 febrero 2018) (en adelante “Segundo informe”).

⁹⁶ Véase *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”); *Nota de la Misión Permanente del Paraguay al Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos*

los puntos de vista de los Estados Miembros sobre varios aspectos de los acuerdos vinculantes y no vinculantes. En conjunto, ofrecen un resumen útil de los puntos de vista de los Estados Miembros sobre cinco temas: i) definiciones; ii) métodos de identificación; iii) capacidad; (iv) efectos; v) procedimientos internos, y vi) prioridades.

- i. *Definiciones.* Los Estados Miembros de la OEA que respondieron al cuestionario del Comité apoyan tanto la existencia como el deslinde del concepto de tratado, citando la mayoría de las veces la definición que consta en el apartado 2(1)(a) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. Los Estados Miembros también coinciden en lo que respecta a otra categoría de acuerdos que no son jurídicamente vinculantes: los “compromisos políticos”, pero hay opiniones divergentes en lo que se refiere a la posibilidad de la celebración de contratos entre Estados. Varios Estados afirman que celebran contratos de ese tipo, mientras que otros no acostumbran hacerlo⁹⁷. Al mismo tiempo, varios Estados que respondieron al cuestionario señalan la existencia de “acuerdos interinstitucionales”, que no son celebrados por el Estado en sí, sino por uno de sus ministerios nacionales o una unidad territorial subnacional. Sin embargo, los Estados que respondieron al cuestionario clasifican estos acuerdos de maneras diferentes: algunos dicen que no son vinculantes, otros se remiten a su condición en el derecho interno y unos pocos reconocen que podrían regirse por el derecho internacional en ciertos casos⁹⁸.
- ii. *Métodos de identificación.* En lo que se refiere a la forma de determinar *qué* tipo de acuerdo existe, los puntos de vista de los Estados Miembros confirman la existencia de opiniones divergentes en la práctica jurídica internacional. Algunos Estados Miembros están a favor del enfoque subjetivo predominante de la “intención manifiesta” (según el cual la intención común de celebrar un acuerdo regido por el derecho internacional determina la existencia de un tratado)⁹⁹. Otros Estados Miembros parecen preferir el análisis más “objetivo” de la Corte Internacional de Justicia (según el cual el uso de un lenguaje y disposiciones particulares determina si un acuerdo es un tratado o no lo es)¹⁰⁰. Por consiguiente, para algunos Estados Miembros, la estructura y la terminología podrían ser factores determinantes, mientras que para otros la presencia de verbos, vocablos o cláusulas específicas no debe sustituir la búsqueda de las intenciones de las partes. Asimismo, varios Estados

Jurídicos, Secretaría General de la OEA, No. 635-18/MPP/OEA (12 de junio de 2018) (en adelante “Respuesta de Paraguay”).

⁹⁷ *Segundo informe, supra*, nota 5, en 15 (Argentina, Colombia, Perú, la República Dominicana y Uruguay afirmaron que no acostumbran suscribir contratos regidos por el derecho interno cuando se trata de acuerdos vinculantes entre Estados. Ecuador, Estados Unidos, Jamaica y México reconocieron que es posible celebrar acuerdos de ese tipo).

⁹⁸ *Íd.* en 13 y 14 (para Ecuador y Colombia, los acuerdos interinstitucionales no son vinculantes, mientras que México y Perú los consideran vinculantes, pero México pone de relieve tal condición en el marco del derecho internacional, en tanto que Perú se basa en el derecho interno salvo en los casos en que el acuerdo interinstitucional sirva para dar efecto a un tratado vigente. Para Uruguay, entretanto, estos acuerdos pueden ser vinculantes o no vinculantes). Panamá señala que sus unidades territoriales subnacionales pueden suscribir un tratado si el Ministerio de Relaciones Exteriores lo autoriza. Respuesta de Panamá, *supra*, nota 96.

⁹⁹ Véase *Informe preliminar, supra*, nota 73, en 11; *Segundo informe, supra*, nota 74, en 16 (Brasil, Colombia, Estados Unidos y México ponen de relieve la “intención” como criterio decisivo para la identificación de un tratado).

¹⁰⁰ Véase *Informe preliminar, supra*, nota 73, en 12; *Segundo informe, supra*, nota 74, en 16 (la República Dominicana, Jamaica y Uruguay destacan factores objetivos, como la estructura y la terminología del acuerdo, para determinar si reúne las condiciones para ser considerado como un tratado).

Miembros apoyan el uso de disposiciones en el texto que deniegan la fuerza jurídica de un acuerdo a fin de crear un compromiso político¹⁰¹.

- iii. *Capacidad.* No parece haber controversia en cuanto a la capacidad de ciertos funcionarios nacionales (el jefe de Estado, el jefe de gobierno, el ministro de relaciones exteriores) para suscribir un tratado en nombre del Estado, incluidos otros ministros que no sean de relaciones exteriores cuando se les autorice a hacerlo. El concepto de acuerdos interinstitucionales vinculantes parece ser más controvertido. Por lo menos un Estado afirma que tales instrumentos nunca pueden constituir un tratado. Para la mayoría de los demás Estados, la capacidad para celebrar acuerdos interinstitucionales internacionales parece ser cuestión de a) potestad interna, que algunos Estados confieren y otros deniegan, y b) la existencia de una parte que esté dispuesta a celebrar el acuerdo¹⁰². Se observó una costumbre similar en lo que respecta a acuerdos entre unidades territoriales subnacionales (por ejemplo, provincias)¹⁰³. Además, varios de los Estados que no autorizan la suscripción de tratados por unidades subnacionales afirman que estas entidades podrían celebrar acuerdos interinstitucionales (y así lo hacen), aunque (como se ha señalado) no resulta claro si estos instrumentos son siempre no vinculantes o, en el caso en que se considere que son vinculantes, si la fuente de su fuerza jurídica es el derecho interno o el derecho internacional¹⁰⁴.
- iv. *Efectos.* Los Estados Miembros de la OEA que respondieron al cuestionario del Comité aceptan de manera uniforme los efectos jurídicos internacionales (por ejemplo, *pacta sunt servanda*) de la celebración de un tratado, mientras que reconocen que todo efecto jurídico interno depende del derecho nacional del Estado. Sin embargo, hay más ambigüedad en lo que respecta a los efectos jurídicos —de haberlos— de la celebración de acuerdos vinculantes por organismos gubernamentales o unidades territoriales subnacionales. Muchos de los Estados que respondieron al cuestionario aceptan que los acuerdos de ese tipo, aunque no se suscriban en nombre del Estado, generan responsabilidad del Estado en conjunto (punto de vista que concuerda con el párrafo 4.1 del Proyecto de Artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos)¹⁰⁵. Sin embargo, varios Estados opinan que la responsabilidad jurídica internacional podría recaer en la institución que suscriba el acuerdo, *no* en el Estado en conjunto, y un Estado insistió en que eso siempre es así¹⁰⁶. Panamá plantea la posibilidad de que haya surgido una nueva costumbre internacional en este contexto¹⁰⁷. Otros Estados recalcan los efectos jurídicos internos de los “acuerdos interinstitucionales” celebrados por organismos gubernamentales o unidades territoriales subnacionales. Los Estados presentan divergencias similares en lo que respecta a si un Estado sería responsable en el marco del derecho internacional por un acuerdo celebrado sin su

¹⁰¹ Segundo informe, *supra*, nota 74, en 19 (Brasil, Perú, Uruguay).

¹⁰² Íd. en 26; véase también Informe preliminar, *supra*, nota 73, en 31.

¹⁰³ Segundo informe, *supra*, nota 74, en 27.

¹⁰⁴ Íd. en 26-28.

¹⁰⁵ Íd. en 37-40 (donde se señala que Argentina, Estados Unidos y Jamaica refrendan específicamente la responsabilidad del Estado por los acuerdos subnacionales); véase también 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), UN Doc A/56/10 55 (3), art. 4.

¹⁰⁶ Segundo informe, *supra*, nota 74, en 38 (donde se describe el punto de vista de México de que la responsabilidad recae únicamente en la institución que celebra el acuerdo interinstitucional vinculante).

¹⁰⁷ Respuesta de Panamá, *supra*, nota 96.

autorización por uno de sus organismos gubernamentales o una unidad territorial subnacional¹⁰⁸. Para los Estados que aceptan la posibilidad de la celebración de contratos entre Estados, sus efectos jurídicos están claramente vinculados a las disposiciones pertinentes del derecho interno que rijan tales contratos. Con respecto a los acuerdos no vinculantes, los Estados Miembros de la OEA que respondieron al cuestionario coinciden en que estos contratos no pueden tener *ningún* efecto jurídico, a pesar de los argumentos anteriores de expertos que invocaban los principios de la preclusión¹⁰⁹.

- v. *Procedimientos internos*. Todos los Estados Miembros de la OEA que respondieron al cuestionario del Comité cuentan con un conjunto bien desarrollado de procedimientos para la negociación y celebración de tratados por el Estado o el gobierno nacional. Estos procedimientos son diversos y abarcan distintos niveles de participación de la legislatura o de un tribunal constitucional. En cambio, los procedimientos relativos a los acuerdos vinculantes celebrados por organismos gubernamentales o unidades territoriales subnacionales están menos desarrollados. Algunos Estados Miembros emplean los mismos procedimientos para *todos* sus acuerdos internacionales vinculantes; otros han establecido procedimientos separados bajo el rótulo de acuerdos “interinstitucionales”¹¹⁰. Los procedimientos son menos comunes cuando se trata de compromisos políticos, para los cuales no hay una reglamentación explícita, aunque en algunos Estados se acostumbra coordinar su negociación y celebración con el Ministerio de Relaciones Exteriores¹¹¹. Panamá señala que los acuerdos de este tipo “usualmente no son sometidos a la consideración de la Asamblea Nacional para aprobación”¹¹². Otros Estados, como Paraguay, dicen que no tienen disposiciones procesales que se apliquen específicamente a los acuerdos no vinculantes¹¹³.
- vi. *Prioridades*. Además de las respuestas a las cuestiones de fondo, la mayoría de los Estados Miembros de la OEA que respondieron al cuestionario del Comité apoyaron claramente la propuesta de que el Comité trabaje en un conjunto de principios generales o prácticas óptimas en relación con los acuerdos vinculantes y no vinculantes. No obstante, algunos Estados expresaron preocupación por la necesidad de un proyecto de ese tipo; uno apoyó la idea de una compilación de prácticas óptimas, pero señaló que no serviría de nada elaborar principios generales¹¹⁴.

74. En su 92º período ordinario de sesiones, el Comité examinó dos maneras de proceder: redactar un proyecto de *Directrices de la OEA para los acuerdos internacionales* centradas en prácticas óptimas o redactar un documento diferente: un catálogo de *Principios generales del derecho relativos a los acuerdos vinculantes y no vinculantes* en el cual se pueda tratar de codificar el derecho internacional existente y formular algunas propuestas para su desarrollo progresivo. Se convino en formular directrices que los Estados puedan utilizar. En vez de tratar de aclarar o resolver cuestiones pendientes de derecho internacional relativas a los acuerdos vinculantes y no vinculantes, el Comité está interesado en ofrecer

¹⁰⁸ Íd. en 41-42.

¹⁰⁹ *Informe preliminar, supra*, nota 3, en 44; *cf. Informe preliminar, supra*, nota 73, en 48.

¹¹⁰ *Segundo informe, supra*, nota 74, en 50-51 (Estados Unidos usa los mismos procedimientos, en tanto que México tiene procedimientos separados dispuestos en la Ley sobre la Celebración de Tratados de 1992).

¹¹¹ Íd. en 54-55 (Colombia, México y Perú señalan que se acostumbra obtener autorización para celebrar acuerdos no vinculantes).

¹¹² Respuesta de Panamá, *supra*, nota 96. Paraguay afirma que “el Ministerio de Relaciones Exteriores toma participación siempre”, incluso en los acuerdos que no son jurídicamente vinculantes. Véase Respuesta de Paraguay, *supra*, nota 96.

¹¹³ Véase Respuesta de Paraguay, *supra*, nota 96.

¹¹⁴ *Segundo informe, supra*, nota 74, en 57-60.

a los Estados Miembros asesoramiento franco y útil sobre la situación del derecho actual y los tipos de actos que puedan reducir al mínimo los desacuerdos futuros o las dificultades con otros Estados. Si lo logra, la influencia de su trabajo podría trascender el ámbito de los Estados Miembros de la OEA y ayudar a Estados de todo el mundo a distinguir entre acuerdos vinculantes y no vinculantes.

