

ACUERDOS VINCULANTES Y NO VINCULANTES:

CUARTO INFORME

(Presentado por el doctor Duncan B. Hollis)

INTRODUCCIÓN

81. 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 la reunión se presentó la propuesta de que el Comité abordara el tema de los acuerdos vinculantes y no vinculantes.^{260/} El Comité concordó y designó al autor del presente trabajo para que actuara como Relator del 90º período de sesiones.^{261/}

82. En mi informe preliminar, definí tres categorías de acuerdos internacionales –tratados, compromisos políticos y contratos. Para cada categoría, introduje 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 concertando? (b) *capacidad* – aparte de los Estados, ¿cuando pueden otras entidades (por ejemplo, ministerios de gobierno, unidades territoriales subnacionales) concertar acuerdos? (c) *efectos jurídicos* – ¿qué consecuencias jurídicas derivan de la concertación de cada tipo de acuerdo? y (d) *procedimientos* – ¿qué mecanismos usan los Estados para autorizar, negociar y celebrar cada tipo de acuerdo?²⁶² En las cuatro áreas, identifiqué algunas en que el derecho y la práctica están bien establecidas y otras en que existe una notoria ambigüedad o divergencias de opinión.

83. En un empeño por aclarar el derecho y la práctica relevantes, el Comité remitió un cuestionario a los Estados Miembros (Nota OEA/2.2/70/17), destinado a conocer sus opiniones sobre este tema. En mi segundo informe, examiné las respuestas de los Estados Miembros: Argentina, Brasil, Colombia, República Dominicana, Ecuador, Jamaica, México, Perú, Uruguay y los Estados Unidos.^{263/} Más tarde, Panamá y Paraguay también presentaron sus puntos de vista al Comité.^{264/} Estas respuestas permitieron

²⁶⁰. Véase *Informe Anual del Comité Jurídico Interamericano al Cuadragésimo Séptimo Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General*, OEA/Ser.G, CP/doc.5261/17 (31 enero 2017) p. 10; *Actas Resumidas*, Reunión con los consultores jurídicos de los Ministerios de Relaciones Exteriores, 5 de octubre de 2016, en el *Informe Anual*, *supra* pp. 153, 160.

²⁶¹. *Temario Anotado del Comité Jurídico Interamericano*, 91º Período Ordinario de Sesiones, 7 a 16 de agosto de 2017, p. 60.

²⁶². Véase Duncan B. Hollis, *Informe Preliminar sobre Acuerdos Vinculantes y no Vinculantes*, Comité Jurídico Interamericano, 91º Período Ordinario de Sesiones, OAS/Ser.Q, CJI/doc.542.17 (6-16 de agosto de 2017) (en adelante, “Informe Preliminar”).

²⁶³. Véase Duncan B. Hollis, *Segundo Informe sobre Acuerdos Vinculantes y no Vinculantes*, OEA/Ser. Q, CJI/doc.553/18 (6 de febrero de 2018) (en adelante “Segundo Informe”).

²⁶⁴. Véase *Nota del Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Panamá – Dirección de Asuntos Jurídicos y Tratados al Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de*

tener un resumen útil de las opiniones de los Estados Miembros sobre cinco cuestiones: (i) las definiciones de los distintos tipos de acuerdos concertados por cada Estado; (ii) los métodos utilizados para definir cada tipo de acuerdo; (iii) qué entidades tenían la capacidad o autoridad para celebrar cada tipo de acuerdo; (iv) los efectos jurídicos internacionales -de haberlos- de cada tipo de acuerdo; (v) los procedimientos internos para la aprobación de cada tipo de acuerdo, y (vi) las áreas que ameritan mayor atención del Comité. Al examinar este informe (y las respuestas subyacentes), el Comité aprobó la conclusión de las “*Directrices de la OEA sobre acuerdos internacionales*” –un conjunto de las mejores prácticas para el uso por los Estados Miembros en la elaboración y aplicación de sus diversos acuerdos. El objetivo de las *Directrices* es ofrecer un conjunto concreto y detallado de definiciones, procesos y métodos para definir y diferenciar tres tipos de acuerdos internacionales –tratados, compromisos políticos y contratos- y los varios actores que pueden elaborarlos –los Estados, los organismos gubernamentales y las unidades territoriales subnacionales. No obstante, las *Directrices* no pretenden en modo alguno obligar jurídicamente a los Estados Miembros; su carácter es totalmente voluntario. Y, aunque existen varias áreas en que el derecho internacional existente es poco claro y controvertido, las *Directrices* dejarán sin resolver esas cuestiones. Más bien, el proyecto apunta a ofrecer a los Estados Miembros las “mejores prácticas” para evitar o superar esas dificultades mediante un asesoramiento franco y útil sobre el estado actual del derecho y la práctica y sobre las maneras de reducir al mínimo los futuros desacuerdos o dificultades con otros Estados.

84. En mi tercer Informe, retitulé temporariamente el proyecto de *Directrices de la OEA para la diferenciación de los acuerdos internacionales* y ofrecí borradores iniciales de las directrices, con comentarios en las tres primeras partes fundamentales del proyecto:

- (i) las definiciones de las tres principales categorías de acuerdos internacionales – tratados, compromisos políticos y contratos—así como la categoría más ambigua de “acuerdos interinstitucionales”;
- (ii) la capacidad de las diferentes “instituciones del Estado” (por ejemplo, ministerios de gobierno u organismos y las unidades territoriales subnacionales) para concluir cada tipo de acuerdo internacional, y
- (iii) los métodos para definir cada tipo de acuerdo, subrayando cómo los diferentes Estados pueden no usar los mismos métodos y sugiriendo por tanto la necesidad de mayor transparencia entre los Estados en cuanto a sus propias prácticas para definir los acuerdos vinculantes y no vinculantes.^{265/}

85. En nuestro último período ordinario de sesiones, los miembros del Comité ofrecieron amablemente información detallada sobre las primeras tres secciones del borrador de directrices y los correspondientes comentarios. Además, el borrador fue presentado en la reunión del Comité de 15 de agosto de 2018 con representantes de los asesores jurídicos de los ministerios de relaciones exteriores.^{266/} Ambos grupos confirmaron el valor del proyecto y aportaron sugerencias, comentarios y críticas útiles y a menudo detalladas. No obstante, con una excepción, el actual Informe no trata de esta información recibida. Más bien, ofrece nuevos borradores de directrices y algunos de los comentarios sobre temas no

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

²⁶⁵. Duncan B. Hollis, *Tercer Informe sobre Acuerdos Vinculantes y no Vinculantes*, OEA/Ser. Q, CJI/doc.563/18 (15 julio 2018) (en adelante, “Tercer Informe”).

²⁶⁶. Véase Comité Jurídico Interamericano, *Reunión Conjunta del Comité Jurídico Interamericano con los Consultores Jurídicos de los Estados Miembros de la OEA, Actas Resumidas*, 93º Período Ordinario de Sesiones, miércoles 15 de agosto de 2018.

cubiertos por el primer borrador: (i) los procedimientos para la aprobación de la negociación y concertación de acuerdos vinculantes y no vinculantes; (ii) los efectos legales de los acuerdos vinculantes y no vinculantes, y (iii) capacitación y formación. En ese sentido, el presente informe—combinado con el Tercer Informe que le precedió—ofrece un proyecto completo pero aún “tentativo” de las *Directrices*.

86. Además, retitulé el proyecto como *Directrices de la OEA sobre acuerdos vinculantes y no vinculantes* en respuesta a los comentarios recibidos de miembros del CJI y de un representante de un asesor jurídico de un ministerio de relaciones exteriores. Los títulos anteriores—primero, *Directrices de la OEA sobre acuerdos internacionales y, luego, Directrices de la OEA para la diferenciación de los acuerdos internacionales*—fueron criticados por ser, primero, muy inclusivos y, luego, poco inclusivos. El título original podría haber implicado un proyecto parecido en alcance a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados—es decir, un panorama de *todas* las normas relacionadas con la formación, interpretación, aplicación y terminación de todos los distintos tipos de tratados internacionales. Mi título siguiente, por su parte, tal vez haya planteado la materia demasiado limitadamente al centrarse sólo en la categorización de las distintas formas de acuerdos internacionales, dejando de lado importantes cuestiones de los efectos y los procedimientos. En el borrador actual, adopté un título que se ajusta al propio temario del CJI, a saber, “Acuerdos vinculantes y no vinculantes”.

