



Asamblea General

Distr. general
18 de febrero de 2025
Español
Original: francés

Comisión de Derecho Internacional

76º período de sesiones

Ginebra, 14 de abril a 30 de mayo y

30 de junio a 31 de julio de 2025

Segundo informe sobre los acuerdos internacionales jurídicamente no vinculantes

Mathias Forteau, Relator Especial*

Índice

	<i>Página</i>
I. Introducción	3
II. Forma del resultado de la labor	4
III. Aspectos generales (disposiciones introductorias del proyecto)	5
A. Objeto	5
B. Términos empleados	7
1. Uso de la expresión “jurídicamente no vinculante”	7
2. Uso del término “acuerdo”	9
3. Proyecto de conclusión sobre la terminología	15
C. Ámbito de aplicación	16
D. Cláusula sin perjuicio	21
IV. Distinción entre los tratados y los acuerdos internacionales jurídicamente no vinculantes	22
A. Enfoque general	22
1. Enfoque general en la jurisprudencia	23
2. Enfoque general en la práctica	29
3. Enfoque general en la doctrina (incluida la labor de codificación)	31
4. Proyecto de conclusión propuesto	36
B. Existencia de una indicación expresa	37
1. Jurisprudencia	37
2. Práctica	38

* El Relator Especial desea agradecer a Jessica Joly Hébert y Laura Khennouf, doctorandas del Centro de Derecho Internacional (CEDIN) de la Universidad de París Nanterre, la ayuda prestada para la elaboración del presente informe.



3.	Doctrina (incluida la labor de codificación)	40
4.	Proyecto de conclusión propuesto	42
C.	Casos en que no existe una indicación expresa: indicadores pertinentes	42
1.	Jurisprudencia relativa a los indicadores	44
2.	Práctica relativa a los indicadores	53
3.	Doctrina (incluida la labor de codificación) relativa a los indicadores	59
V.	Organización de la labor y calendario de trabajo	62

I. Introducción

1. El presente informe¹ es una continuación del primero que se elaboró sobre este tema² y de los debates celebrados el año pasado sobre la base de ese texto en la Comisión³ y en la Sexta Comisión de la Asamblea General⁴. Persigue dos objetivos, de conformidad con el plan de trabajo establecido en el primer informe⁵. Por una parte, se extraen conclusiones de los debates sobre los aspectos generales del tema, es decir, la forma del proyecto (cap. II), su objeto, la terminología empleada, el ámbito de aplicación del proyecto y las cuestiones sobre las que deberían formularse reservas mediante una cláusula sin perjuicio (cap. III). Por otra parte, se inicia el examen de la primera cuestión de fondo mencionada en el informe anterior⁶: la distinción entre los tratados y los acuerdos internacionales jurídicamente no vinculantes (cap. IV). Asimismo, se proponen proyectos de conclusión sobre esos distintos aspectos. Para facilitar su consulta, dichos proyectos se reproducen en el anexo del presente informe⁷. Por último, se ofrecen algunas indicaciones con respecto a la organización de la labor y el calendario de trabajo (cap. V).

2. El estudio realizado en las páginas que siguen se basa en el material expuesto de manera resumida en el primer informe (práctica, jurisprudencia y doctrina)⁸ y actualizado posteriormente por el Relator Especial. También se basa en la información, de gran utilidad, facilitada por las delegaciones que intervinieron en relación con este tema en la Sexta Comisión el pasado mes de octubre⁹ y en la información que varias de ellas facilitaron después por escrito a raíz de la solicitud de información formulada por la Comisión el año pasado¹⁰. El presente informe se sustenta además en las respuestas al cuestionario del Comité de Asesores Jurídicos sobre Derecho Internacional Público (CAHDI) sobre la práctica de los Estados y las organizaciones internacionales en materia de acuerdos jurídicamente no vinculantes, de marzo de 2022. Esas respuestas se publicaron en línea a finales de 2024 en el sitio web del CAHDI y pueden consultarse desde el pasado mes de diciembre¹¹. Por último, el presente informe se basa en investigaciones complementarias realizadas para conocer mejor las prácticas nacionales en la materia¹².