75. El anexo I al presente informe contiene un borrador inicial de lo que he titulado *Directrices de la OEA para la diferenciación de acuerdos internacionales*. El título que había propuesto anteriormente — *Directrices de la OEA para los acuerdos internacionales*— es demasiado amplio en vista del enfoque más limitado del asunto en el temario del Comité.

76. La meta de las *Directrices* es de índole práctica: ofrecer a la OEA y a sus Estados Miembros un conjunto concreto y detallado de definiciones, enfoques y prácticas óptimas para identificar y diferenciar tres tipos de acuerdos internacionales —tratados, compromisos políticos y contratos— y los diversos agentes que pueden celebrarlos, a saber, los Estados, organismos gubernamentales y unidades territoriales subnacionales. En consecuencia, aunque en las *Directrices* se señalan varias áreas en las cuales el derecho internacional no es claro o es motivo de controversias, no he tratado de resolver esas cuestiones pendientes. Por el contrario, la finalidad de las *Directrices* es facilitar el acuerdo internacional proponiendo “prácticas óptimas” que permitan soslayar o superar dificultades de ese tipo. Asimismo, las prácticas propuestas son enteramente voluntarias. Los Estados y otros interesados podrían usarlas o buscar sus propias soluciones para distinguir y diferenciar entre distintas formas de acuerdos internacionales.

77. En el anexo I se presenta un borrador inicial de varias directrices, que se repiten en el anexo II con comentarios. Ambos anexos tienen tres partes:

- i. **Definiciones.** Las *Directrices* comienzan con una definición de los elementos que integran cada una de las tres categorías principales de acuerdo internacional (tratados, compromisos políticos y contratos) y contienen también una definición de “acuerdo interinstitucional” basada en los agentes que lo celebran.
- ii. **Capacidad.** En las *Directrices* se examina la capacidad de las “instituciones del Estado” (por ejemplo, ministerios u organismos gubernamentales, así como unidades territoriales subnacionales tales como provincias o regiones) para celebrar tratados, compromisos políticos y contratos. Se proponen prácticas óptimas para asegurar la transparencia y la comunicación entre Estados en lo que respecta al alcance de la potestad que tienen estas instituciones del Estado para celebrar diversas formas de acuerdos internacionales.
- iii. **Métodos de identificación.** En las *Directrices* se expresa la opinión de que la situación de cualquier acuerdo debe determinarse según las circunstancias de cada caso. Se señala la posibilidad de que distintos Estados usen pruebas diferentes para determinar si su acuerdo constituye un tratado. En consecuencia, propongo una práctica óptima con la cual los Estados serán más transparentes en sus negociaciones (o en el texto mismo del acuerdo) en lo que concierne a lo que entienden de la condición de un acuerdo. Además, las *Directrices* ofrecen una lista de sugerencias relativas a términos, disposiciones y características indicativos de tratados, compromisos políticos y contratos. Cabe señalar, no obstante, que estas sugerencias son meramente indicativas, *no* determinativas, de la condición de un acuerdo. No hay palabras mágicas para convertir un texto en un tratado, un compromiso político o un contrato. Aun así, cuanto mayor conocimiento tengan los Estados de la terminología y las formas que se usan habitualmente en cada tipo de acuerdo, mejor podrán evitar malentendidos con respecto a la índole del acuerdo alcanzado.

78. Agradecería las observaciones del Comité sobre el fondo y la estructura de cada una de las directrices propuestas y los comentarios acompañantes. ¿Son las prácticas óptimas que propongo un

reflejo exacto de la diversidad de las leyes y prácticas actuales de los Estados Miembros? ¿Están en el orden correcto? (Antes, por ejemplo, abordé el tema de la capacidad como algo que hay que examinar después de otros aspectos conducentes a la identificación, mientras que, en este borrador, consideré que fluye mejor como pregunta precedente). Lo más importante tal vez sea saber si estas *Directrices*, de usarse en la práctica, podrían aliviar la confusión actual (y la posibilidad de controversias entre Estados).

79. Espero recibir las observaciones del Comité y usarlas para revisar las *Directrices* a fin de seguir considerándolas en nuestro próximo período ordinario de sesiones. En esa oportunidad, planeo presentar también un borrador inicial de las demás secciones de las *Directrices*. Específicamente, espero agregar directrices en tres partes más:

- iv. **Efectos.** Aquí me concentraría en los distintos efectos jurídicos generados por los tratados, los compromisos políticos y los contratos e incluiría prácticas óptimas con las cuales los Estados puedan seleccionar el instrumento apropiado para los efectos deseados. Además, en las *Directrices* se podría reconocer que, aunque la mayoría de los Estados aceptan la responsabilidad del Estado por los acuerdos interinstitucionales vinculantes, no todos los Estados lo hacen. Para evitar controversias con respecto a la parte en la cual recae la responsabilidad, planeo proponer una directriz según la cual, sobre una base de reciprocidad, los Estados puedan dar su consentimiento para que sus instituciones celebren acuerdos en cuyo marco la responsabilidad recaiga solamente en la institución que celebre el acuerdo y no en el Estado en conjunto.
- v. **Procedimientos.** En las *Directrices*, tal como están redactadas actualmente, se reconoce que todos los Estados cuentan con procedimientos (a menudo sustanciales) para la aprobación de la negociación y celebración de tratados por el Estado en sí. En vista de ello, planeo proponer como práctica óptima la libertad, es decir, reconocer que los Estados deben decidir por sí solos qué tratados requieren aprobación de la legislatura o de un tribunal constitucional y qué tratados, si los hubiere, pueden ser celebrados por el Poder Ejecutivo solamente. Con respecto a los Estados que estén dispuestos a autorizar a sus instituciones (sean ministerios de gobierno o unidades territoriales subnacionales) a suscribir tratados, planeo proponer que establezcan procedimientos específicos e identificables para conferir tal autorización y comunicarla a otros Estados con cuyas instituciones puedan celebrarse tales acuerdos. Se podría proponer un proceso similar de dos pasos para los contratos interinstitucionales. En cuanto a los acuerdos no vinculantes, planeo refrendar dos prácticas óptimas en particular: primero, que los Estados formulen y apliquen políticas y procedimientos para la celebración de compromisos políticos por el Estado, sus ministerios o las unidades territoriales subnacionales de las cuales sea responsable; segundo, que cada Estado considere la posibilidad de tener un registro nacional o base de datos para catalogar los compromisos políticos.
- vi. **Capacitación y educación.** En las *Directrices*, quisiera proponer que los Estados lleven a cabo actividades de capacitación y educación para asegurar que los agentes pertinentes del ministerio de relaciones exteriores puedan identificar y diferenciar los distintos tipos de acuerdos vinculantes y no vinculantes. También deberían recibir capacitación y educación otros agentes institucionales que estén autorizados a celebrar acuerdos internacionales.

Me gustaría recibir observaciones sobre estas ideas para las secciones adicionales. ¿Hay temas que parezcan problemáticos o que requieran una mayor reflexión? ¿Hay algún otro tema que se debería incluir en el próximo borrador de las *Directrices*?

80. Por último, solicito la autorización del Comité para presentar el borrador actual a los asesores jurídicos de los ministerios de relaciones exteriores de los Estados Miembros de la OEA que se sumarán al Comité en el próximo período ordinario de sesiones. Aunque los Estados Miembros tendrán una oportunidad formal para hacer comentarios sobre las *Directrices* si el Comité las aprueba, toda observación informal de los asesores jurídicos sería de una utilidad incalculable. Por supuesto, también recibiré con beneplácito ideas y recomendaciones de otros funcionarios, personas, organizaciones internacionales o entidades cuyos puntos de vista sobre el tema de las *Directrices* puedan mejorar su calidad.

ANEXO I
PROYECTO DE DIRECTRICES DE LA OEA
PARA DIFERENCIAR ACUERDOS INTERNACIONALES

1. DEFINICIONES

- 1.1 **Acuerdo**: Consentimiento mutuo de los participantes en un compromiso normativo.
- 1.2 **Tratado**: Acuerdo internacional 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 o registro.
- 1.3 **Compromiso político**: Acuerdo que no es jurídicamente vinculante celebrado entre Estados, instituciones del Estado u otros agentes con la intención de establecer compromisos de una índole exclusivamente política o moral.
- 1.4 **Contrato**: Acuerdo regido por el derecho nacional.
- 1.5 **Acuerdo interinstitucional**: Acuerdo celebrado entre dos o más instituciones del Estado, entre ellas ministerios nacionales o unidades territoriales subnacionales. Según sus condiciones y las circunstancias del caso, 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**: Cualquier Estado puede celebrar un tratado de conformidad con los términos del tratado y cualesquiera leyes y procedimientos internos que tenga para autorizar al Estado a 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 todas las partes 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 pueden celebrar compromisos políticos en la medida en que las circunstancias políticas lo permitan.
- 2.5 **Capacidad para celebrar contratos entre Estados**: Un Estado puede celebrar un contrato con otro Estado que esté dispuesto a hacerlo de conformidad con los requisitos del derecho que rija el contrato.
- 2.6 **Capacidad para celebrar contratos interinstitucionales**: Una institución del Estado puede celebrar un contrato con una institución de otro Estado que esté dispuesta a hacerlo en los casos en que su derecho interno lo autorice.

3. MÉTODOS DE IDENTIFICACIÓN

3.1 Determinación de la existencia de un acuerdo: Se puede demostrar la existencia de un acuerdo en los casos en que todos los participantes acepten su existencia o considerando los términos utilizados en la práctica y las circunstancias particulares de las cuales hayan surgido dichos términos.

3.2 Determinación del tipo de acuerdo celebrado: En los casos en que haya un acuerdo internacional, el derecho internacional propone dos métodos para determinar si constituye un tratado, un compromiso político o un contrato.

- Primero, se puede identificar el tipo de acuerdo por medio de un análisis subjetivo o “de la intención”, según el cual las intenciones comunes de los participantes determinan si el acuerdo es vinculante o no (y, en caso de que sea vinculante, si es un tratado o un contrato).
- Segundo, se examinan la materia, el lenguaje y las cláusulas del acuerdo, aplicándole una prueba más “objetiva”, para determinar su condición independientemente de todo indicio de las intenciones de uno o más de los autores.

Ambos métodos suelen llevar a la misma conclusión en la medida en que ambos se centran en el texto, las circunstancias particulares y los actos subsiguientes. No obstante, existe el riesgo de que puedan llevar a conclusiones diferentes en ciertos casos. Por lo tanto, cualquiera que sea el método que un Estado o una institución del Estado use para clasificar sus propios acuerdos, el Estado o la institución debe tener en cuenta que los demás participantes (o terceros) podrían usar el otro método, creando el riesgo de que surjan puntos de vista incompatibles sobre la condición de un acuerdo.

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.

3.4 Elementos indicativos de un tratado: En los casos en que los participantes en el acuerdo no especifiquen su condición o no lleguen a un acuerdo de otra forma al respecto, ciertos elementos pueden indicar la existencia de un tratado, entre ellos:

- a) el lenguaje utilizado en la práctica; por ejemplo:
 - i) el uso de verbos que denotan un compromiso, como “deberán”, “deben”, “acuerdan” o “se comprometen a”;
 - ii) la referencia a los autores del acuerdo como “partes”;
 - iii) un título tal como “Tratado” o “Acuerdo”;
 - iv) la referencia a los términos del acuerdo como “artículos”, “obligaciones” o “compromisos”;
 - v) adjetivos que califican el acuerdo de “vinculante”, “auténtico” o “fidedigno”;
- b) la inclusión de cláusulas sobre temas tales como los siguientes:
 - i) consentimiento en obligarse;
 - ii) entrada en vigor;
 - iii) depositarios;
 - iv) modificación;
 - v) terminación;
 - vi) solución obligatoria de controversias;
- c) las circunstancias en torno a la celebración del acuerdo;

d) los actos subsiguientes de los participantes en el acuerdo.