87. Lo que es más importante, seguí empleando el término “acuerdos” en el título y a lo largo de las *Directrices* para referenciar el concepto más amplio dentro del cual quedan comprendidos los tratados, los compromisos políticos, los contratos y los acuerdos interinstitucionales. Es verdad, como advirtió la Oficina de un asesor jurídico de un ministerio de relaciones exteriores, que ciertos Estados, en su práctica, emplean el término “acuerdo” como sinónimo de “tratado”. En tal sentido, existe el riesgo de que el uso del término “acuerdo” en el título y el contenido de estas *Directrices* pueda resultar confuso para Estados habituados a pensar en los “acuerdos” sólo en términos de compromisos mutuos regidos por el derecho internacional.

88. Aprecio las preocupaciones expresadas sobre el uso de “acuerdos” en este proyecto para referirnos al concepto más amplio de un compromiso compartido. Sin embargo, he seguido haciéndolo por cinco razones. Primero, como cuestión histórica, al menos desde la labor seminal de la Comisión de Derecho Internacional, se ha reconocido a los tratados *no* como sinónimos de los acuerdos, sino como una subcategoría de ese concepto más amplio.^{267/}

89. Segundo y relacionadamente, el término “acuerdo” capta un criterio esencial que une a los tratados, los compromisos políticos y los contratos, y los distingue de otros textos internacionales (por ejemplo, las declaraciones unilaterales, los textos que carecen de compromisos normativos).²⁶⁸ No he

²⁶⁷. La idea de que todos los tratados son acuerdos pero no todos los acuerdos son tratados fue una frase manida en la labor de la Comisión de Derecho Internacional sobre el derecho de los tratados. Henry Waldock, *Fourth Report on the Law of Treaties* [1965] YBILC, vol. II, 11, 1; [1965] YBILC, vol. I, 10, 10 (Briggs); J.L. Brierly, *First Report on the Law of Treaties*, [1950] YBILC, vol. II, 227 (19-20). Es ampliamente reconocido que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 que surgió de su labor usa el término “acuerdo” en sentido conceptual, y no por referencia a un instrumento particular, como un tratado. MARK E. VILLIGER, COMMENTARY ON THE 1969 VIENNA CONVENTION ON THE LAW OF TREATIES 77 (2009) (“The term ‘agreement’ can refer to (i) the concrete, i.e., a particular text in written form; or (ii) the abstract, i.e., the ‘meeting of the minds’ consisting of an offer and its acceptance between the parties (the *synallagma*). ‘Agreement’ in Article 2, subpara. 1(a) in itself contains no particular requirements and refers to the latter.”); see also J.L. Weinstein, *Exchange of Notes*, 29 BRITISH Y.B.K. INT’L L. 205, 226 (1952) (“It is the consensus of the parties which is the essence of the agreement and not the instrument, no matter what form it takes”).

²⁶⁸. De manera que el de las declaraciones unilaterales forma un tema de estudio (y una práctica) diferente en el derecho internacional. Véase, por ej. ILC, *Guiding Principles applicable to unilateral declarations of States capable of creating legal obligations*, [2006] YBILC, vol. II, Pt. II, 369. Además, aunque los acuerdos pueden ser unilaterales—los acuerdos no requieren un intercambio de compromisos o lo que en el *common law* se denomina “contraprestación”—no exigen un compromiso normativo en términos de

podido encontrar una frase alternativa (o que sea sinónimo) también con ese sentido. Aunque alguien podría sugerir que las *Directrices* se centran en “instrumentos” más que en “acuerdos”, ese enfoque es problemático. Instrumentos pueden ser documentos formales, pero también pueden carecer, *a la vez*, del carácter mutuo y de compromiso (*consensus ad idem*), que son componentes esenciales de todos los tratados, compromisos políticos y contratos. Un Estado puede producir un “instrumento” así como múltiples Estados pueden firmar un instrumento sin asumir ningún compromiso normativo. O sea que, reescribir este proyecto en términos de instrumentos simplemente sustituiría una posible fuente de confusión por otra, ocultando *el* elemento común que une a tratados, compromisos políticos y contratos y que diferencia a estos de otros documentos internacionales. Problemas similares surgen con respecto a otros pasajes. Al tratar de centrarnos en los “compromisos”, por ejemplo, queda fuera el concepto de mutualidad.²⁶⁹ Otros posibles sinónimos como “concierto” o “contrato” son, o demasiado oscuros o ya funcionan como parte de la jerga de las relaciones internacionales, lo que los hacen sustitutos pobres.

90. Tercero, aunque la práctica del Estado puede con frecuencia reservar el término “acuerdo” para rotular o definir de alguna manera un tratado, creo que sería un error hacer que estas *Directrices* ataran el uso de ese término exclusivamente al contexto de los tratados. Con la redacción actual, el mensaje central de las *Directrices* advierte contra toda práctica óptima de usar (o esperar) “palabras mágicas” para dictar la condición jurídica de un texto. Ciertos términos pueden ser indicativos en cuanto a qué categoría pertenece un texto. Y yo incluiría “acuerdo” cumpliendo ese cometido respecto de los tratados. Sin embargo, cualquiera sea la práctica de algunos Estados, es también posible que otros (o un tribunal internacional) puedan considerar que un texto rotulado como un “acuerdo” reúne los requisitos de un contrato o de un compromiso político y no de un tratado, en que otros indicios sugieren que estas son las categorizaciones más adecuadas.

91. Cuarto, dudo en dejar que la posible confusión acerca de qué criterio emplear para definir un tratado menoscabe la categorización conceptual seguramente más importante en que esa definición se funda. Simplemente, es tan importante que los Estados comprendan el *concepto* de un acuerdo y cuándo están celebrando (o no) un acuerdo como saber qué tipo de acuerdo están celebrando.

92. En quinto y último lugar, creo que todo riesgo de confusión causado por centrar este proyecto en los “acuerdos” internacionales puede ser mitigado por calificaciones adecuadas en las *Directrices* y en los comentarios correspondientes. Con la explicación o indicación a los Estados de las diferentes maneras en que se puede emplear el término “acuerdo”, se podría permitir su uso, a la vez como concepto amplio y como indicador particular de un tratado en la práctica. Mi próximo –y esperemos que completo-borrador de las *Directrices (con los Comentarios)* será así más eficaz en subrayar y explicar estas cuestiones.

93. Por ahora, he optado por retitular el proyecto en términos de “acuerdos vinculantes y no vinculantes”. Con ello, nos apartamos del término “acuerdos internacionales” que varios Estados emplean en su práctica interna e internacional como abreviatura de los acuerdos regidos por el derecho internacional. Al calificar al menos algunos acuerdos como “no vinculantes”, además, mi nuevo título ilustrará desde el comienzo que no todos los acuerdos están regidos por el derecho, sea internacional o interno. Como explica el borrador de comentario a mi Tercer Informe, los acuerdos –como los compromisos políticos- pueden derivar su fuerza normativa de fuentes externas al derecho, como la moral o la política. De manera que, al redactar el objetivo final como conjunto de “*Directrices de la OEA sobre los acuerdos vinculantes y no vinculantes*”, me propongo atenuar –si no evitar totalmente- los

expectativas compartidas de conducta futura, al menos por uno de los participantes en el acuerdo. Véase, por ej. Duncan B. Hollis and Joshua J. Newcomer, “Political” Commitments and the Constitution, 49 VIRGINIA J. INT’L L. 507, 522 (2009); Kal Raustiala, *Form and Substance in International Agreements*, 99 AM J. INT’L L. 581, 584-85 (2005); JAN KLABBERS, THE CONCEPT OF TREATY IN INTERNATIONAL LAW 51-53 (1996).

²⁶⁹. El riesgo opuesto surge con el otro sinónimo, “arreglos” que no transmite las expectativas normativa de un comportamiento futuro inherente al propio concepto de acuerdo.

problemas de diferenciar el *concepto* de “acuerdo” de su *uso* como término en varios textos jurídicos y no jurídicos.