¹ La versión original del presente informe está redactada en francés y contiene algunas citas en español e inglés.

² A/CN.4/772.

³ A/CN.4/SR.3681 a 3687, así como A/CN.4/SR.3699, 3700 y 3701.

⁴ Véase <https://www.un.org/en/ga/sixth/79/summaries.shtml> y A/C.6/79/SR.21, 23, 26, 28, 29 y 30.

⁵ A/CN.4/772, párr. 143.

⁶ A/CN.4/772, párrs. 118 a 126.

⁷ Los proyectos de conclusión se han redactado en francés. El Relator Especial también envió a la Secretaría una versión en inglés.

⁸ A/CN.4/772, cap. VI. Véase también, en relación con los trabajos anteriores sobre el tema, *ibid.*, cap. V.

⁹ Medio centenar de delegaciones intervinieron en la Sexta Comisión en octubre de 2024 en relación con este tema y aportaron información muy valiosa sobre su práctica. Opinaron sobre el tema las delegaciones siguientes (por orden de intervención): Croacia, China, Unión Europea, Finlandia (en nombre de los países nórdicos: Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia), Letonia (en nombre de los países bálticos: Estonia, Letonia y Lituania), Brasil, Eslovenia, Portugal, Polonia, Austria, Rumanía, Armenia, Belarús, Irlanda, Singapur, Sudáfrica, Israel, Italia, Reino de los Países Bajos, República Checa, Australia, Japón, Chile, Estados Unidos de América, República de Corea, Sierra Leona, Francia, Eslovaquia, Guatemala, Suiza, Tailandia, Chipre, República Islámica del Irán, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Türkiye, Colombia, Malasia, India, El Salvador, Estados Federados de Micronesia, Federación de Rusia, Estonia, Argentina, Grecia, Argelia, Sri Lanka, Bulgaria, Filipinas, México y Organización Jurídica Consultiva Asiático-Africana.

¹⁰ A/79/10, párr. 54. En la fecha de presentación de este informe (17 de febrero de 2025), habían facilitado información por escrito en español, francés, inglés o ruso los 15 Estados siguientes (por orden de presentación): Eslovenia, Finlandia, Austria, Suiza, Australia, Reino Unido, Argentina, Reino de los Países Bajos, Estados Unidos de América, México, Guatemala, Polonia, Irlanda, Federación de Rusia y Francia. Esa información puede consultarse en el sitio web de la Comisión.

¹¹ El cuestionario y las respuestas pueden consultarse en francés e inglés en <https://www.coe.int/en/web/cahdi/the-practice-of-states-and-international-organisations-regarding-non-legally-binding-instruments>.

¹² Esas prácticas nacionales se examinarán en particular en el capítulo IV del presente informe.

3. En el estudio que sigue y en la formulación de los proyectos de conclusión que somete a debate, el Relator Especial ha intentado proceder con la cautela necesaria. Como se indicará más adelante, varios Estados se encuentran en proceso de adopción de directrices nacionales sobre el tema, por lo que conviene que la labor de la Comisión acompañe la evolución de la práctica y trabaje en concertación con ella, en lugar de imponer soluciones preestablecidas y definitivas. La labor sobre este tema debe ser lo más colaborativa posible, respetando al mismo tiempo los métodos de trabajo de la Comisión.

II. Forma del resultado de la labor

4. En los debates celebrados el año pasado, los miembros de la Comisión expresaron opiniones contrapuestas sobre la forma que debía adoptar el proyecto, con una ligera preferencia por la elaboración de un proyecto de conclusiones¹³. Por consiguiente, al término de los debates, el Relator Especial “propuso referirse a la labor de la Comisión como un proyecto de conclusiones de manera provisional en su próximo informe y replantearse esa decisión en función de las observaciones formuladas por los Estados en la Sexta Comisión”¹⁴.