3.5 Elementos indicativos de un compromiso político: En los casos en que los participantes en el acuerdo no especifiquen su condición o no lleguen a un acuerdo de otra forma al respecto, ciertos elementos pueden indicar la existencia de un compromiso político no vinculante:

a) el lenguaje utilizado en la práctica; por ejemplo:

- i) el uso de verbos facultativos o descriptivos tales como “deberían”, “buscar”, “impulsar”, “tener la intención de”, “esperar”, “llevar a cabo”, “entender” o “aceptar”;
- ii) la referencia a los autores del acuerdo como “participantes”;
- iii) un título tal como “entendimiento”, “arreglo” o “declaración”;
- iv) la referencia a los términos del acuerdo como “compromisos”, “expectativas”, “mejores esfuerzos”, “principios” o “párrafos”;
- v) adjetivos que califican el acuerdo de “político”, “voluntario”, “vigente” o “de igual validez”;

b) la inclusión de cláusulas sobre temas tales como los siguientes:

- i) firma;
- ii) entrada en vigor o entrada en funcionamiento;
- iii) diferencias;
- iv) modificaciones;

c) las circunstancias en torno a la celebración del acuerdo;

d) los actos subsiguientes de los participantes en el acuerdo.

3.6 Elementos indicativos de un contrato: En los casos en que los participantes en el acuerdo no especifiquen su condición o no lleguen a un acuerdo de otra forma al respecto, cierto lenguaje podría indicar la existencia de un contrato, en particular una cláusula sobre el derecho que rige el acuerdo.

3.7 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.

ANEXO II

PROYECTO DE DIRECTRICES DE LA OEA PARA DIFERENCIAR ACUERDOS INTERNACIONALES (CON COMENTARIOS)

1. DEFINICIONES

1.1 **Acuerdo: Consentimiento mutuo de los participantes en un compromiso normativo.**

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 idea¹¹⁵. 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 Relator Especial de la Comisión de Derecho Internacional sobre el derecho de los tratados, J.L. Brierly, observó que la definición de tratados como “acuerdos” excluye las “declaraciones unilaterales”¹¹⁶. Por lo tanto, los acuerdos no surgen *sua sponte* de un solo agente, sino que son el producto de un intercambio o comunicación mutuos¹¹⁷. 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 formal¹¹⁸. Al vincular el acuerdo a un “consenso”, el concepto queda vinculado a la existencia de un “acuerdo de voluntades” o *consensus ad idem*¹¹⁹.

En segundo lugar, la mutualidad en sí no constituye un acuerdo; el *consensus ad idem* debe incorporar también 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 actos¹²⁰. Por supuesto, la precisión de los compromisos

¹¹⁵ Ninguno de los cuatro relatores especiales de la Comisión de Derecho Internacional definió lo que significaba un “acuerdo”. Véanse J.L. Brierly, *Primer informe sobre el derecho relativo a los tratados*, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional (1950), volumen II, 227 (19-20); Hersch Lauterpacht, *Primer informe sobre el derecho relativo a los tratados*, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional (1953), volumen II, 90, 93-94 (art. 1); Gerald G. Fitzmaurice, *Primer informe sobre el derecho relativo a los tratados*, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional (1956), volumen II, 117; Henry Waldock, *Primer informe sobre el derecho relativo a los tratados*, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional (1962), volumen II, 31 (párr. 1[a]).

¹¹⁶ Brierly, *supra*, nota 115, en 227 (19-20).

¹¹⁷ 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).

¹¹⁸ Anuario de la Comisión de Derecho Internacional (1950), volumen. II, 227, 19-20.

¹¹⁹ Mark E. Villiger. *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties* 77 (2009) (el término “acuerdo” puede referirse a i) lo concreto; por ejemplo, un texto escrito particular, o ii) lo abstracto; por ejemplo, el “acuerdo de voluntades”, que consiste en una oferta y su aceptación entre las partes (el *senalagma*); el término “acuerdo” en el apartado 2(1)(a), en sí no implica requisitos particulares y se refiere a lo abstracto); Kelvin Widdows, *What is an Agreement in International Law?*, 50 British Ybk Int’l L. 117, 119 (1979) (el primer elemento de un tratado es el acuerdo, el “consensus ad idem”); J.L. Weinstein, *Exchange of Notes*, 29 British Ybk Int’l L. 205, 226 (1952) (el consenso de las partes, no el instrumento, es la esencia del acuerdo, independientemente de la forma que tome).

¹²⁰ Véase, por ejemplo, Hollis y Newcomer, *supra*, nota 117, en 522; Klabbbers, *supra*, nota 117, en 51-53; Kal

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* teniendo en cuenta todas las circunstancias. La mutualidad 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 participante (u otros participantes)¹²¹.

1.2 Tratado: Acuerdo internacional 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 o registro.

Comentario: La definición de tratado que se usa en las *Directrices* deriva de la que consta en el apartado 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 particular¹²².

Esta definición está ampliamente aceptada. La Corte Internacional de Justicia (CIJ) ha señalado que refleja el derecho internacional consuetudinario¹²³, la mayoría de los Estados la refrendan¹²⁴ y los expertos la citan con frecuencia al definir el concepto de tratado¹²⁵.

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 cuestiona seriamente el hecho de que los acuerdos con organizaciones internacionales o entre ellas también puedan reunir las condiciones para ser considerados como tratados¹²⁶. En la definición que consta en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados también se

Raustiala, *Form and Substance in International Agreements*, 99 Am. J. Int'l L. 581, 584–85 (2005).

¹²¹ Véase Duncan B. Hollis. *Defining Treaties*, en *The Oxford Guide to Treaties* 20 (Duncan B. Hollis, ed., 2012).

¹²² 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(a).

¹²³ Véase *Fronteras terrestres y marítimas entre el Camerún y Nigeria (El Camerún contra Nigeria; intervención de Guinea Ecuatorial)* [2002] Informe de la CIJ 249, 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).

¹²⁴ Duncan B. Hollis. *Acuerdos vinculantes y no vinculantes: segundo informe*, OEA/Ser. Q, CJI/doc.553/18 (6 febrero 2018) en 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*, en *National 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).

¹²⁵ Véase, por ejemplo, Anthony Aust, *Modern Treaty Law & Practice* 14 (3ª ed., 2013); Malgosia Fitzmaurice y Olufemi Elias. *Contemporary Issues in the Law of Treaties* 6-25 (2005); Klabbbers, *supra*, nota 117, en 40.

¹²⁶ 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).

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 serios¹²⁷.

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) se rige por el derecho internacional, independientemente de f) su designación o g) registro.

- a) *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 tratados¹²⁸. 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 o a la base jurídica internacional de las obligaciones resultantes¹²⁹.
- b) ... *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 por el instrumento en el marco del derecho internacional¹³⁰. 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 firma¹³¹. 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

¹²⁷ 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 119, en 200.

¹²⁸ Véase Villiger. *supra*, nota 119, en 77. Este punto se reiteró durante todo el trabajo preparatorio de la Comisión de Derecho Internacional. Véase Brierly. *Primer informe*, *supra*, nota 115, en 227, 19; Henry Waldock. *Cuarto informe sobre el derecho relativo a los tratados*, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional (1965), vol. II, 11, 1; Anuario de la Comisión de Derecho Internacional (1965), vol. I, 10, 10 (Briggs).

¹²⁹ Esto se deduce de lo que Waldock entendía inicialmente. Waldock. *Primer informe*, *supra*, nota 115, en 31 (apartado 1[a]); véase también Villiger, *supra*, nota 119, en 78.

¹³⁰ Waldock adoptó el segundo punto de vista. Waldock. *Primer informe*, *supra*, nota 115, en 30, 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*, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional (1951), volumen II, 70-71; véase también Villiger, *supra*, nota 119, en 78-9.

¹³¹ 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 (11 a 18) en los cuales se explican las diversas formas de manifestar el consentimiento en obligarse. En la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1986 se adopta el mismo enfoque. Véase Richard Gardiner. *Treaty Interpretation* 232-33 (2ª ed., 2015); Aust, *supra*, nota 125, en 86.

vaya a entrar en vigor)¹³². La celebración y la entrada en vigor no son sinónimos¹³³. Por lo tanto, es importante distinguir los efectos jurídicos que surgen cuando un tratado existe meramente a partir de los efectos que tiene cuando entra en vigor (por ejemplo, el principio de *pacta sunt servanda* se aplica solamente al segundo subconjunto de tratados)¹³⁴.

- c) ... *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). La finalidad de la referencia en las *Directrices* a “sujetos apropiados” es incorporar la posibilidad de la celebración de algunos tratados por quienes Henry Waldock llama “otros sujetos de derecho internacional”¹³⁵. Esta categoría podría abarcar entidades tales como organizaciones internacionales, grupos insurgentes y territorios de ultramar¹³⁶. El adjetivo “apropiados” se usa para reconocer que no todas las entidades que aspiran a ser un sujeto de derecho internacional reúnen los requisitos para serlo. Algunos Estados afirman que una institución del Estado debería 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* resolver esta controversia. Por lo tanto, simplemente se incluyen las instituciones del Estado entre los agentes que celebran tratados, sin aclarar si pueden hacerlo de forma independiente o solo como agentes de un Estado.
- d) ... *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 forma¹³⁷. Por ejemplo, no se exige que los tratados se firmen¹³⁸ ni que se publiquen¹³⁹. 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

¹³² 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 entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, de 1986, *supra*, nota 126 (todavía no ha entrado en vigor).

¹³³ Aust, *supra*, nota 125, en 86; Villiger, *supra*, nota 119, en 79.

¹³⁴ Véase, por ejemplo, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, párr. 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).

¹³⁵ Waldock. *Primer informe*, *supra*, nota 115, en 30 (en el párrafo 1[a] se define un “acuerdo internacional” como “todo acuerdo destinado a regirse por el derecho internacional y concluido entre dos o más Estados *u otros sujetos de derecho internacional*”) (énfasis añadido).

¹³⁶ 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).

¹³⁷ Aust, *supra*, nota 125, en 16.

¹³⁸ Gautier, *supra*, nota 127, en 38; Aust, *supra*, nota 125, en 20-21; *Caso de las plantas de celulosa sobre el río Uruguay (Argentina c. Uruguay)* (Fallo, 20 de abril de 2010) (2010) Informe de la CIJ 132-50 (donde un comunicado de prensa conjunto sin firmar se considera como un “acuerdo”).

¹³⁹ Fitzmaurice y Elias, *supra*, nota 125, en 23-24; Klabbers, *supra*, nota 117, en 85-86.

en medios sociales (por ejemplo, Twitter), también pueden ofrecer mecanismos para el registro de futuros tratados¹⁴⁰.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados excluye los acuerdos verbales de su ámbito (principalmente por razones prácticas)¹⁴¹. En la actualidad, muchos Estados, pero no todos, entienden que el derecho consuetudinario internacional contempla los tratados verbales¹⁴². De acuerdo con el derecho interno de Estados Unidos, por ejemplo, los acuerdos internacionales verbales, una vez celebrados, deben consignarse por escrito¹⁴³. 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 posteriormente por escrito.

- e) ... y se rige por el derecho internacional... Este es el criterio esencial de la definición de tratado. En términos sencillos, los tratados son acuerdos regidos por el derecho internacional. Sin embargo, la dificultad radica en entender qué quiere decir esta frase. El uso del calificativo “regidos por el derecho internacional” distingue los tratados 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)¹⁴⁴, 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 concepto¹⁴⁵. Como se verá más adelante, los Estados y los expertos no han resuelto por

¹⁴⁰ Aust, *supra*, nota 125, en 16 (donde se apoya la idea de que podría celebrarse un tratado por correo electrónico).

¹⁴¹ 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), volumen II, 208 (7).

¹⁴² Véase, por ejemplo, Hollis. *A Comparative Approach*, *supra*, nota 124, en 12-13 (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); German Cavelier, *Colombia*, en *National Treaty Law & Practice* 196 (Duncan B. Hollis et al., eds., 2005) (Colombia no se obliga por acuerdos verbales debido a los requisitos internos de promulgación); K. Thakore, *India*, en *National Treaty Law & Practice* 9 (Duncan B. Hollis et al., eds., 2005) 352 (en la India no se recurre a acuerdos verbales); Neville Botha, *South Africa*, en *National Treaty Law & Practice* 9 (Duncan B. Hollis., eds., 2005) 583 (ni en el derecho ni en la práctica de Sudáfrica se prevén los acuerdos verbales, que carecen de autorización oficial).

¹⁴³ Véase 1 U.S.C. §112b.