94. Aparte de retitular este proyecto, he agregado a este informe como Anexo I un borrador de las restantes directrices que propongo. Estas se dividen en tres partes:

- vii. **Procedimientos:** Estas directrices confirman la libertad evidenciada en la práctica de los Estados conforme a la cual con frecuencia tienen una multiplicidad de procedimientos internos para aprobar la negociación y celebración de tratados, conforme se emplea el término en el derecho internacional, y de contratos. Con respecto a los Estados dispuestos a autorizar que sus instituciones celebren tratados o contratos, propongo que los Estados establezcan procedimientos, no sólo para asignar esa autoridad, sino también para comunicarla a otros Estados cuyas instituciones puedan celebrar tales acuerdos. Para los acuerdos no vinculantes, respaldo dos prácticas óptimas en particular: i) que los Estados formulen y apliquen políticas y procedimientos para autorizar la negociación y celebración de compromisos políticos por el Estado, sus ministerios o sus unidades territoriales subnacionales de las que es responsable, y ii) que cada Estado considere la posibilidad de crear un registro o base de datos nacional para catalogar sus compromisos políticos.
- viii. **Efectos:** Estas directrices resumen los distintos efectos jurídicos, de haberlos, que la práctica de los Estados sugiere pueden generar los tratados, compromisos políticos y contratos. Además, propongo como práctica óptima, que los Estados contemplen qué efectos, de desearlos, quieren generar como una forma de determinar qué tipo de acuerdos procurar. Separadamente, propongo otra práctica óptima para los acuerdos interinstitucionales conforme a la cual las instituciones concertantes o los Estados responsables por ellas describan en quien recae la responsabilidad jurídica en virtud de un acuerdo (sea haciendo que ambos Estados convengan que cada uno es jurídicamente responsable de los resultados del acuerdo interinstitucional, o haciendo que ambos Estados o instituciones protagonistas convengan limitar toda responsabilidad de las propias instituciones celebrantes).
- ix. **Capacitación y formación:** En esta sección se propone una serie de tareas concretas de capacitación y formación para asegurar que los actores relevantes dentro de los ministerios de relaciones exteriores sean capaces de definir y diferenciar los diversos tipos de acuerdos vinculantes y no vinculantes. Esta capacitación y formación debería incluir también a otros actores institucionales que estén autorizados a formular acuerdos internacionales.

En el Anexo II se ofrecen Comentarios a las *Directrices* sobre procedimientos. Prepararé comentarios para las restantes directrices sobre los efectos y la capacitación y formación para el próximo período de sesiones del Comité. También espero responder a los comentarios y preguntas que se planteen respecto de las tres primeras partes de mi borrador anterior de *Directrices (con comentarios)* que presenté en mi Tercer Informe.

95. Como siempre, acepto complacido toda reacción del Comité sobre cada uno de los borradores de directrices y de los comentarios pertinentes, tanto de sustancia como de estructura. ¿Son las prácticas óptimas que propongo un reflejo preciso de la diversidad de las legislaciones y prácticas actuales de los Estados Miembros? ¿Están ordenadas adecuadamente? Más importante aún, si efectivamente se aplicaran estas *Directrices*, ¿paliarían la confusión (y potencial de controversias entre Estados) que existe actualmente? Por último, ¿existen otras directrices o temas que este proyecto debiera incorporar en algún borrador ulterior de las *Directrices*?

**PROYECTO DE DIRECTRICES DE LA OEA
SOBRE ACUERDOS VINCULANTES Y NO VINCULANTES**

4. PROCEDIMIENTOS PARA ELABORAR ACUERDOS VINCULANTES Y NO VINCULANTES

4.1 Diferentes procedimientos internos de aprobación de los tratados. *Todos los Estados deben ser libres de formular y mantener uno o múltiples procesos para autorizar la negociación y celebración de tratados por parte del Estado o de sus instituciones. Estos procedimientos pueden derivar de la constitución del Estado, de sus leyes o de su práctica. Diferentes Estados pueden emplear diferentes procedimientos internos de aprobación del mismo tratado.*

4.2 Formulación de procedimientos internos de aprobación de compromisos políticos. *Los Estados deberían elaborar y mantener procedimientos para autorizar la celebración de compromisos políticos por el Estado o sus instituciones. Aunque se trate de acuerdos no vinculantes, los compromisos políticos ganarían con procedimientos por los que el Estado pueda a) confirmar el carácter no vinculante de los compromisos, b) confirmar la pertinencia de usar una forma no vinculante en lugar de una vinculante, como cuando las limitaciones de tiempo y la incerteza aconsejan no encerrar al Estado en un acuerdo jurídico, y c) notificar a las instituciones pertinentes del Estado, incluido el Ministerio de Relaciones Exteriores y coordinar con estas.*

4.3 Formulación de procedimientos internos de aprobación de contratos entre Estados. *Los Estados que celebran contratos con pares deberían formular y mantener procedimientos para aprobar la concertación de tales contratos. En términos ideales, esos procedimientos incluirían a) información sobre cómo el Estado definirá el derecho interno que rige el contrato y b) los mecanismos para confirmar ese derecho rector con el otro u otros Estados contratantes para evitar futuros conflictos.*

4.4 Procedimientos internos de aprobación de acuerdos interinstitucionales vinculantes. *Los Estados deberían contar con procedimientos que les permitan asegurar una adecuada autorización a sus instituciones (sean ministerios de gobierno, unidades subnacionales o ambos) para celebrar un tratado regido por el derecho internacional. Asimismo, los Estados deberían contar con procedimientos que les permitan asegurar la adecuada autorización a sus instituciones (sean ministerios de gobierno, unidades subnacionales o ambos) para concertar un contrato, sea al amparo de su propio derecho interno o al amparo del derecho interno de otro Estado. En términos ideales, estos procedimientos a) definirían cómo un Estado diferencia para sí mismo si la institución está celebrando un tratado o un contrato y b) brindarían los mecanismos para confirmar que la otra institución concuerda en cuanto al tipo y el carácter vinculante del acuerdo interinstitucional.*

4.5 Publicación de la capacidad institucional para celebrar acuerdos vinculantes. *Los Estados deberían hacer pública cuáles de sus instituciones (de haberlas) pueden estar autorizadas para celebrar tratados, sea en nombre del Estado como un todo o en su propio nombre. Los Estados también deberían publicar cuáles de sus instituciones (de haberlas) pueden estar autorizadas a celebrar contratos, sea en nombre del Estado como un todo o en su propio nombre. Los Estados podrían realizar esta publicación en general, por ejemplo, divulgando sus procedimientos por Internet, o en forma específica mediante su comunicación con otros Estados o instituciones estatales, indicando los procedimientos relevantes conforme a los cuales operan.*

4.6 Publicación de los registros nacionales de acuerdos vinculantes. *Los Estados deberían crear y mantener registros públicos de todos sus acuerdos vinculantes y de los de sus instituciones.*

4.7 Un registro nacional de los compromisos políticos. *Los Estados deberían mantener un registro nacional de todos sus compromisos políticos y de los de sus instituciones, o al menos de los más sustanciales.*

5. EFECTOS JURIDICOS DE LOS ACUERDOS VINCULANTES Y NO VINCULANTES

5.1 El efecto jurídico internacional primordial de la celebración de tratados: pacta sunt servanda. *La existencia de un tratado obliga a las partes a actuar de buena fe.*

5.2 Efectos jurídicos internacionales secundarios de la celebración de tratados. *Aparte de adherir al contenido, la existencia de un tratado comporta la aplicación de ciertos regímenes jurídicos internacionales secundarios. El derecho de los tratados rige todos los tratados en tanto otros campos secundarios del derecho internacional (por ejemplo, los derechos humanos internacionales) se aplican a los tratados dentro de su ámbito. Según las circunstancias, pueden derivar otros efectos jurídicos de la existencia de un tratado, como los procedimientos de solución de controversias internacionales o el derecho de la responsabilidad de los Estados.*

5.3 Efectos jurídicos internos de la celebración de tratados. *La estructura constitucional interna de cada Estado debe determinar si (y cuando) ese Estado atribuirá efecto jurídico interno a sus tratados. La práctica de los Estados sugiere que algunos atribuyen a ciertos tratados efecto jurídico directamente dentro de su ordenamiento jurídico interno, en tanto otros tratados pueden sólo tener efecto interno indirectamente, por ejemplo, a través de la promulgación de la legislación que requiera su ejecución.*

5.4 Efectos jurídicos de los contratos. *Los efectos jurídicos de los contratos incluyen la obligación de ejecutar su contenido y una capacidad para hacer cumplir esa ejecución dentro del ordenamiento jurídico interno. Los contratos también pueden tener el efecto jurídico de desplazar otras normas de incumplimiento que existan en ausencia de un contrato. La naturaleza y alcance de los efectos jurídicos de un contrato dependen de la legislación interna del Estado cuyo derecho rija el contrato, incluidas todas las leyes conflictuales pertinentes.*

5.5 Efectos de los compromisos políticos. *Los compromisos políticos no producen directamente ningún efecto jurídico en el derecho internacional o nacional. No obstante, sea por su fuerza moral o por el contexto político, los participantes en un compromiso político esperan que se cumplan sus términos. Los compromisos políticos pueden también tener efectos jurídicos indirectos si están incorporados en otros procesos legislativos, como en la formulación de nuevas leyes nacionales o en la toma de decisiones vinculantes de organizaciones internacionales.*

5.6 Efectos jurídicos de los acuerdos interinstitucionales. *Los efectos jurídicos de los acuerdos interinstitucionales seguirán cualquiera de las categorías de acuerdo –un tratado, un compromiso político o un contrato- a que pertenezca.*

5.7 Elección entre acuerdos vinculantes y no vinculantes. *Al decidir si emplear un tratado, un contrato o un compromiso político para un acuerdo entre Estados o entre instituciones, los Estados y sus instituciones deberían analizar qué efectos jurídicos, de haberlos, desean generar.*

5.8 Concertación para limitar la responsabilidad derivada de los acuerdos interinstitucionales. *En los casos en que los Estados tengan puntos de vista diferentes acerca de la responsabilidad jurídica que comporta un acuerdo interinstitucional vinculante, deberían compatibilizar sus puntos de vista, sea conviniendo ambos que los Estados son responsables en virtud*

del acuerdo interinstitucional o concertando limitar la responsabilidad a las instituciones que lo celebran.

6. CAPACITACIÓN Y FORMACIÓN EN ACUERDOS VINCULANTES Y NO VINCULANTES

6.1 Capacitación y formación en relación con los acuerdos vinculantes y no vinculantes por parte de los Estados. *Los Estados deberían empeñarse en capacitar y formar a los funcionarios relevantes dentro del Ministerio de Relaciones Exteriores para asegurarse de que sean capaces de:*

- (i) definir y diferenciar los distintos tipos de acuerdos vinculantes y no vinculantes;*
- (ii) comprender quién dentro del Estado está en condiciones de negociar y celebrar qué acuerdos;*
- (iii) seguir todos y cada uno de los procedimientos internos que conlleva la formulación de tales acuerdos, y*
- (iv) apreciar las consecuencias jurídicas y no jurídicas que pueden derivar de los distintos tipos de acuerdos internacionales.*

6.2 Capacitación y formación en relación con los acuerdos interinstitucionales. *En los casos en que el Estado autoriza los acuerdos interinstitucionales, debería empeñarse en capacitar y formar a los funcionarios de los organismos gubernamentales o las unidades territoriales subnacionales para asegurarse de que sean capaces de*

- (i) definir y diferenciar entre los distintos tipos de acuerdos vinculantes y no vinculantes;*
- (ii) comprender quién dentro del Estado tiene capacidad para negociar y celebrar qué acuerdos;*
- (iii) seguir todos y cada uno de los procedimientos internos que conlleva la formulación de tales acuerdos, y*
- (iv) apreciar las consecuencias jurídicas y no jurídicas que pueden derivar de los distintos tipos de acuerdos internacionales.*

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

4. PROCEDIMIENTOS PARA LA FORMULACIÓN DE ACUERDOS VINCULANTES Y NO VINCULANTES

4.1 Diferentes procedimientos internos de aprobación de los tratados. *Todos los Estados deberían tener libertad para elaborar y mantener uno o múltiples procesos para autorizar la negociación y celebración de tratados por el Estado o por sus instituciones. Estos procedimientos pueden derivar de la constitución del Estado, de sus leyes o de su práctica. Estados diferentes pueden emplear distintos procedimientos internos de aprobación para el mismo tratado.*

Comentario: Los Estados disponen de numerosos –y a menudo diferentes– procedimientos internos en relación con la elaboración de tratados derivados de las tradiciones jurídicas, históricas, políticas y culturales de cada uno. Pese a sus diferencias, esos procedimientos cumplen funciones similares. Primero y ante todo, pueden confirmar que el acuerdo propuesto constituirá un tratado para el Estado (en el sentido jurídico internacional de ese término empleado en la definición anterior de las *Directrices*). Segundo, confirman que el tratado es congruente con el orden jurídico interno del Estado, asegurando, por ejemplo, que los términos del tratado no contravienen ninguna prohibición o requisito constitucional o legal. Tercero, aseguran la debida coordinación en relación con el contenido del tratado y/o su ejecución, tanto dentro del poder ejecutivo del Estado, como en los demás poderes.^{270/}

Los procedimientos internos de aprobación que usan los Estados para autorizar la elaboración de tratados derivan de varias fuentes. Algunas son imposiciones constitucionales.^{271/} Otras pueden

^{270.} Véase, e.g., Colombia, *Respuestas al cuestionario para los Estados Miembros de la Organización de Estados Americanos sobre Acuerdos Vinculantes y no Vinculantes: Práctica del Estado colombiano* (“Respuesta de Colombia”) (“de acuerdo con la materia del instrumento jurídico que se negociará . . . los ministerios o entidades de esa rama con el conocimiento técnico de las materias que se acordarán en el texto del propio instrumento” participan en su autorización).

^{271.} Véase, por ej., Argentina, *Respuesta al Cuestionario de la OEA: Acuerdos Vinculantes y no Vinculantes* (en adelante, “Respuesta de la Argentina”) (citando el artículo 99(11) de la Constitución sobre la autoridad del Presidente de celebrar tratados y el artículo 75(22) sobre la autoridad del parlamento “[d]e aprobar o rechazar tratados celebrados con otras naciones y con organizaciones internacionales . . .”); Respuesta de Colombia, *supra* (“los tratados requieren la aprobación por el Congreso de la República y una declaración de aplicabilidad de parte del Tribunal Constitucional, en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 156 y 241 de la Constitución Política de 1991, respectivamente.”); República Dominicana, Departamento Jurídico, Ministerio de Relaciones Exteriores, *Respuestas al Cuestionario sobre Acuerdos Vinculantes y no Vinculantes*, 29 nov. 2017 (“Respuesta de la República Dominicana”) (citando el Art. 184 que requiere que el Tribunal Constitucional examine todos los tratados y el Art. 93 que prevé que el Congreso Nacional apruebe todos los tratados); Gobierno del Ecuador, Departamento de Relaciones Exteriores y Comercio, *Cuestionario: Acuerdos Vinculantes y no Vinculantes* (“Respuesta del Ecuador”) (citando los artículos 416 a 422 y 438 de la Constitución que regulan la elaboración de tratados); Respuesta de México, *Informe del Comité Jurídico Interamericano, Acuerdos vinculantes y no Vinculantes: Cuestionario para los Estados Miembros* (“Respuesta de México”) (citando el Art. 133 de la

provenir de la legislación nacional.^{272/} En algunos casos, los procedimientos no tienen sustento jurídico formal, sino que dependen de la práctica o la política nacional. En Canadá, por ejemplo, aunque el Primer Ministro tiene autoridad unilateral para elaborar un tratado sobre cualquier materia, existe la práctica de abstenerse de consentir tratados que requieren legislación hasta que las leyes pertinentes están promulgadas.^{273/} En consecuencia, los Estados pueden tener distintos niveles de compromiso legal en sus procedimientos para elaborar tratados: los procedimientos de algunos Estados no son derogables, en tanto otros pueden tener más flexibilidad para acomodar variaciones si las circunstancias lo justifican.