¹⁴⁴ 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), volumen II, 189, 6; Anuario de la Comisión de Derecho Internacional (1959), volumen II, 95, 3; Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho de los tratados, *Documentos oficiales, Documentos de la conferencia*, A/CONF.39/11/Add.2, 9, 6 (“Conferencia de Viena, Documentos oficiales”). Sobre la distinción entre tratados y compromisos políticos, véanse Anuario de la Comisión de Derecho Internacional (1959), volumen II, 96-97, 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 111-112; Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho de los tratados, *Actas resumidas del primer período de sesiones*, A/CONF.39/11, 23, 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, 65.

¹⁴⁵ 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, 102, 3 (“la Comisión estimó que el que un tratado

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 la definición de tratado implica una oscilación entre enfoques subjetivos y objetivos¹⁴⁶.

- f) ... *independientemente de su designación*... En el derecho internacional no se ha impuesto ningún requisito de forma o formalidad para la celebración de tratados¹⁴⁷. Por lo tanto, no es necesario que un tratado se titule “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 pesar de las diferencias en el formato de los acuerdos. En *Qatar contra 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 tratado¹⁴⁸. 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 partes¹⁴⁹.

A lo sumo, el título de un acuerdo puede proporcionar una indicación de las intenciones de los autores (lo cual, claro está, parte del supuesto de que la intención es pertinente para determinar que un acuerdo tiene la condición de tratado). 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 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 tratados¹⁵⁰.

- g) ... *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

[...] se rija por el derecho internacional era un elemento tan esencial que había que mencionarlo expresamente en cualquier definición o explicación”).

¹⁴⁶ Martti Koskeniemi. *Theory: implications for the practitioner*, en *Theory and international law: an introduction* 19-20 (Philip Allott et al., eds., 1991).

¹⁴⁷ Véase, 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) 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 331 (la terminología no es un factor determinante de la índole de un acuerdo internacional).

¹⁴⁸ *Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein (Qatar contra Bahrein)* (competencia y admisibilidad) (1994) Informe de la CIJ 112, 21-30.

¹⁴⁹ *Caso de las plantas de celulosa, supra*, nota ¹³⁸, en 138.

¹⁵⁰ Otra posibilidad es que los Estados 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 que no eran vinculantes. Véase J. McNeill, *International Agreements: Recent US-UK Practice Concerning the Memorandum of Understanding*, 88 Am. J. Int'l L. 821 (1994).

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”¹⁵¹. ¿Significa esto que los que no han sido registrados no son tratados? La respuesta parece ser claramente que no¹⁵². Ni en la Carta de las Naciones Unidas ni en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados se vincula explícitamente el 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 confiere al instrumento la condición de tratado o acuerdo internacional si todavía no la tiene¹⁵³. Por consiguiente, el registro de un acuerdo, igual que su título, a lo sumo puede dar una idea de la intención del Estado que lo registró de considerarlo como un tratado. Como otros Estados no monitorean regularmente el registro de tratados, este trámite no revela mucho acerca de los puntos de vista de otros Estados partes. 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 contra 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 partes¹⁵⁴.

1.3 **Compromiso político: Acuerdo que no es jurídicamente vinculante celebrado entre Estados, instituciones del Estado u otros agentes 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 compromisos políticos que goce de aceptación generalizada. No obstante, los Estados y los expertos han reconocido estos acuerdos 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 políticos¹⁵⁵. El rótulo “compromiso político” capta todas estas variaciones en la medida en que se refieran a acuerdos desprovistos de fuerza jurídica.

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 jurídica¹⁵⁶. El

¹⁵¹ Carta de las Naciones Unidas, párr. 102(1); véase también Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, párr. 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.

¹⁵² Accord Aust, *supra*, nota 125, en 302-03; Fitzmaurice y Elias, *supra*, nota 125, en 23; Klabbbers, *supra*, nota 117, 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).

¹⁵³ 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.

¹⁵⁴ *Qatar contra Bahrein*, *supra*, nota 148, 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 de Heathrow de considerar que no era jurídicamente vinculante. *Award on the First Question, US/UK Arbitration concerning Heathrow Airport User Charges* (1992) ch 5 155, 6.5.

¹⁵⁵ Véase Klabbbers, *supra*, nota 117, en 18; véase también Hollis y Newcomer, *supra*, nota 117, en 516-24; Michael Bothe, *Legal and Non-Legal Norms—A Meaningful Distinction in International Relations*, 11 Neth. Y.B. Int'l L. 65, 95 (1980).

¹⁵⁶ Véanse, por ejemplo, Aust, *supra*, nota 125, en 28-29, 35-39; McNair, *supra*, nota 126, en 6 (donde se indica que, con frecuencia, los jefes de Estado o ministros debidamente facultados acuerdan en formular declaraciones de

cumplimiento de estos compromisos no emana del derecho, sino de un sentido de deber moral o de las relaciones políticas en las cuales se originó el acuerdo. Son diferentes de los acuerdos regidos por el derecho, sea 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 apropiada¹⁵⁷.

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 frase “*soft law*” tiene varios significados, básicamente se refiere al derecho no como un fenómeno binario en el cual algo es o no es la ley, sino como una gama de distintos grados de obligatoriedad o exigibilidad que van de lo indicativo a lo imperativo¹⁵⁸. 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 cumplimiento¹⁵⁹. Los compromisos políticos implican acuerdos sobre normas del primer tipo, no del segundo.

política que consideran moral y políticamente vinculantes, pero que no crean obligaciones entre sus Estados); Bothe, *supra*, nota 155, en 66 (donde se usa un enfoque empírico para revelar la práctica del compromiso político); Paul Reuter, *An Introduction to the Law of Treaties* 74 (J. Mico y P. Haggemacher, trans., 1989). Pero véanse Klabbers, *supra*, nota 117, en 119 (si los Estados quieren obligarse, no tienen ninguna opción fuera de obligarse jurídicamente) e Ian Sinclair, *Book Review—The Concept of Treaty in International Law*, 81 Am. J. Int'l L. 748 (1997) (donde se pone en tela de juicio la opinión de Klabbers).

¹⁵⁷ *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).

¹⁵⁸ Véase, 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 y Comp. L. Q. 850, 865-66 (1989).

¹⁵⁹ 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).

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 subnacionales¹⁶⁰. 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 tratados¹⁶¹. Por lo tanto, la definición de compromiso político abarca los demás agentes 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 agentes en un marco de múltiples partes interesadas.

1.4 **Contrato: Acuerdo regido por el derecho nacional.**

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 la celebración, interpretación y operación del contrato¹⁶².

Los contratos por lo general se definen como acuerdos entre agentes privados (empresas o particulares) que se rigen por el ordenamiento jurídico interno pertinente¹⁶³. Sin embargo, tal como ha reconocido la Comisión de Derecho Internacional, los Estados pueden optar por usar leyes que no sean el derecho internacional para que rijan sus acuerdos¹⁶⁴. Por lo tanto, los agentes públicos, sean el Estado en conjunto o sus diversas instituciones, pueden optar por celebrar sus acuerdos en forma de contratos.

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 contratos¹⁶⁵. Por lo tanto, existe la posibilidad de que los Estados deseen crear un contrato que

¹⁶⁰ Véase Duncan B. Hollis. *Unpacking the Compact Clause*, 88 Texas L. Rev. 741 (2010) (donde se analizan acuerdos de Estados Unidos celebrados con otros Estados y se señala que han adoptado con entusiasmo la forma del compromiso político).

¹⁶¹ Véase Hollis y Newcomer, *supra*, nota 117, en 521.

¹⁶² Widdows, *supra*, nota 119, en 144-49. El hecho de que un contrato se rija por el derecho interno no significa que nunca pueda tener un efecto jurídico internacional. Según las circunstancias, la infracción de un contrato por el Estado puede generar responsabilidad jurídica internacional. 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, 102, 3.

¹⁶³ El ordenamiento jurídico de cada nación dicta qué contratos están bajo su jurisdicción, ya sea porque las partes eligen ese ordenamiento jurídico o debido a los contactos de dicho ordenamiento con las partes. En los casos de contratos entre agentes de distintos Estados, varios Estados pueden asumir jurisdicción sobre el acuerdo. En esos casos, las reglas sobre conflicto de leyes dictan qué ordenamiento jurídico interno tiene prioridad en casos de conflicto.

¹⁶⁴ Anuario de la Comisión de Derecho Internacional (1966), vol. II, 189 [6].

¹⁶⁵ 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*

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 acuerdo¹⁶⁶.

1.5 Acuerdo interinstitucional: Acuerdo celebrado entre dos o más instituciones del Estado, entre ellas ministerios nacionales o unidades territoriales subnacionales. Según sus condiciones y las circunstancias del caso, 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 frase “acuerdo interinstitucional” para referirse a acuerdos 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”¹⁶⁷. 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”¹⁶⁸.

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. Para algunos Estados, como México, los acuerdos interinstitucionales están “regidos por el derecho internacional público”, con lo cual constituyen tratados de acuerdo con la definición del término en estas *Directrices*¹⁶⁹. Ecuador, en 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”¹⁷⁰. Otros Estados adoptan un enfoque híbrido. En Uruguay,

Jurídicos, Secretaría General de la OEA, No. 635-18/MPP/OEA (12 de junio de 2018) (en adelante “Respuesta de Paraguay”).

¹⁶⁶ Lauterpacht opinaba lo mismo, igual que la Comisión de Derecho Internacional, por lo menos al principio. Lauterpacht, *Primer informe, supra*, nota 115, 100; Anuario de la Comisión de Derecho Internacional (1959), volumen II, 95.

¹⁶⁷ 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).

¹⁶⁸ 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 124, en 14.

¹⁶⁹ México, *Ley sobre la Celebración de Tratados de 1992, supra*, nota 167. Esto difiere de la forma en que algunos Estados definen el concepto de tratado internamente. Tanto en México como en Estados Unidos, por ejemplo, solamente los instrumentos que reciben aprobación del parlamento se denominan tratados, a pesar de que ambos Estados celebran otros “acuerdos internacionales” que reunirían las condiciones para ser considerados como tratados de conformidad con el derecho internacional. Por lo tanto, podríamos referirnos a ciertos acuerdos interinstitucionales como tratados en el sentido de la frase que se utiliza en el derecho internacional, a pesar de que, como cuestión de derecho constitucional, no puedan tener ese título.

¹⁷⁰ República del Ecuador, Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, *Cuestionario “Acuerdos vinculantes y no vinculantes”* (en adelante “Respuesta de Ecuador”) (énfasis añadido); Hollis, *Segundo informe, supra*, nota 124, en 13.

los acuerdos interinstitucionales pueden ser vinculantes o no vinculantes¹⁷¹. Perú afirma que los acuerdos interinstitucionales “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 contratos¹⁷². 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”¹⁷³. Estados Unidos, entretanto, indica que sus ministerios nacionales pueden celebrar acuerdos interinstitucionales que pueden ser tratados, compromisos políticos “no vinculantes” o contratos¹⁷⁴.

La diversidad de prácticas de los Estados muestra que los acuerdos interinstitucionales no pueden definirse exclusivamente como tratados, compromisos políticos o contratos. 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.

2. CAPACIDAD PARA CELEBRAR ACUERDOS INTERNACIONALES

2.1 **Capacidad de los Estados para celebrar tratados: Cualquier Estado puede celebrar un tratado de conformidad con los términos del tratado y cualesquiera leyes y procedimientos internos que tenga para autorizar al Estado a dar su consentimiento en obligarse.**

¹⁷¹ 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 (“Respuesta de Panamá”).

¹⁷² Respuesta de Perú, supra, nota 168 (donde se cita el artículo 6 del Decreto Supremo N° 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”. Íd.

¹⁷³ 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”) (énfasis añadido).

¹⁷⁴ Véase Estados Unidos, *Informe del Comité Jurídico Interamericano: Cuestionario para los Estados Miembros (en adelante “Respuesta de Estados Unidos”)* (“Los departamentos y organismos de Estados Unidos pueden firmar acuerdos con organismos 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 organismos de Estados Unidos también suscriben instrumentos y contratos que no son jurídicamente vinculantes, regidos por el derecho interno, con organismos 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. Íd. Argentina, en cambio, permite que sus unidades territoriales subnacionales celebren tratados, pero deniega tal capacidad a sus ministerios u organismos nacionales. Argentina, *Respuesta cuestionario OEA - Acuerdos vinculantes y no vinculantes (en adelante “Respuesta de Argentina”)*.