En términos del contenido de esos procedimientos internos para elaborar tratados, existe alguna uniformidad en cuanto a dónde radica el poder de negociar tratados. La mayoría de los procedimientos de este tipo asignan la facultad de negociar y celebrar tratados a un ejecutivo del Estado, sea el Jefe de Estado (por ejemplo, el Monarca), el Jefe de Gobierno (por ejemplo, el Primer Ministro), o ambos (por ejemplo el Presidente). Con frecuencia, esa facultad es también delegada del Jefe de Estado al Jefe de Gobierno y de este al Ministro de Relaciones Exteriores. También existe uniformidad en el compromiso de los Estados en que el parlamento autoriza el consentimiento del Estado, al menos en algunos tratados.

Pero existe una gran variedad tanto en amplitud como en profundidad en el papel necesario del parlamento.^{274/} Para algunos Estados, como la República Dominicana, todos los tratados exigen aprobación legislativa.^{275/} Otros Estados, como Ecuador, exigen la aprobación legislativa sólo para los tratados que abordan ciertas materias o ejecutan ciertas funciones.²⁷⁶ Varios Estados tienen diferentes series de procedimientos internos para distintas categorías de tratados. De manera que, aunque muchos de los tratados de Colombia requieren aprobación legislativa, la legislación y la práctica de ese país también reconocen “acuerdos por procedimientos simplificados”. Estos acuerdos i) están comprendidos dentro de la autoridad exclusiva del Presidente como director de los asuntos internacionales en virtud del artículo 189.2 de la Constitución de Colombia o (ii) se celebran para desarrollar un acuerdo anterior (que

Constitución de México sobre los tratados celebrados por el Presidente con aprobación del Senado); Estados Unidos, *Informe del Comité Jurídico Interamericano: Cuestionario para los Estados Miembros* (“Respuesta de los Estados Unidos”) (citando el Art. II, Sec. 2, cl. 2 de la Constitución).

²⁷². Brasil, *Acuerdos Vinculantes y no Vinculantes: Cuestionario para los Estados Miembros* (en adelante, “Respuesta del Brasil”) (la autoridad para elaborar tratados delegada al Ministerio de Relaciones Exteriores vía el artículo 62.III de la Ley Federal No. 13.502/2017).

²⁷³. Véase Maurice Copithorne, *National Treaty Law & Practice: Canada*, in NATIONAL TREATY LAW & PRACTICE 95-96 (D.B. Hollis et al, eds., 2005).

²⁷⁴. El nivel de aprobación legislativa puede variar. Algunos Estados exigen que todo el parlamento apruebe el tratado. Otros, requieren la participación de las dos cámaras en el trámite de aprobación, pero una lo hace con más derechos que la otra. Un tercer enfoque implica que sólo una de las cámaras lo apruebe. Finalmente, algunos Estados afiliados al Commonwealth no otorgan a los parlamentos ninguna función en la aprobación de los tratados, pero también desautorizan toda ejecución interna sin autorización parlamentaria, lo que ocurre por vía de los trámites parlamentarios normales. Véase Duncan B. Hollis, *A Comparative Approach to Treaty Law and Practice*, in NATIONAL TREATY LAW AND PRACTICE 36 (DB Hollis et al, eds., 2005) (un relevamiento del derecho y la práctica de los tratados de 19 Estados representativos).

²⁷⁵. Respuesta de la República Dominicana, *supra* (per Art. 93 de la Constitución de 2015 Constitution, el Congreso Nacional está facultado para “aprobar o rechazar los tratados y acuerdos internacionales firmados por el Ejecutivo”).

²⁷⁶. Respuesta del Ecuador, *supra* (Se requiere que la Asamblea Nacional brinde previa aprobación a la ratificación de los tratados que refieran a materias territoriales o de delimitación de fronteras, alianzas políticas o militares, compromisos de promulgar, enmendar o rechazar una ley, derecho y garantías previstas en la Constitución, las políticas económicas del Estado, acuerdos de integración o comercio, la delegación de facultades a una organización internacional o supranacional, un compromiso del patrimonio natural del país y especialmente sus recursos hídricos, biodiversidad y activo genético).

sí mereció el asentimiento del parlamento nacional).^{277/} En el caso de Estados como los Estados Unidos, el derecho y la práctica se combinan para crear no menos de cuatro procedimientos diferentes para determinar cuando el Ejecutivo puede consentir un tratado: (1) previo asesoramiento y consentimiento de los dos tercios del Senado; (2) de acuerdo con una ley federal (aprobada por simple mayoría en las dos cámaras del Congreso); (3) conforme a los poderes “exclusivos” que son sólo prerrogativa del Ejecutivo, y (4) cuando está autorizado por un tratado anterior que mereció asesoramiento y consentimiento del Senado.^{278/} Aparte de la participación del parlamento, varios Estados tienen requisitos de examen judicial, en casos en que el Tribunal Constitucional examina la constitucionalidad del tratado propuesto. De manera que en la República Dominicana y Ecuador, el Tribunal Constitucional tiene que examinar todos los tratados antes de pasar a otros procedimientos internos de aprobación.^{279/}

Los Estados también pueden imponer requisitos de notificación para los tratados que el Ejecutivo puede celebrar sin participación parlamentaria (o judicial). De esta manera, el parlamento toma conocimiento de qué tratados el Estado celebra, independientemente de su proceso de aprobación. Algunos Estados, como los Estados Unidos, han inclusive diseñado procedimientos para coordinar la elaboración de tratados *dentro* del poder ejecutivo, inclusive con organismos gubernamentales. El proceso de la *Circular 175*” (*C-175*) implementa una disposición de la legislación estadounidense que restringe la posibilidad de que organismos gubernamentales suscriban o celebren por otra vía tratados (en el sentido del derecho internacional del término empleado en la definición de las *Directrices*) a menos que hayan consultado antes al Secretario de Estado.^{280/} En 2013, el Ministro de Relaciones Exteriores del Perú impartió dos directivas que “establecen las directrices para la administración de los tratados, incluida su negociación, firma y aprobación (aprobación interna y/o ratificación), y los procedimientos

^{277.} Respuesta de Colombia, *supra* (donde se observa que en el caso de acuerdos que desarrollan otro anterior, ese acuerdo anterior debe ser congruente con todos los requisitos constitucionales y que el propio acuerdo de implementación debe ser congruente con los del tratado marco que sirve de base y no puede excederlo).

^{278.} Como resultado de ello, los Estados Unidos internamente usan una terminología diferente para referirse a los tratados (en el sentido que tiene el término en el derecho internacional) que se procesan de acuerdo a distintas vías. En el derecho de los estados Unidos, el término “tratados” refiere sólo a los acuerdos que merecen asesoramiento y consentimiento del Senado; “acuerdos parlamentario-ejecutivos” son los aprobados por una ley federal, y los “acuerdos sólo ejecutivos” son los celebrados bajo la autoridad del Presidente. Otros Estados emplean su propia terminología interna para diferenciar sus tratados de acuerdo con los diferentes procedimientos internos de aprobación empleados.

^{279.} Véase, *por ej.*, Respuesta de la República Dominicana, *supra* (conforme al artículo 55 de la Ley Orgánica No. 137-11, el Presidente debe remitir los tratados internacionales firmados al Tribunal Constitucional para que dictamine su constitucionalidad); Respuesta del Ecuador, *supra* (citando el Art. 110.1 de la Ley Orgánica del Ecuador sobre las Garantías Judiciales y Supervisión Constitucional – “Los tratados internacionales que requieren aprobación parlamentaria serán automáticamente sometidos a examen constitucional previa ratificación, antes de iniciarse cualquier proceso de aprobación parlamentaria.”).

^{280.} *The Case-Zablocki Act, 1 U.S.C. §112b(c)* (“No obstante toda otra disposición legal, los acuerdos internacionales no pueden ser firmados o por otra vía celebrados en nombre de los Estados Unidos sin previa consulta al Secretario de Estado.”). El propio proceso C-175 implica que el Secretario de Estado autorice la negociación y/o celebración de uno o más acuerdos internacionales por el Departamento de Estado u otro organismo gubernamental de los Estados Unidos. Se puede encontrar una copia de los procedimientos C-175 en <https://fam.state.gov/FAM/11FAM/11FAM0720.html>.

para la formulación de posibles declaraciones, reservas y objeciones a reservas, así como el registro. . .”
281/

La amplitud y diversidad de los procedimientos internos de los Estados para la elaboración de tratados es una advertencia contra todo intento de armonización. Por el contrario, la *Directriz 4.1* adopta la práctica óptima de la “libertad” –aceptando y respaldando la autonomía de cada Estado para decidir por sí cómo autorizar la elaboración de tratados. Los Estados pueden conferir a sus procedimientos para la elaboración de tratados un estatuto constitucional o legal de otro tipo. O pueden formularlos mediante procesos prácticos más oficiosos. Asimismo, los Estados pueden adoptar un único proceso para todos sus tratados de derecho internacional, o pueden optar por elaborar distintos procedimientos de aprobación para diferentes tipos de tratados. Por su parte, los Estados deben ser conscientes de que la o las opciones que favorezca para que un tratado se tramite mediante un proceso, como la aprobación parlamentaria, puede no ser seguido por sus contrapartes contractuales. En otras palabras, los Estados no deben partir de la base de que, simplemente porque sus propios procedimientos nacionales requieren que un tratado determinado cuente con aprobación legislativa (o, por el contrario, no se requiere dicha aprobación) su posible contraparte en el tratado procederá de manera similar.

4.2 *Elaboración de procedimientos internos para la aprobación de compromisos políticos.*

Los estados deberían elaborar y mantener procedimientos para autorizar la celebración de todos los compromisos políticos del Estado o sus instituciones [o de los más sustanciales]. Aunque no son acuerdos vinculantes, los compromisos políticos se beneficiarían de una práctica en que los Estados cuenten con procedimientos que

- (a) *confirмен el carácter no vinculante del compromiso;*
- (b) *confirмен la pertinencia de usar una forma no vinculante en lugar de una vinculante, como cuando las limitaciones de tiempo o la incerteza no aconsejan encerrar al Estado en un acuerdo jurídico, y*
- (c) *notifiquen a las instituciones pertinentes del Estado, incluido el Ministerio de Relaciones Exteriores, y coordinen con ellas.*

Comentario: Los compromisos políticos, incluidos los denominados memorandos de entendimiento, se han tornado un vehículo cada vez más frecuente para los acuerdos entre Estados e interinstitucionales. Al menos parte de su atractivo deriva de la ausencia general de procedimientos internos de aprobación para su concertación.^{282/} Ello ha permitido que esos instrumentos se granjearan una reputación de mayor *rapidez* (en términos del tiempo para su concreción), *flexibilidad* (en términos de ajustes o enmiendas) y facilidad de *salida* (en términos de terminación o retiro) que los tratados.^{283/} Esos beneficios sugieren que sería un error extender los mismos procedimientos de aprobación de los tratados a los compromisos políticos.

Pero de ello no se deriva que los Estados *no* deban disponer de procedimiento alguno para autorizar esos acuerdos simplemente porque son inhábiles como procedimientos para elaborar tratados. Sin algún examen o autorización previa, es difícil saber si un pretendido compromiso político es

²⁸¹. Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú, *Directrices internas generales sobre la firma, aprobación interna y registro de tratados*, Directiva N°. 001-DGT/RE-2013 (que comprende al propio Ministerio de Relaciones Exteriores); Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú, *Directrices internas generales sobre la firma, aprobación interna y registro de tratados*, Directiva N°. 002-DGT/RE-2013 (que comprende a todas las entidades gubernamentales peruanas).

²⁸². Véase Charles Lipson, *Why are Some International Agreements Informal?* 45 INT’L ORG. 495, 508 (1991); Kal Raustiala, *Form and Substance in International Agreements*, 99 AM J. INT’L L. 581, 592 (2005).

²⁸³. Informe Preliminar sobre Acuerdos Vinculantes y no Vinculantes, *supra*, ¶15.

realmente no vinculante. Análogamente, sin algún proceso de examen o aprobación, podrían celebrarse compromisos políticos que no se conforman con las leyes o las políticas del Estado. En el contexto interinstitucional, es aún posible que una institución celebre un compromiso político que vaya en contra –o directamente contradiga– otros intereses o acuerdos institucionales del Estado.

Esas preocupaciones ayudan a explicar por qué algunos Estados han diseñado mecanismos officiosos de examen para sus compromisos políticos. Colombia, por ejemplo, limita la capacidad de suscribir acuerdos no vinculantes a aquellos con capacidad jurídica para representar a la entidad y sujeto a la verificación por la oficina jurídica pertinente de que los compromisos que se asumen no excederán las funciones y facultades que la Constitución o las leyes otorgan a esa entidad.^{284/} En Perú, los compromisos políticos no vinculantes que asume el Estado están coordinados con todas las entidades gubernamentales dentro del ámbito que comprende su contenido. La oficina jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores es la encargada de decidir la aprobación de su firma. Pero en los casos en que el acuerdo no vinculante es de nivel interinstitucional, las negociaciones son conducidas por la institución interesada y, “aunque según la legislación peruana no existe un mandato de someter el proyecto de instrumento al Ministerio de Relaciones Exteriores para su consideración, muchas entidades gubernamentales así proceden”.^{285/}

México y los Estados Unidos repiten empeños similares de examinar las propuestas de acuerdos no vinculantes para confirmar que tienen ese carácter y por lo demás se conforman con su propia práctica en los tratados.^{286/} Pero lo que no es tan claro es con qué regularidad se realiza ese examen. En la respuesta de México se indica que se produce “a solicitud de la entidad mexicana firmante” (aunque la autoridad mexicana relevante envía copias del instrumento una “vez formalizado”). En los Estados Unidos, aunque no informa de ningún “procedimiento formal que rija la celebración de instrumentos no vinculantes legalmente...dichos instrumentos son examinados con respecto a su contenido y a su redacción, inclusive para asegurar que reflejan debidamente la intención de que el instrumento no se rija por derechos u obligaciones del derecho interno o internacional o no suscite estos”.

En la *Directriz 4.2* se exhorta a los Estados a que, como práctica óptima, formalicen y regularicen su examen de los compromisos políticos. Ello eliminaría la calidad *ad hoc* de los mecanismos officiosos de examen vigentes, en los que no está claro exactamente con qué frecuencia y en qué circunstancias los procedimientos internos del Estado dan lugar al examen de los compromisos políticos antes de su celebración. Como sugiere la *Directriz*, esos procedimientos podrían estar diseñados para confirmar el carácter no vinculante del acuerdo a examen y su congruencia con las leyes y políticas exteriores del Estado. Esos procedimientos aliviarían también las preocupaciones de que una determinada institución dentro de un Estado (sea un ministerio de gobierno o una unidad territorial subnacional) celebre un compromiso político de cuya existencia no tienen conciencia el gobierno u otras instituciones del Estado, para no hablar de su contenido.

Pero las *Directrices* no pretenden elaborar ninguna práctica óptima respecto de los contenidos de los propios procedimientos de aprobación. Los Estados muy probablemente deseen evitar la imposición de procesos de aprobación muy restrictivos u onerosos que privarían al compromiso político

²⁸⁴. Respuesta de Colombia, *supra*. De manera que de los ministerios gubernamentales de Colombia, sólo el Ministerio de Relaciones Exteriores está autorizado a firmar compromisos políticos en nombre del Estado en su conjunto, sujeto al examen del Departamento de Asuntos Jurídicos Internacionales del Ministerio de Relaciones Exteriores. Los compromisos políticos interinstitucionales son examinados por la oficina jurídica de la institución de que se trate. *Ibid.*

²⁸⁵. Respuesta del Perú, *supra* (la evaluación de los compromisos políticos “realizados por el Ministerio de Relaciones Exteriores se centra en comprobar su congruencia con la política externa y su redacción . . .”).

²⁸⁶. Respuesta de México, *supra*; Respuesta de los Estados Unidos, *supra*.

de los beneficios de rapidez y flexibilidad en que se funda su actual popularidad. Sin embargo, al mismo tiempo, al formalizar algún examen de procedimiento de los compromisos políticos del Estado, el gobierno puede asegurar que el poder ejecutivo no celebre tratados disfrazados de compromisos políticos o por lo demás intente eludir los procedimientos internos de aprobación que exige la elaboración de tratados. Todos los Estados debieran tener interés en asegurarse de que los compromisos políticos se usen sólo en las circunstancias apropiadas y no como forma de eludir la incidencia legislativa o judicial que se exige para la celebración de acuerdos vinculantes por parte del Estado. El establecimiento de al menos *algunos* procedimientos para la aprobación de compromisos políticos entre Estados o interinstitucionales contribuiría a mitigar ese riesgo.