Comentario: En virtud de su soberanía, todos los Estados tienen capacidad para suscribir tratados¹⁷⁵. 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 celebración de tratados por Estados. 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 particular¹⁷⁶ o solamente de Estados que realizan una actividad específica¹⁷⁷. Los Estados tienen capacidad para adherirse solo si los términos del tratado lo permiten¹⁷⁸.

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 nunca o casi nunca pueden anular el consentimiento del Estado en obligarse por un tratado en particular¹⁷⁹. No 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 las posibles partes del 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

¹⁷⁵ Véase, por ejemplo, *Vapor “Wimbledon” (Gran Bretaña c. Alemania)* (1923) Informe de la Corte Permanente de Justicia Internacional, Serie A, Número 1, en 25, 35 (“el derecho a asumir compromisos internacionales es un atributo de la soberanía del Estado”).

¹⁷⁶ 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).

¹⁷⁷ Véase Constitución de la Asociación de Países Productores de Caucho Natural (1968) 1045 UNTS 173, 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”).

¹⁷⁸ 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.

¹⁷⁹ Véase Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, párr. 46(1) (“El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifiesto 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. Véase *Fronteras terrestres y marítimas entre el Camerún y Nigeria (El Camerún contra Nigeria; intervención de Guinea Ecuatorial)* (2002), Informe de la CIJ 265-67; Klabbers, *supra*, nota 117, 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).

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 todas las partes 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 Estado¹⁸⁰. No obstante, las instituciones del Estado, sean ministerios nacionales o unidades territoriales subnacionales, evidentemente no suscriben instrumentos que por lo menos algunos Estados (entre ellos los Estados de las cuales estas instituciones forman parte) consideran como tratados¹⁸¹. ¿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, la práctica internacional sugiere que se cumplan 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 las posibles partes del tratado estén dispuestas a celebrar un tratado con la institución¹⁸².

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 hacerlo¹⁸³. 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 tratados¹⁸⁴. Otros Estados autorizan a categorías particulares de instituciones a celebrar tratados (o les deniegan la autorización). Por ejemplo, varios Estados de la región (como Estados Unidos, Jamaica y Panamá) permiten que sus

¹⁸⁰ Compárese con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1986, *supra*, nota 126.

¹⁸¹ Véase, por ejemplo, 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, 146-47 (2005).

¹⁸² 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), volumen. I, 59, 20 (Briggs) (donde se menciona una prueba similar de dos partes); Grant, *supra*, nota 136, en 131.

¹⁸³ Véase *Respuesta de Paraguay*, *supra*, nota 165 (“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”).

¹⁸⁴ Véase *supra*, nota 167, y el texto acompañante.

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 tratados¹⁸⁵. Entretanto, hay algunos Estados, como Argentina, que autorizan a sus unidades territoriales subnacionales a celebrar ciertos tipos de tratados, pero les deniegan esa facultad a los ministerios¹⁸⁶. Otros Estados, en cambio, no autorizan a las unidades territoriales subnacionales a celebrar ningún tipo de tratado¹⁸⁷.

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 competencia¹⁸⁸. Otros, como México, han establecido en una ley el procedimiento para autorizar a 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

¹⁸⁵ Hollis. *Segundo informe, supra*, nota 124, en 24-25; véase Respuesta de Panamá, *supra*, nota 171.

¹⁸⁶ Véase Respuesta de Argentina, *supra*, nota 174 (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”).

¹⁸⁷ 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).

¹⁸⁸ Véase, 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), párr. 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 tratados sólo tendrán eficacia después de haber recibido el asentimiento del Consejo”); Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949 (rev. 2014), párr. 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), párr. 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 Nikravesh, *Quebec and Tatarstan in International Law*, 23 *Fletcher F. World Aff.* 227, 239 (1999).

pensiones de Quebec¹⁸⁹, y en 1986 Estados Unidos autorizó a Puerto Rico a incorporarse al Banco de Desarrollo del Caribe¹⁹⁰.

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 las posibles partes del 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).

Los Estados pueden optar por celebrar tratados bilaterales con una institución de otro Estado (o autorizar a una de sus instituciones para que lo haga). 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 la Convención¹⁹¹. El Acuerdo por el que se establece la 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”¹⁹².

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.

¹⁸⁹ 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.

¹⁹⁰ *Self-Governing and Non-Self-Governing Territories*, 1981-1988 Cumulative Digest, volumen 1, § 5, en 436, 438-40 (sobre el testimonio de Michael G. Kozak, a la sazón Asesor Jurídico Adjunto Principal del Departamento de Estado de los Estados Unidos, ante la Comisión sobre Asuntos Internos e Insulares de la Cámara de Representantes, el 17 de julio de 1986, acerca de las actividades internacionales de los territorios y commonwealths de Estados Unidos). Posteriormente, Puerto Rico se retiró del Banco.

¹⁹¹ Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, abierta a la firma el 10 de diciembre de 1982, arts. 305(1)(c)-(e), 306, 1833 UNTS.396, 517-18 (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”; 2) “[t]odos los Estados asociados autónomos [...] de conformidad con sus respectivos instrumentos de asociación”; y 3) “[t]odos los territorios que gocen de plena 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, arts. 1(2)(b), 37-40, 2167 UNTS 88, 90, 125-26.

¹⁹² Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, 15 de abril de 1994, art. XII, 1867 UNTS 3, 162.

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 tratados¹⁹³. Algunos Estados consideran claramente que sus ministerios nacionales o sus unidades territoriales subnacionales tienen tal capacidad. Otros deniegan con igual firmeza toda facultad de ese tipo 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 tipos de problemas es promover la transparencia y una mejor comprensión de la capacidad respectiva de los participantes en un acuerdo. Por lo tanto, como buena práctica, 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 verificaba que sus unidades territoriales subnacionales tenían la competencia y la potestad necesarias para celebrar el tratado¹⁹⁴.

¿Qué ocurre si el Estado no puede confirmar la capacidad de la institución para celebrar tratados? El Estado podría optar por no celebrar el tratado o podría modificarlo a fin de celebrarlo con el Estado extranjero responsable por la institución en cuestión. De esta forma, 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 Caimán¹⁹⁵. 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 propio¹⁹⁶.

¿Pueden las instituciones del Estado celebrar tratados con partes que estén dispuestas a hacerlo aunque no estén facultadas de conformidad con el derecho interno? No parece haber ninguna base jurídica para que lo hagan. Sin embargo, hay indicios sustanciales de la celebración de acuerdos interinstitucionales sin una clara autorización¹⁹⁷. Muchos de estos acuerdos probablemente se consideren como compromisos políticos o contratos, pero algunos de hecho

¹⁹³ Véase *supra*, notas 169-174, y el texto acompañante. Esta confusión probablemente se extienda a los acuerdos entre un Estado y una institución de otro Estado.

¹⁹⁴ 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).

¹⁹⁵ 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.

¹⁹⁶ 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.

¹⁹⁷ Véase Hollis. *Unpacking the Compact Clause, supra*, nota 160 (donde se mencionan 340 acuerdos celebrados por estados de los Estados Unidos con potencias extranjeras).

podrían encuadrarse desde otros puntos de vista 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 oponerse a ciertos proyectos de transferencia de agua entre cuencas previstos en las leyes federales de Estados Unidos¹⁹⁸. Otros Estados soberanos han tenido problemas similares. Según se informa, antes de fines del siglo XX, por ejemplo, Quebec había celebrado alrededor de 230 *ententes* con gobiernos extranjeros, casi 60% de ellas con otros Estados¹⁹⁹. Actualmente, no parece ser una buena práctica considerar estos acuerdos como tratados, 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 pueden 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 agentes que puedan celebrarlos. Asimismo, en los ordenamientos jurídicos internos generalmente no se reglamentan los agentes que pueden celebrar estos compromisos²⁰⁰. 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 o ninguna experiencia con la reglamentación de la capacidad para celebrar compromisos políticos en nombre del 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)²⁰¹. 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 los compromisos políticos. Por ejemplo, como parte de la controversia en torno al Plan de Acción Integral Conjunto, el Congreso de Estados Unidos aprobó la Ley de Revisión del Acuerdo Nuclear con Irán, según la cual el presidente de Estados Unidos debe someter “todo acuerdo con Irán” (no solo un acuerdo jurídicamente vinculante) al Congreso para su examen y

¹⁹⁸ 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 179-98.

¹⁹⁹ Nikraves, *supra*, nota 188, en 239. Asimismo, se afirma que Francia considera que sus *ententes* con Quebec se rigen por el derecho internacional. Íd. en 242.

²⁰⁰ 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.

²⁰¹ Respuesta de Colombia, *supra*, nota 187. 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. Íd.

para que el Congreso tenga la oportunidad de rechazarlo²⁰². 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 rechazó²⁰³. Perú y Ecuador 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 instituciones²⁰⁴.

2.5 Capacidad para celebrar contratos entre Estados: Un Estado puede celebrar un contrato con otro Estado que esté dispuesto a hacerlo de conformidad con los requisitos del 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 Estados²⁰⁵. Al mismo tiempo, otros Estados afirman que no celebran acuerdos de ese tipo²⁰⁶. 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 ese tipo.

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 del derecho aplicable podría limitar la frecuencia de estos acuerdos, ya que se requiere que por lo menos uno de los Estados contratantes (o ambos) se avenga a la aplicación de un derecho interno que no sea el propio. Asimismo, la capacidad para contratar es una función del derecho contractual. Cada ordenamiento jurídico interno tiene sus propias normas con respecto a quiénes pueden celebrar un contrato y sobre qué temas. Por consiguiente, la capacidad de un Estado para celebrar 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 puede celebrar un contrato con una institución de otro Estado que esté dispuesta a hacerlo en los casos en que su derecho interno lo autorice.

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

²⁰² Véase Pub. L. No. 114-17, 129 Stat. 201 (2015). El Plan de Acción Integral Conjunto es 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 Estados Unidos, denunció el Plan de Acción Integral Conjunto el 8 de mayo de 2018.

²⁰³ 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).

²⁰⁴ Respuesta de Perú, *supra*, nota 168 (la evaluación de los compromisos políticos que realiza el Ministerio de Relaciones Exteriores “se centra en verificar su consistencia con la política exterior así como la redacción”); véase también Respuesta de Ecuador, *supra*, nota 170.

²⁰⁵ En la respuesta al cuestionario de la OEA, Ecuador, Estados Unidos, Jamaica y México reconocieron que es posible celebrar acuerdos de ese tipo. Véase Hollis, *Segundo informe, supra*, nota 124, 15; véase también Anuario de la Comisión de Derecho Internacional (1966), volumen II, 189 [6].

²⁰⁶ Hollis. *Segundo informe, supra*, nota 124, 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).

capacidad de sus instituciones para celebrar contratos con otros Estados²⁰⁷. 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”²⁰⁸.

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)”²⁰⁹. Perú y Ecuador tienen leyes en materia de adquisiciones que disponen autorizaciones y condiciones similares para los contratos de instituciones del Estado²¹⁰.

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 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 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 Estados Unidos para regir el presente Acuerdo con cualquier fin, incluida la determinación de la validez de este Acuerdo”²¹¹. Asimismo, 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).

3. MÉTODOS DE IDENTIFICACIÓN

3.1 Determinación de la existencia de un acuerdo: Se puede demostrar la existencia de un acuerdo en los casos en que todos los participantes acepten su existencia o considerando los términos utilizados en la práctica y las circunstancias particulares de las cuales hayan surgido dichos términos.

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,

²⁰⁷ Véase Hollis. *Segundo informe, supra*, nota 124, 30 (Argentina, Colombia y Perú afirmaron que no celebran contratos con otros Estados, pero tienen mucha experiencia con contratos interinstitucionales).

²⁰⁸ Íd. en 30.

²⁰⁹ Véase *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).

²¹⁰ Hollis. *Segundo informe, supra*, nota 124, 15, 30.

²¹¹ Un pasaje del contrato, incluido el artículo 9, se reimprime en Barry Carter et al., *International Law* 86-87 (7ª ed., 2018).

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?

¿Cómo pueden los Estados y otros concluir el primer paso y confirmar la existencia de un acuerdo? En algunos casos, los participantes optan por la vía fácil y admiten conjuntamente su existencia. 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 (por ejemplo, si se regía por el derecho internacional) o no²¹². 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”²¹³.