4.3 Elaboración de procedimientos internos de aprobación de los contratos entre los Estados. *Los Estados que suscriben contratos interestatales deberían elaborar y mantener procedimientos para aprobar la celebración de los mismos. En términos ideales, esos procedimientos incluirían a) información sobre cómo el Estado identificará el derecho interno rector del contrato y, b) mecanismos para confirmar ese derecho rector con los demás Estados contratantes para evitar conflictos futuros.*

Comentario: Algunos Estados –no todos- tienen la práctica de suscribir contratos con otros. De ellos, varios Estados han formulado procedimientos para examinar o aprobar la concertación de tales contratos. Ecuador cuenta con una ley de compras del gobierno que, si bien da prioridad a los términos de todo contrato entre Estados, regula dichos acuerdos en los casos en que involucran a “empresas públicas internacionales”, incluidas las empresas públicas de otros Estados.^{287/} Los Estados Unidos tiene un programa de ventas militares al exterior que incluye un programa con instrucciones sobre los requisitos y etapas que deben seguirse.^{288/} La Constitución de México (Art. 134) exige ciertas licitaciones públicas para ciertos tipos de conductas (por ejemplo, adquisiciones, arrendamiento de activos y servicios públicos) que, a su vez, requieren “contratos que deben seguir los procedimientos y observar las formalidades establecidas en el marco legal nacional aplicable (federal, estadual y municipal)”.^{289/}

En la *Directriz 4.3* se propone como práctica óptima que *todos* los Estados que tienen la práctica de celebrar contratos con otros Estados cuenten con procedimientos para autorizar la celebración de tales acuerdos vinculantes. Contar con procedimientos para celebrar contratos entre Estados permitiría que estos confirmaran el carácter contractual de los acuerdos propuestos y así evitar la caracterización inadvertida de un tratado o un compromiso político como un contrato. Además, estos procedimientos ayudarían a aliviar problemas que pueden surgir con respecto a la ley del gobierno sobre contratos. Los Estados debieran contar con procedimientos que indicaran si y cuando (i) insistirían en su propia legislación nacional como ley rectora, (ii) permitirían que la legislación del otro Estado contratante rigiera el contrato, o (iii) autorizaría en su lugar el empleo de la ley de contratos de un tercer Estado. Además, los Estados podrían disponer de procedimientos que exijan la comunicación con la otra parte contratante en relación con estas cuestiones de la ley que rige los instrumentos. Ello ayudaría a evitar

^{287.} Véase, por ej., Respuesta del Ecuador, *supra* (citando el artículo 100 Reglamento General de la Ley Orgánica sobre el sistema de adquisiciones del Gobierno Nacional que autoriza contratos con “empresas públicas internacionales” y dispone “los términos y condiciones de todo acuerdo relevante); *ibid* (citando la Ley Orgánica sobre el Sistema de Adquisiciones del Gobierno Nacional, Art. 3, el cual exige el cumplimiento de los términos de los acuerdos y dispone que “(l)o que no esté previsto en esos acuerdos se regirá por las disposiciones de la presente Ley”).

^{288.} Véase Programa de Estados Unidos sobre las ventas militares al exterior, disponible en <http://www.dsca.mil/programs/foreign-military-sales-fms>.

^{289.} Respuesta de México, *supra*.

problemas en los casos en que las partes contratantes discrepan sobre qué sistema jurídico nacional rige el contrato celebrado.

4.4 Procedimientos internos de aprobación de los acuerdos interinstitucionales vinculantes. *Los Estados deberían contar con procedimientos que les permitan asegurar la autorización apropiada a sus instituciones (sean ministerios de gobierno, unidades subnacionales o ambos) para celebrar contratos, sea al amparo de la propia legislación interna del Estado o de la legislación interna de otro Estado. En términos ideales, esos procedimientos (a) definirían cómo un Estado diferencia para sí si la institución celebra un tratado o un contrato, y (b) contaría con mecanismos para confirmar que la otra institución concuerda en cuanto al tipo y el carácter jurídicamente vinculante del acuerdo interinstitucional.*

Comentario: En concordancia con la *Directriz 4.1*, los Estados deberían decidir para ellos mismos si autorizar a sus instituciones a celebrar acuerdos vinculantes y de qué tipo.^{290/} Además, los Estados pueden autorizar a ciertas instituciones a celebrar tratados o contratos, pero no a otras. Por ejemplo, el Estado podría permitir que un organismo gubernamental celebre un tratado a su propio nombre pero no a una entidad subnacional, o viceversa. El artículo 124 de la Constitución de Argentina, por ejemplo, autoriza a las unidades subnacionales a celebrar tratados –a los que denomina “acuerdos internacionales” con el “conocimiento del Congreso” y “siempre que no sean incompatibles con la política externa de la Nación y no afecte los poderes delegados al Gobierno Federal o el prestigio público de la Nación”. Al mismo tiempo, la Argentina niega a sus ministerios nacionales la facultad de celebrar tratados en su propio nombre.^{291/}

Varios Estados ya cuentan con reglamentos o procedimientos de aprobación para los acuerdos de sus instituciones. Algunos Estados simplemente amplían el ámbito de los procedimientos existentes para los acuerdos del Estado a sus instituciones. Los Estados Unidos, por ejemplo, requieren la misma consulta y aprobación por parte del Departamento de Estado para los acuerdos interinstitucionales que aplican a los tratados que celebra en nombre de Estados Unidos. Otros Estados han diseñado procedimientos centrados en uno o más tipos de instituciones. Jamaica informa de una práctica del ministerio, departamento u organismo pertinente conforme a la cual procura la aprobación del gabinete para negociar un acuerdo vinculante y posteriormente procura también la aprobación para suscribirlo. Luego, la Oficina Jurídica del Departamento de Relaciones Exteriores archiva las copias de los acuerdos interinstitucionales firmados. En México, la Ley sobre celebración de tratados de 1992 regula el contenido y los límites funcionales de los acuerdos interinstitucionales que involucran a los ministerios del Gobierno federal de México o a sus gobiernos estatales o regionales.^{292/} Las instituciones mexicanas sólo pueden celebrar acuerdos vinculantes (i) sobre materias dentro del ámbito exclusivo del área o de la entidad que celebra el acuerdo; (ii) el acuerdo sólo puede afectar a la entidad que lo celebra; (iii) el presupuesto regular de la entidad debe ser suficiente para cubrir las obligaciones financieras del acuerdo; (iv) no pueden afectarse los derechos jurídicos de las personas, y (v) no es posible modificar la legislación vigente. Además, el artículo 7 de la Ley sobre celebración de tratados exige a las instituciones mexicanas que informen a la Secretaría de Relaciones Exteriores de todo acuerdo

²⁹⁰. De manera que estados como Brasil, Colombia, República Dominicana y Perú no autorizan *ningún* acuerdo vinculante de parte de sus organismos gubernamentales, ministerios o instituciones. *Véase, por ej.*, Respuesta del Perú, *supra* (“las entidades gubernamentales peruanas, incluidos los municipios y los gobiernos regionales, no están autorizados a elaborar acuerdos vinculantes conforme al derecho internacional (tratados)”).

²⁹¹. Respuesta de la Argentina, *supra*.

²⁹². *Ley relativa a la elaboración de tratados, reimpressa en 31 ILM 390 (1992), CDLX Diario Oficial de la Federación 2 (2 enero 1992).*

interinstitucional vinculante que pretendan celebrar, con el requisito de que el Departamento Jurídico de la Secretaría de Relaciones Exteriores informe de la legalidad de suscribir tal acuerdo.^{293/}

Los Estados han procurado mayor orientación en relación con los acuerdos interinstitucionales por tres razones. Primero, no siempre está claro si una institución puede celebrar *algún* acuerdo. Segundo, aún si la institución puede tener ciertas facultades para celebrar acuerdos, de ello no se deriva que pueda celebrar los tres tipos de acuerdos que aquí se consideran (es decir, tratados, compromisos políticos y contratos). Tercero, en casos individuales, a menudo no está claro qué carácter jurídico tiene el acuerdo interinstitucional celebrado.