En otros casos, es posible que no todos los participantes acepten la existencia de un acuerdo. En el caso del *Mar Egeo*, Grecia y Turquía impugnaban la existencia de un acuerdo y, de modo subsidiario, negaban que fuese jurídicamente vinculante. La CIJ recalcó que, en estos casos, hay que examinar el texto escrito para encontrar un acuerdo, teniendo en cuenta sobre todo *sus términos reales y las circunstancias particulares* en las cuales fue redactado²¹⁴. Ese análisis proporciona un marco útil para determinar las condiciones de cualquier acuerdo; por ejemplo, mutualidad y compromiso. En el caso del *Mar Egeo*, 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 Corte²¹⁵. La CIJ reafirmó este enfoque en *Qatar contra 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 consentimiento²¹⁶. 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 acuerdo²¹⁷.

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 acuerdo²¹⁸. Los tribunales internacionales también se

²¹² Véase *Caso de las plantas de celulosa*, *supra*, nota 138, en 132-33.

²¹³ *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, 156.

²¹⁴ *Caso de la Plataforma Continental del Mar Egeo (Grecia contra Turquía)*, Fallo (1978), Informe de la CIJ 3 (19 de diciembre) 95 (énfasis añadido).

²¹⁵ *Íd.* en 107.

²¹⁶ *Qatar c. Bahrein*, *supra*, nota 148, en 24.

²¹⁷ *Caso relativo a la Isla de Kasikili/Sedudu (Botswana contra Namibia)*, Fallo (1999), Informe de la CIJ 1045 (15 de febrero), 63.

²¹⁸ *Delimitación de la frontera marítima entre Bangladesh y Myanmar en la Bahía de Bengala (Bangladesh v. Myanmar)* (Sentencia de 14 de marzo de 2012), 2012, Informe del TIDM 4, 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).

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 se rehusó a 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 consignado posteriormente en protocolos escritos entre ambos Estados²¹⁹. Análogamente, un tribunal de la Corte Permanente de Arbitraje se rehusó a 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 efecto²²⁰.

3.2 Determinación del tipo de acuerdo celebrado: En los casos en que haya un acuerdo internacional, el derecho internacional propone dos métodos para determinar si constituye un tratado, un compromiso político o un contrato.

- Primero, se puede identificar el tipo de acuerdo por medio de un análisis subjetivo o “de la intención”, según el cual las intenciones comunes de los participantes determinan si el acuerdo es vinculante o no (y, en caso de que sea vinculante, si es un tratado o un contrato).
- Segundo, se examinan la materia, el lenguaje y las cláusulas del acuerdo, aplicándole una prueba más “objetiva”, para determinar su condición independientemente de todo indicio de las intenciones de uno o más de los autores.

Ambos métodos suelen llevar a la misma conclusión en la medida en que ambos se centren en el texto, las circunstancias particulares y los actos subsiguientes. No obstante, existe el riesgo de que puedan llevar a conclusiones diferentes en ciertos casos. Por lo tanto, cualquiera que sea el método que un Estado o una institución del Estado use para clasificar sus propios acuerdos, el Estado o la institución debe tener en cuenta que los demás participantes (o terceros) podrían usar el otro método, creando el riesgo de que surjan puntos de vista incompatibles sobre la condición de un acuerdo.

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 tratados²²¹. Los delegados en la Conferencia de Viena estuvieron de acuerdo²²². En la

²¹⁹ Véase “*Hoshinmaru*” (*Japón c. Federación de Rusia*) (Pronta liberación, Sentencia) 2007 Informe del TIDM 18 (6 de agosto), 85-87.

²²⁰ *Salini Construttori S.p.A. e Italstrade S.p.A. c. El Reino Hachemita de Jordania*, Caso CIADI No. ARB/02/13, Laudo (31 de enero de 2006), 98.

²²¹ Anuario de la Comisión de Derecho Internacional (1966), vol. II, 208 (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 115, en 223, con Lauterpacht, *Primer informe, supra*, nota 115, en 93. El tercer Relator de la Comisión de Derecho Internacional, Sir Gerald Fitzmaurice, trató de combinar ambos enfoques, definiendo un tratado como un acuerdo cuya finalidad es crear derechos y obligaciones, establecer relaciones, regido por el derecho internacional. 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 115, 117.

²²² Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, Segundo período de sesiones, Actas resumidas de las sesiones plenarias, A/CONF.39/11, Add.1, 225 [13] (el Comité de Redacción “ha considerado

actualidad, la mayoría de los Estados (incluidos varios Estados Miembros de la OEA²²³), expertos y tribunales internacionales consideran la intención como *el* criterio esencial para determinar qué acuerdos son tratados²²⁴. Desde esta perspectiva, si las partes tienen la intención de que un acuerdo sea un tratado, es un tratado.

Sin embargo, la CIJ ha señalado que utilizaría un enfoque más objetivo para determinar en qué casos un acuerdo es un tratado (por ejemplo, si se rige por el derecho internacional). En *Qatar contra 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 intención²²⁵. La Corte consideró el acta aprobada como un tratado sobre la base de los “términos del instrumento en sí y las circunstancias de su celebración, no en una intención manifestada por las partes *a posteriori*”²²⁶. Algunos señalan que era posible que la Corte simplemente estuviera recalando la intención expresada en el acta aprobada a diferencia de declaraciones posteriores de la intención hecha en beneficio propio en previsión de un litigio²²⁷. 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

que la expresión « acuerdo ... regido por el derecho internacional » [...] ya abarca el elemento de la intención de crear derechos y obligaciones en derecho internacional”).

²²³ Véase Hollis. *Segundo informe, supra*, nota 124, 16 (cinco Estados Miembros —Brasil, Colombia, Estados Unidos, México y Perú— mencionaron específicamente la “intención” como criterio definitorio para identificar un tratado); véanse también Respuesta de Brasil, *supra*, nota 187 (se recurre a “la intención de las partes”); Respuesta de Colombia, *supra*, nota 187 (se busca la “manifestación, acuerdo o concurrencia de voluntades de los Estados para obligarse jurídicamente”); Respuesta de México, *supra*, nota 209 (“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 168 (donde se señalan las medidas para asegurar que el acuerdo constituya una constancia de “la voluntad concordante de los sujetos intervinientes”); Respuesta de Estados Unidos, *supra*, nota 174 (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”).

²²⁴ *Arbitraje sobre el Mar del Sur de China, supra*, nota 147, en 213 (para que un instrumento constituya un acuerdo vinculante, debe poner de manifiesto una intención clara de establecer derechos y obligaciones entre las partes); *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); Aust, *supra*, nota 125, en 20-21 (son los Estados negociadores quienes deciden si celebrarán un tratado u otra cosa); Klabbbers, *supra*, nota 117, 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 119, en 120-39.

²²⁵ *Qatar c. Bahrein, supra*, nota 148, en 27.

²²⁶ *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 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 contra Bahrein)*, Fallo (1995), Informe de la CIJ 6 (15 de febrero).

²²⁷ Aust, *supra*, nota 125, en 51-52; Widdows, *supra*, nota 119, 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).

un tratado o no²²⁸. En casos más recientes de la Corte (por ejemplo, el *Caso de las plantas de celulosa y Delimitación marítima en el Océano Índico*) se ha afianzado este enfoque objetivo²²⁹. Igualmente, varios Estados Miembros de la OEA han recalcado la estructura y el lenguaje utilizados en un texto como factores más determinantes de su condición jurídica (o de la ausencia de tal condición)²³⁰.

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 en un mundo donde podrían utilizarse distintos métodos para hacerlo. Con ese fin, es sumamente útil observar 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.

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 autores²³¹. 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; por ejemplo, cuando las manifestaciones externas de consentimiento difieren de las manifestadas en el lenguaje del documento. En el *Arbitraje sobre el Mar del Sur de China*, por ejemplo, el acuerdo contenía términos, como “se comprometen” y “acuerdan”, que en otros contextos se consideran como indicios objetivos de un tratado²³². 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 partes²³³ y se empeñó en dilucidar las intenciones de las partes. El enfoque objetivo de *Qatar contra Bahrein* o del *Caso de las plantas de celulosa* podría

²²⁸ Véase Christine Chinkin. *A Mirage in the Sand? Distinguishing Binding and Non-Binding Relations between States*, 10 Leiden J. Int'l L. 223, 236-37 (1997); Klabbers, *supra*, nota 117, en 212-216

²²⁹ Véanse, por ejemplo, *Caso de las plantas de celulosa*, *supra*, nota 138, en 128; *Delimitación marítima en el Océano Índico (Somalia c. Kenya)*, Fallo (2017), Informe de la CIJ ____ (2 de febrero), 42.

²³⁰ Véase, por ejemplo, Respuesta de Jamaica, *supra*, nota 82 (“El lenguaje utilizado en un acuerdo caracteriza el tipo de acuerdo”); Respuesta de Uruguay, *supra*, nota 80. 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. 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”).

²³¹ Véase, por ejemplo, Respuesta de Brasil, *supra*, nota 96 (“el vocabulario contenido en un instrumento es esencial”); Respuesta de Colombia, *supra*, nota 96 (“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 118 (donde se señalan conjugaciones verbales y términos que se utilizan para diferenciar tratados de acuerdos no vinculantes); Respuesta de Perú, *supra*, nota 77 (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 Uruguay, *supra*, nota 80; Respuesta de Estados Unidos, *supra*, nota 83.

²³² *Arbitraje sobre el Mar del Sur de China*, *supra*, nota 147, en 216.

²³³ Íd. 217-218. 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”. Íd. en 231, 242.

haber llevado a un resultado diferente; por ejemplo, a considerar que el lenguaje utilizado en el acuerdo en sí es suficientemente determinativo para que no sea necesario consultar los trabajos preparatorios u otras declaraciones de sus intenciones efectuadas por los Estados²³⁴.

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 infracción²³⁵. 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 tratados²³⁶. 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.

Debido a estas posibles dificultades, 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 tengan un punto de vista diferente. En consecuencia, 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.

Comentario: Una forma de mitigar el riesgo de controversias en torno al tipo de acuerdo alcanzado estriba en el control de los participantes, que pueden especificar un entendimiento común de la condición del acuerdo. En el curso de las negociaciones, los Estados pueden y probablemente deberían confirmar si los demás participantes tienen alguna duda con respecto al tipo de acuerdo previsto. Una constancia de que las partes mismas entendían que estaban celebrando un tratado, por ejemplo, puede reducir el riesgo de que más adelante surjan controversias en torno a la condición del instrumento.

Asimismo, los Estados y las instituciones del Estado pueden incluir texto en el acuerdo mismo para especificar su condición. Eso rara vez se hace en el texto de tratados, pero los Estados y sus instituciones usan texto regularmente para especificar su punto de vista común de que un acuerdo no es vinculante. En algunos casos, el título podría bastar como especificación, como en la atinadamente titulada *Declaración autorizada, sin fuerza jurídica obligatoria, de*

²³⁴ Véase *Qatar c. Bahrein, supra*, nota 148, en 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).

²³⁵ 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), UN Doc A/56/10 55 [3], art. 22.

²³⁶ Véase *supra*, nota 150 (donde se aborda el desacuerdo entre Estados Unidos y sus aliados sobre el carácter vinculante de ciertos memorandos de entendimiento).

*principios para un consenso mundial respecto de la ordenación, la conservación y el desarrollo sostenible de los bosques de todo tipo*²³⁷. La especificación podría efectuarse también por medio de una cláusula que rechace el rótulo de tratado. En 2010, por ejemplo, la República de Moldova y el estado estadounidense de Carolina del Norte celebraron un “Memorando de principios y procedimientos” sobre sus relaciones mutuas, en cuyo párrafo A se aclaraba: “El presente Memorando no crea ninguna **obligación que constituya un acuerdo jurídicamente vinculante de conformidad con el derecho internacional**”²³⁸. En otros casos, los participantes especifican la índole política de sus compromisos²³⁹. El caso más famoso es el de los Acuerdos de Helsinki, en los cuales se especifica que el acuerdo es un compromiso político, al señalar “que no cabe registrar en virtud de las disposiciones del Artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas”²⁴⁰. Sería aconsejable que los Estados de la región adoptaran prácticas de ese tipo para dejar en claro los casos en que entiendan que sus acuerdos no son vinculantes.

Al mismo tiempo, es importante reconocer la posibilidad de que los autores de los acuerdos no siempre tengan control completo sobre el tipo de acuerdo que celebran. Por ejemplo, si los participantes no tienen capacidad para celebrar tratados, no pueden crear un tratado aunque incluyan una cláusula en la cual afirmen que su acuerdo es un tratado. Además, cualesquiera que sean las especificaciones utilizadas, el derecho internacional puede denegar la condición de tratado a un acuerdo que resulte de coacción o que sea violatorio de una norma imperativa de derecho internacional general (*jus cogens*)²⁴¹. Asimismo, incluso si los Estados o sus instituciones le colocan el rótulo de contrato a su acuerdo, el derecho que rija al contrato será lo que menos influya en la procedencia de ese acto. Por último, queda pendiente la cuestión, que nunca ha sido tema de litigio, de si para ciertas materias se requiere la forma de tratado, independientemente de lo que opinen las partes²⁴².

3.4 Elementos indicativos de un tratado: En los casos en que los participantes en el acuerdo no especifiquen su condición o no lleguen a un acuerdo de otra forma al respecto, ciertos elementos pueden indicar la existencia de un tratado, entre ellos:

- a) el lenguaje utilizado en la práctica; por ejemplo:
 - i) el uso de verbos que denotan un compromiso, como “deberán”, “deben”, “acuerdan” o “se comprometen a”;
 - ii) la referencia a los autores del acuerdo como “partes”;

²³⁷ 31 ILM 882 (1992) (énfasis añadido).

²³⁸ *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)*, pasaje extraído de *The Oxford Guide to Treaties* 656 (D. Hollis, ed., 2012).

²³⁹ Véase, por ejemplo, *Political Declaration*, Alianza Internacional para la Acción Contra el Carbono (2007), en http://www.icapcarbonaction.com/index.php?option=com_content&view=article&id=12&Itemid=4; *Founding Act on Mutual Relations, Cooperation and Security between NATO and the Russian Federation*, 36 ILM 1006, 1 (1996) (donde se describe el acuerdo como un compromiso político duradero asumido en los más altos niveles políticos).

²⁴⁰ Acta Final de la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa de Helsinki (Acta Final de Helsinki) (1975) 14 ILM 1293.

²⁴¹ Véase, por ejemplo, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 52 (coacción) y 53 (norma imperativa de derecho internacional general).

²⁴² Cabe señalar, por ejemplo, la famosa sugerencia de Roberto Ago de que los compromisos relativos a ciertos temas (por ejemplo, límites territoriales) deberían ser tratados, independientemente de la intención de las partes. Anuario de la Comisión de Derecho Internacional (1962), vol. I, 52, 19.

- iii) un título tal como “Tratado” o “Acuerdo”;
 - iv) la referencia a los términos del acuerdo como “artículos”, “obligaciones” o “compromisos”;
 - v) adjetivos que califican el acuerdo de “vinculante”, “auténtico” o “fidedigno”;
- b) la inclusión de cláusulas sobre temas tales como los siguientes:
- i) consentimiento en obligarse;
 - ii) entrada en vigor;
 - iii) depositarios;
 - iv) modificación;
 - v) terminación;
 - vii) solución obligatoria de controversias;
- c) las circunstancias en torno a la celebración del acuerdo;
- d) los actos subsiguientes de los participantes en el acuerdo.

Comentario: Para distinguir entre tratados, compromisos políticos y contratos se requiere un examen exhaustivo del lenguaje utilizado, la presencia o ausencia de cláusulas específicas, las circunstancias en torno a la celebración del acuerdo y los actos subsiguientes de los participantes. Independientemente del método utilizado, todos estos elementos son pertinentes para la identificación de tratados.

Lenguaje. En la práctica, los Estados y los expertos han recurrido a ciertas fórmulas para determinar que un acuerdo es un tratado. En inglés, por ejemplo, el uso del auxiliar verbal “*shall*” sugiere enérgicamente que el compromiso es **vinculante**. Varios Estados Miembros han confirmado ese uso, junto con el de verbos como “deben” y “acuerdan” y términos como “parte” para referirse a los participantes en el acuerdo²⁴³. Por lo tanto, las *Directrices* ofrecen una lista no exhaustiva del tipo de lenguaje que suele usarse en tratados.

Es importante recalcar, sin embargo, que no hay “palabras mágicas” que garanticen la condición de tratado para un acuerdo. Para empezar, está la disparidad entre el método objetivo y el método de la intención que se abordan en la directriz 3.3. Los que están a favor del enfoque basado en la intención recalcan la importancia de un enfoque integral, en el cual hay que tener en cuenta todas las manifestaciones de la intención de una parte, en vez de permitir que el resultado dependa de una sola palabra o frase. Sin embargo, incluso aquellos que son partidarios de un análisis objetivo deberían proceder con cautela y no considerar un solo verbo o sustantivo como determinativo del resultado. De lo contrario, un redactor hábil podría imprimir un carácter facultativo a un lenguaje que en otros casos sería imperativo. Es importante, por ejemplo, ver si un verbo como “acordar” aparece solo (“acuerdan”) o forma parte de una frase como “tienen la intención de acordar” o “esperan acordar”. Por lo tanto, el lenguaje utilizado es un indicador importante de la condición del acuerdo, pero los lectores deben tener cuidado de no recurrir a un solo elemento probatorio para sacar conclusiones.

Cláusulas. Asimismo, ciertas cláusulas suelen ser habituales en el texto de tratados y, en consecuencia, su presencia podría ser indicativa de que un acuerdo reúne las condiciones para ser considerado como un tratado. Los tratados a menudo contienen disposiciones complejas sobre el consentimiento en obligarse, con opciones tales como la firma definitiva o la firma simple seguida de la ratificación, adhesión, aceptación o aprobación. Para la celebración de tratados por medio del intercambio de notas, hay una fórmula común surgida de la práctica de los Estados que ambas partes usan para manifestar su consentimiento en obligarse jurídicamente.

²⁴³ Hollis. *Segundo informe, supra*, nota 124, en 18.

Un ejemplo paradigmático es un intercambio de notas que tuvo lugar entre el Reino Unido y Uruguay. El Reino Unido concluyó su propuesta diciendo:

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 [...].

La respuesta de Uruguay fue:

Al respecto, cumpla en poner en conocimiento de Vuestra Excelencia la conformidad del Gobierno de la República Oriental del Uruguay con las disposiciones transcritas, por lo que la presente Nota y la de Vuestra Excelencia constituyen un Acuerdo entre nuestros dos Gobiernos que entrará en vigor el día de la fecha²⁴⁴.

En los tratados se usan comúnmente otras cláusulas “finales”, y las *Directrices* presentan una lista ilustrativa de aquellas cuya presencia podría ser indicativa de un tratado. Por ejemplo, el uso de una cláusula sobre la “entrada en vigor” es un indicador ampliamente reconocido de un tratado. En el caso de la *Delimitación marítima en el Océano Índico*, la CIJ determinó que “[l]a inclusión de una disposición relativa a la entrada en vigor del Memorando es indicativa del carácter vinculante del instrumento”²⁴⁵. Asimismo, los tratados por lo general contienen requisitos con respecto a avisos para la terminación o la denuncia (por ejemplo, aviso por escrito con seis o doce meses de anticipación).

No obstante, ninguna de estas cláusulas es esencial para la condición de tratado. En la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, por ejemplo, se reconoce la posibilidad de que un tratado no contenga una cláusula de denuncia o terminación y se establecen normas supletorias para esos casos²⁴⁶. Al mismo tiempo, igual que el tipo de lenguaje utilizado, la presencia de cualquiera de estas cláusulas es a lo sumo indicativa de un tratado; ninguna cláusula por sí sola puede garantizar la atribución de la condición de tratado a un acuerdo. Otras pruebas compensatorias, tanto dentro como fuera del acuerdo, podrían indicar la existencia de un compromiso político en vez de un tratado. Por ejemplo, de la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa (que ahora es la OSCE) emanó en 1986 un documento sobre medidas destinadas a fomentar la confianza y la seguridad y sobre desarme en Europa que decía que entraría “en vigor a partir del 1 de enero de 1987”, es decir, el tipo de cláusula de entrada en vigor generalmente vinculada a un tratado. Sin embargo, esta cláusula no debe considerarse determinativa en razón de que, en la misma oración, se aclara que “[l]as medidas adoptadas en este documento son políticamente vinculantes”²⁴⁷.

Circunstancias particulares. La indagación para determinar si un instrumento es un tratado no se limita al texto. Tanto la prueba objetiva como la prueba de la intención examinan elementos probatorios externos similares —a saber, las circunstancias particulares y los actos subsiguientes de los participantes— para identificar los tratados. En la prueba de la intención, la búsqueda de la intención es integral; por consiguiente, abarca los trabajos preparatorios que

²⁴⁴ Aust, *supra*, nota 125, en 425, 427; véanse también Hollis, *The Oxford Guide to Treaties*, *supra*, nota 121, en 678-79; Hans Blix and Jirinia H. Emerson, *The Treaty-Maker's Handbook* 80 (1973).

²⁴⁵ *Delimitación marítima en el Océano Índico*, *supra*, nota ²²⁹, en 42.

²⁴⁶ Véase Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 56.

²⁴⁷ Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa (CSCE), *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.

preceden al acuerdo y muchos de los actos subsiguientes de los participantes que sirvan para determinar la índole del acuerdo. En el caso de la *Bahía de Bengala*, por ejemplo, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar recalcó que las circunstancias en las cuales se había aprobado el acta no indicaban que su intención era crear obligaciones jurídicas, ya que uno de los participantes, Myanmar, había expresado claramente desde el comienzo su intención de celebrar solamente un acuerdo integral, en vez de un acuerdo separado como el que supuestamente se encontraba en el Acta aprobada²⁴⁸.

Aunque la prueba objetiva da prioridad al texto, no excluye el análisis de elementos probatorios externos, como en los casos en que el texto en sí es ambiguo o contradictorio. Por lo tanto, el análisis más objetivo de la CIJ en *Qatar contra Bahrein* dependía expresamente de la consideración de las circunstancias particulares en las cuales se había celebrado un acuerdo²⁴⁹.

Actos subsiguientes. Además de las circunstancias particulares, tanto en la prueba objetiva como en la prueba de la intención se pueden invocar los actos subsiguientes de las partes. Por ejemplo, al dilucidar las intenciones de las partes, el Tribunal que entendió en el *Arbitraje sobre el Mar del Sur de China* concluyó que no existía la intención de que un acuerdo constituyese un tratado en vista del uso reiterado por China de la frase “documento político” para describirlo tras su celebración²⁵⁰. No someter un acuerdo a los procedimientos internos requeridos para los tratados también podría ser una indicación de la intención de las partes de celebrar un compromiso político²⁵¹. Sin embargo, esos tipos de actos pueden encararse también de una manera más objetiva. Por lo tanto, la CIJ determinó que los actos subsiguientes de las partes, como efectuar correcciones técnicas en un acuerdo, eran indicativos de un compromiso vinculante²⁵².

¿Qué ocurre si un participante ha registrado un acuerdo de conformidad con el artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas? Como ya se dijo, el registro no es un requisito para la existencia de un tratado. En *Qatar contra Bahrein*, la CIJ recalcó que el hecho de que no se hubiera registrado el Acta aprobada no podía privar a un instrumento de la condición de acuerdo jurídicamente vinculante de la cual gozaría si estuviera registrado²⁵³. Por otra parte, en el caso de la *Delimitación marítima en el Océano Índico*, la CIJ recalcó que la intención de Kenia había sido que el memorando de entendimiento en cuestión fuese un tratado, puesto que solicitó su registro en las Naciones Unidas, y que Somalia no se opuso a esa solicitud durante casi cinco

²⁴⁸ *Delimitación de la frontera marítima entre Bangladesh y Myanmar en la Bahía de Bengala*, *supra*, nota 218, en 93; *Caso del Mar Egeo*, *supra*, nota 214, en 107. Asimismo, en el *Arbitraje sobre el Mar del Sur de China*, el Tribunal recalcó que China se había referido repetidamente al acuerdo en cuestión con la frase “documento político” en el período previo a su celebración. *Arbitraje sobre el Mar del Sur de China*, *supra*, nota 147, en 216.

²⁴⁹ *Qatar c. Bahrein*, *supra*, nota 148, en 23 (para determinar si se ha celebrado un acuerdo de ese tipo, el Tribunal debe tener en cuenta sobre todo sus términos reales y las circunstancias particulares en las cuales fue redactado).