La *Directriz 4.4* respalda una práctica óptima que aborda las tres cuestiones exhortando a los Estados que permiten los acuerdos interinstitucionales a contar con procedimientos que aseguren el debido examen o aprobación de tales acuerdos. Las *Directrices* dejan en manos de los Estados decidir si esos procedimientos deben tener una base legal o existen como cuestión de política. Análogamente, los Estados deben tener libertad para decidir si contar con procedimientos que autorizan ciertos acuerdos interinstitucionales en general o diseñar un sistema caso por caso de notificación o aprobación.

Además, la *Directriz 4.4* sugiere que los Estados pueden incluir en sus procedimientos mecanismos para diferenciar entre los acuerdos vinculantes de las instituciones. Ello podría incluir, por ejemplo, un requisito de que todos los contratos contengan una cláusula explícita sobre el derecho que los rige para evitar toda sugerencia de que reúnen los requisitos de un tratado. O los procedimientos del Estado podrían establecer una presunción por defecto cuando dos o más instituciones del Estado conciertan un acuerdo vinculante, por ejemplo, estableciendo la presunción de que el acuerdo tiene los requisitos de un tratado o, contrariamente, una presunción de que los acuerdos interinstitucionales vinculantes son contratos y no tratados. En términos ideales, los Estados podrían aún incluir procedimientos que requieran a la institución involucrada confirmar con sus contrapartes en el acuerdo un entendimiento compartido de que a) el acuerdo es vinculante (o no) y, b) qué tipo de acuerdo vinculante celebrarán, sea un tratado o un contrato.

4.5 *Divulgación pública de las facultades institucionales para celebrar acuerdos vinculantes.* *Los Estados deberían hacer público qué instituciones –de haberlas- pueden estar autorizadas para celebrar tratados, sea en nombre del Estado como un todo o en su propio nombre. Los Estados también deberían hacer público cuáles –de haberlas- de sus instituciones pueden estar autorizadas a celebrar contratos, sea en nombre del Estado en su conjunto, o en su propio nombre. Los Estados pueden realizar esta divulgación en general, por ejemplo, publicando sus procedimientos en Internet, o específicamente, comunicándose con otros Estados o instituciones del Estado específicamente en relación con las facultades de sus instituciones y los procedimientos pertinentes conforme a los cuales operan.*

Comentario: La *Directriz 4.4* se centra en exhortar a los Estados a diseñar procedimientos que aseguren que el Estado es suficientemente consciente de si sus instituciones pueden celebrar acuerdos vinculantes y qué tipo de acuerdos. La *Directriz 4.5* promueve la comunicación entre Estados de las conclusiones alcanzadas y de los procedimientos empleados por los Estados para aprobar y supervisar la elaboración de acuerdos interinstitucionales. Otros Estados podrían beneficiarse de saber (i) qué instituciones estatales pueden celebrar acuerdos vinculantes (o no vinculantes) con instituciones extranjeras; (ii) qué tipo de acuerdos pueden estar autorizados, y (iii) cuáles son los procesos para ello. Esta información puede asistir a otro Estado o a sus instituciones para decidir si celebra un acuerdo con una institución estatal y qué forma debe tener. Además, la información compartida puede ser útil en casos específicos para reducir la confusión (o, inclusive, opiniones en conflicto) en cuanto a qué tipo de acuerdo interinstitucional se ha celebrado. Finalmente, la divulgación de los procedimientos puede ofrecer

²⁹³. Respuesta de México, *supra*.

modelos o ejemplos útiles de procesos en los que se pueden basar Estados con menos experiencia en acuerdos interinstitucionales.

4.6 *Publicación de registros nacionales de acuerdos vinculantes.* *Los Estados deberían crear y mantener registros públicos de todos sus acuerdos vinculantes y de los de sus instituciones.*

Comentario: Todos los Estados están obligados a registrar sus tratados en las Naciones Unidas, en virtud del artículo 102 de la Carta de la Organización. La mayoría de los Estados tienen y mantienen listas y archivos de sus tratados y contratos gubernamentales. En muchos casos, los Estados hacen públicas sus propias listas de tratados —o de los propios acuerdos—, sea mediante publicación en el Diario o Boletín Oficial o en una serie específica de tratados. Pero los Estados pueden limitar qué tratados desean publicar, dejando otros que traten de materias que consideren de menor importancia o, por el contrario, los que contienen compromisos que implican información o programas clasificados. Por su parte, existe mucho menos divulgación de los contratos entre Estados o interinstitucionales.

La *Directriz 4.6* sugiere que los Estados deberían contar con registros *públicos* de los acuerdos que obligan al Estado y a sus instituciones. En términos ideales, esos registros podrían incluir, no sólo la existencia de un acuerdo, sino también su contenido. La divulgación pública de los acuerdos vinculantes por el Estado o sus instituciones se conforma con el imperio del derecho y los valores democráticos, ofreciendo al público una ventana hacia un área clave de la conducta del Estado. Los registros públicos podrían ser beneficiosos para el Estado también internamente. El conocimiento a todos los niveles del Gobierno de los acuerdos vinculantes del Estado puede ayudar a asegurar que los organismos gubernamentales interesados conocen todos los acuerdos vinculantes. Esa información debiera asegurar un seguimiento más periódico de qué acuerdos vinculantes existen y una mejor coordinación intragubernamental en su formación. Los registros públicos de tratados y contratos también brindarían beneficios externos. Esos registros brindarían un canal con información periódica para otros Estados, ofreciendo las opiniones del Estado que comparte la información sobre la existencia y el carácter jurídico de sus acuerdos vinculantes. Ello permitiría un reconocimiento más rápido (y, es de esperar, más fácil) de las posibles diferencias en la existencia de un acuerdo y su carácter de tratado o de contrato. Esos registros públicos podrían inclusive crear espacio para la solución de las diferencias de opinión por adelantado, en lugar de hacerlo como reacción a un problema o una crisis concreta.

4.7 *Un registro nacional de compromisos políticos.* *Los Estados deberían mantener un registro nacional de todos sus compromisos políticos y de los de sus instituciones, o al menos de los más significativos.*

Comentario: Actualmente, los Estados padecen un déficit de información con respecto al número y contenido de sus compromisos políticos, sea rotulados como memorandos de entendimiento o con otro título. Cualesquiera sean los procedimientos officiosos que puedan existir para examinar y aún aprobar los compromisos políticos, la mayoría de los Estados no los cuentan ni recogen.²⁹⁴ De manera que existe una verdadera falta de información disponible acerca del número y el tipo de acuerdos no vinculantes celebrados por los Estados y sus instituciones.

La *Directriz 4.7* apunta a llenar esta laguna de información exhortando a los Estados a aceptar una práctica óptima conforme a la cual establecen un contacto centralizado dentro del gobierno en que se puedan recoger y mantener los compromisos políticos. Al igual que con los registros de tratados existentes, un registro de compromisos políticos tendría valiosos beneficios internos y externos. Alertaría

²⁹⁴. Ecuador podría ser una singular excepción—informa de una práctica de registrar en el Directorio de Asesoramiento Jurídico sobre Derecho Internacional Público “los acuerdos políticos no vinculantes (declaraciones conjuntas y comunicados)” indicando a la vez que en algunos casos esos compromisos dieron lugar a una “opinión jurídica de la Oficina de Coordinación Jurídica General del Ministerio de Relaciones Exteriores.” Respuesta del Ecuador, *supra*.

a otros actores dentro del Estado, como el parlamento o las instituciones no participantes, de la existencia de un compromiso político. Así podrían eliminar el incentivo de usar los compromisos políticos como meros medios para evitar los procedimientos internos de aprobación asignados a los acuerdos vinculantes. Externamente, informaría a los demás Estados del contenido y supuesto carácter jurídico no vinculante de los compromisos incluidos en la lista, ofreciendo espacio para nuevas averiguaciones o comunicaciones sobre los compromisos políticos que los demás Estados consideren adecuados. Además, alertaría a la opinión pública del Estado de *todos* los acuerdos que el Estado ha celebrado y no sólo de los que pueden generar efectos jurídicos. La opinión pública tiene un claro interés en conocer más sobre los acuerdos que pueden dar lugar a consecuencias sustanciales para sus Estados, aunque esas consecuencias puedan tener forma política (y no jurídica).