²⁵⁰ *Arbitraje sobre el Mar del Sur de China*, *supra*, nota 147, en 218.

²⁵¹ *Delimitación de la frontera marítima entre Bangladesh y Myanmar en la Bahía de Bengala*, *supra*, nota 218, en 97 (el hecho de que las Partes no hayan sometido el acta aprobada en 1974 al procedimiento establecido en su constitución para los acuerdos internacionales vinculantes es otra indicación de que no existía la intención de que el acta aprobada fuese jurídicamente vinculante).

²⁵² *Fronteras terrestres y marítimas (El Camerún contra Nigeria)*, *supra*, nota 179, en 253 (donde se llega a la conclusión de que la Declaración de Maroua era jurídicamente vinculante en el lugar donde fue publicada, sin ninguna condición relativa a la necesidad de una ratificación ulterior; posteriormente se intercambiaron cartas para efectuar correcciones técnicas de su contenido y el límite territorial indicado en la declaración fue notificado a la secretaría pertinente de las Naciones Unidas).

²⁵³ *Qatar c. Bahrein*, *supra*, nota 148, 28-29.

años²⁵⁴. En otras palabras, el registro (o su ausencia), si bien no es determinativo, podría indicar hasta cierto punto el carácter vinculante o no vinculante de un acuerdo.

3.5 Elementos indicativos de un compromiso político: En los casos en que los participantes en el acuerdo no especifiquen su condición o no lleguen a un acuerdo de otra forma al respecto, ciertos elementos pueden indicar la existencia de un compromiso político no vinculante:

- a) el lenguaje utilizado en la práctica; por ejemplo:
 - i) el uso de verbos facultativos o descriptivos tales como “deberían”, “buscar”, “impulsar”, “tener la intención de”, “esperar”, “llevar a cabo”, “entender” o “aceptar”;
 - ii) la referencia a los autores del acuerdo como “participantes”;
 - iii) un título tal como “entendimiento”, “arreglo” o “declaración”;
 - iv) la referencia a los términos del acuerdo como “compromisos”, “expectativas”, “mejores esfuerzos”, “principios” o “párrafos”;
 - v) adjetivos que califican el acuerdo de “político”, “voluntario”, “vigente” o “de igual validez”;
- b) la inclusión de cláusulas sobre temas tales como los siguientes:
 - vi) firma;
 - vii) entrada en vigor o entrada en funcionamiento;
 - viii) diferencias;
 - ix) modificaciones;
- c) las circunstancias en torno a la celebración del acuerdo;
- d) los actos subsiguientes de los participantes en el acuerdo.

Comentario: De la misma forma que cierto lenguaje y ciertas cláusulas pueden indicar la existencia de un tratado, lo mismo ocurre con los compromisos políticos. En la práctica, los Estados han adoptado un conjunto de indicadores lingüísticos para delinear un acuerdo como instrumento no vinculante. A diferencia de la terminología que expresa un compromiso, como el auxiliar verbal “*shall*” (“deberán”), los compromisos políticos suelen contener el término más facultativo “*should*” (“debería”). Suelen usarse también otras palabras y cláusulas para expresar la intención de que un instrumento no sea vinculante. Por ejemplo, en vez de hablar de “partes” del tratado, en los compromisos políticos se suele hablar de “participantes”; en vez de “artículos,” un compromiso político tiende más a contener “párrafos”; en vez de calificar las “obligaciones” de “vinculantes”, los compromisos políticos posiblemente hagan referencia a “principios de aplicación voluntaria”.

Pueden observarse yuxtaposiciones similares en los tipos de cláusulas utilizadas. En los tratados, las firmas de las partes suelen estar precedidas de una frase estándar (por ejemplo, “Hecho en [lugar] a los [...] días del mes de [...] de [año]”). Los compromisos políticos podrían no estar firmados (el texto podría simplemente proporcionarse a la prensa o publicarse de otra forma), y cuando lo están, por lo general no contienen el texto más formal que precede a las firmas en los tratados. Asimismo, los tratados podrían contener cláusulas sobre enmiendas o terminación, mientras en los compromisos políticos a veces se usa el término “modificaciones” (si es que se aborda el tema).

Aquí también es importante advertir que estos indicadores son meramente indicativos de un compromiso político; no pueden garantizar que un instrumento tenga esa condición. De

²⁵⁴ *Delimitación marítima en el Océano Índico, supra*, nota ²²⁹, en 19.

hecho, no todos los Estados utilizan los mismos indicadores lingüísticos, títulos o cláusulas para distinguir un tratado de un compromiso político. Por lo tanto, la identificación de un compromiso político se basa en un análisis más integral (con un enfoque subjetivo u objetivo) de la índole del acuerdo alcanzado. En ese análisis se debe prestar atención al contexto particular en el cual se celebró el acuerdo y a los actos subsiguientes de los participantes²⁵⁵.

3.6 Elementos indicativos de un contrato: En los casos en que los participantes en el acuerdo no especifiquen su condición o no lleguen a un acuerdo de otra forma al respecto, cierto lenguaje podría indicar la existencia de un contrato, en particular una cláusula sobre el derecho que rige el acuerdo.

Comentario: Al diferenciar acuerdos, la posibilidad de que se trate de un contrato surge solo después de responder afirmativamente a dos preguntas. Primero, ¿hay un acuerdo? Segundo, ¿es el acuerdo vinculante o no? Si se trata de un acuerdo vinculante, cabe preguntarse si constituye un tratado o un contrato. La capacidad de los participantes podría facilitar esta indagación, ya que es posible que ciertos participantes no estén autorizados a celebrar tratados (ni contratos).

En lo que se refiere a la identificación de tratados y compromisos políticos, el lenguaje utilizado en el acuerdo puede indicar su condición contractual. Por ejemplo, los contratos pueden titularse “contratos” o, como ya se dijo, pueden especificar que se rigen por un derecho que no sea el derecho internacional (con lo cual queda excluida la posibilidad de que sean tratados)²⁵⁶. Sin embargo, hay que tener cuidado de no llegar a la conclusión de que todo acuerdo en el cual se haga referencia a las leyes o el ordenamiento jurídico de un Estado sea un contrato. Los Estados podrían limitar las obligaciones que asuman de conformidad con un tratado, por ejemplo, a lo que esté permitido en su derecho interno (o no considerar obligatorios los actos que infrinjan sus leyes). En esos casos, la referencia al derecho interno sirve para limitar el alcance de la obligación regida por el derecho internacional, no para redefinir el derecho que rige el acuerdo.

3.7 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.

Comentario: En algunos casos, los elementos probatorios del tipo de acuerdo celebrado pueden ser ambiguos. Consideremos, por ejemplo, el título “memorando de entendimiento”. Para algunos Estados, este título indica un compromiso político, en vez de un tratado, pero otros Estados no consideran que este título excluya la condición de tratado. En inglés existe una ambigüedad similar con el auxiliar verbal “*will*”. Para algunos Estados, en particular los que forman parte del Commonwealth británico, el auxiliar verbal “*will*” tiene una connotación desiderativa y no obligatoria. En consecuencia, esos Estados generalmente usan “*will*” para expresar una intención no vinculante. Para otros Estados, en cambio, el auxiliar verbal “*will*” es sinónimo de “*shall*” y puede connotar un compromiso vinculante. Por consiguiente, los Estados

²⁵⁵ Para un análisis de la forma en que el contexto particular de un acuerdo y los actos subsiguientes de los participantes podrían indicar si el instrumento es un tratado o un compromiso político, véase el comentario sobre la directriz 3.4.

²⁵⁶ Véase, por ejemplo, *supra*, nota 211 (en la cláusula sobre el derecho que rige el acuerdo de 1998 entre la NASA y la AEB, se designan las leyes federales de Estados Unidos para que rijan el acuerdo para todo fin, incluso la determinación de la validez del acuerdo).

y sus instituciones deben tener cuidado al suponer que un lenguaje de ese tipo sea indicativo de la condición de un acuerdo.

¿Qué ocurre cuando un texto es claramente vinculante pero no dice nada sobre su condición de tratado o contrato? En los casos en que los participantes son sujetos de derecho internacional, lo más común es que se suponga que los acuerdos vinculantes constituyen tratados²⁵⁷. Por consiguiente, es más probable que los acuerdos vinculantes entre Estados sean considerados como tratados si no hay otros elementos que indiquen que se trata de un contrato (por ejemplo, una cláusula sobre el derecho que lo rige). En cambio, en los casos en que el participante sea una institución del Estado, es posible que esta presunción no sea válida y que se necesite un análisis cuidadoso no solo del texto acordado, sino también del contexto particular y los actos subsiguientes de las partes. Asimismo, en el ámbito académico se ha sugerido que ambas categorías de acuerdo vinculante no siempre se excluyen mutuamente, ya que algunos acuerdos podrían tener una forma “híbrida”, con ciertos aspectos regidos por el derecho internacional y otros regidos por el derecho nacional²⁵⁸. Sin embargo, la práctica de los Estados todavía no es suficiente para aceptar este modelo como una nueva forma de acuerdo.

Algunos acuerdos contienen una combinación de disposiciones claramente vinculantes y claramente no vinculantes. En esos casos, debe considerarse que el acuerdo es vinculante, porque un compromiso político no puede, por definición, contener partes que sean vinculantes. La práctica de los Estados parece corroborarlo. Considérese, por ejemplo, el Acuerdo de París sobre el Cambio Climático, tratado famoso por el uso del auxiliar verbal “should” en inglés y el verbo “deberían” en español para definir la obligación central de las partes de establecer metas para la reducción de las emisiones, mientras que para otras disposiciones sobre reuniones futuras e informes se usa el auxiliar verbal “shall” en inglés y el verbo “deberán” en español²⁵⁹. En otras palabras, los tratados pueden contener disposiciones que las partes no tienen la intención de que sean vinculantes junto a otras disposiciones que las partes sí tienen la intención de que sean vinculantes. Por supuesto, esta posibilidad complica toda aplicación de la prueba de la intención, ya que plantea la necesidad de evaluar la intención de cada disposición.

También es posible que los elementos probatorios no sean ambiguos, sino contradictorios. En esos casos, los participantes (o un tercero) tendrán que sopesar cuidadosamente todos los elementos probatorios que puedan encontrarse en el texto, en las circunstancias particulares o en actos subsiguientes. Si es posible, en esos casos conviene determinar si con un enfoque de la intención y un enfoque objetivo se llega a la misma

²⁵⁷ El profesor Jan Klabbers dedicó un libro entero a la fundamentación de esta presunción. Véase Klabbers, *supra*, nota 117. Para otros autores que están a favor, véanse Anthony Aust, *The Theory & Practice of Informal International Instruments*, 35 Int'l & Comp. L. Q 787, 798 (1986); Widdows, *supra*, nota 119, en 142; Hersh Lauterpacht, *Segundo informe sobre el derecho de los tratados*, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional (1954), vol. II, 125. Estos puntos de vista han suplantado sugerencias anteriores de que la presunción debería ir en el sentido contrario (es decir, que no se ha celebrado un tratado en ausencia de una intención claramente manifiesta de hacerlo). Véase Oscar Schachter, *The Twilight Existence of Nonbinding International Agreements*, 71 Am. J. Int'l L. 296, 297 (1977); JES Fawcett, *The Legal Character of International Agreements*, 30 Brit. Ybk Int'l L. 381, 400 (1953).

²⁵⁸ Véase Paul Reuter, *Tercer informe sobre la cuestión de los tratados celebrados entre Estados y organizaciones internacionales o entre dos o más organizaciones internacionales*, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional (1974), volumen II (1), 139.

²⁵⁹ Compárese Naciones Unidas, Convención Marco sobre el Cambio Climático, *Aprobación del Acuerdo de París*, FCCC/CP/2015/L.9, 12 de diciembre de 2015, párr. 4.4, con los párrafos 4.9 y 4.12. La condición de tratado prevista para el Acuerdo de París es evidente también en la presencia de cláusulas sobre consentimiento, entrada en vigor, denuncia y terminación.

conclusión. En los casos en que no se llegue a la misma conclusión, los participantes podrían recurrir a mecanismos de solución de controversias, sin descartar la posibilidad de a) aclarar o llegar a un entendimiento con respecto a la condición del acuerdo; b) dar por terminado el acuerdo, o c) reemplazarlo con un acuerdo formulado con más claridad.