5. Las posiciones expresadas en la Sexta Comisión ponen de manifiesto que los Estados están de acuerdo en que el proyecto final no debe ser preceptivo (aspecto que volverá a tratarse en la sección A del capítulo III). Sobre la base de ese parámetro fundamental, algunos mostraron su preferencia por un proyecto de conclusiones y otros por un proyecto de directrices. Un total de 19 Estados indicaron que preferían un proyecto de conclusiones¹⁵. Armenia también apoyó esta opción, aunque indicó su preferencia por la elaboración de un informe analítico¹⁶. Austria expresó sus reservas, alegando que los proyectos de conclusiones estaban más bien reservados a las cuestiones relacionadas con las fuentes del derecho, lo que no corresponde con los acuerdos jurídicamente no vinculantes¹⁷. Cuatro países indicaron que preferirían un proyecto de directrices¹⁸, mientras que el Japón consideró que esa opción sería problemática¹⁹. Otros países no mostraron ninguna preferencia, siempre que el producto final no fuera preceptivo²⁰. Israel, por su parte, rechazó la idea de un proyecto de directrices, conclusiones o recomendaciones y abogó por la elaboración de un informe final²¹. Algunos Estados también mencionaron la posibilidad de identificar las mejores prácticas nacionales en el contexto de la redacción de un proyecto de conclusiones²², o de elaborar una lista de terminología específica o cláusulas modelo²³. Por su parte, Malasia se opuso a esta última opción, ya que toda uniformización limitaría el margen de maniobra de los Estados²⁴.

6. Habida cuenta de las observaciones formuladas por los Estados, el Relator Especial considera oportuno que la labor sobre este tema adopte la forma de un proyecto de

¹³ A/79/10, párr. 297.

¹⁴ A/79/10, párr. 299.

¹⁵ Finlandia (en nombre de los países nórdicos) (A/C.6/79/SR.28, párr. 27), Brasil (*ibid.*, párr. 36), Irlanda (*ibid.*, párr. 101), Australia (A/C.6/79/SR.29, párr. 26), Sierra Leona (*ibid.*, párr. 72), Francia (*ibid.*, párr. 82), Eslovaquia (*ibid.*, párr. 96), Suiza (*ibid.*, párr. 109), Tailandia (*ibid.*, párr. 114), Chipre (*ibid.*, párr. 122), Reino Unido (*ibid.*, párr. 144), Grecia (A/C.6/79/SR.30, párr. 90), Bulgaria (*ibid.*, párr. 115), Filipinas (*ibid.*, párr. 123) y México (*ibid.*, párr. 142). Australia y Suiza reiteraron ese punto de vista en la información presentada por escrito a la Comisión.

¹⁶ Armenia (A/C.6/79/SR.28, párr. 78).

¹⁷ Austria (A/C.6/79/SR.28, párr. 60).

¹⁸ China (A/C.6/79/SR.26, párr. 60), Eslovenia (A/C.6/79/SR.28, párr. 40), Singapur (*ibid.*, párr. 106) y República Islámica del Irán (A/C.6/79/SR.29, párr. 135). Esta parece ser también la posición de El Salvador (A/C.6/79/SR.30, párr. 51).

¹⁹ Japón (A/C.6/79/SR.29, párr. 30).

²⁰ Rumanía (A/C.6/79/SR.28, párr. 66), Malasia (A/C.6/79/SR.30, párrs. 41 y 42), Argelia (*ibid.*, párr. 94).

²¹ Israel (A/C.6/79/SR.28, párr. 117).

²² Chipre (A/C.6/79/SR.29, párr. 122), Suiza (*ibid.*, párr. 106).

²³ Türkiye (A/C.6/79/SR.30, párr. 12). Véase también la propuesta de Filipinas de incluir en el proyecto ejemplos de textos existentes a escala nacional sobre la cuestión que se examina, con los enlaces para consultarlos, lo que podría resultar útil para los Estados que tengan la intención de adoptar textos similares (A/C.6/79/SR.30, párr. 125).

²⁴ Malasia (A/C.6/79/SR.30, párr. 41).

conclusiones. En cuanto a si los proyectos de conclusión deberían ir acompañados de otros textos (buenas prácticas, listas de terminología o cláusulas modelo), cree que esa posibilidad debería plantearse a su debido tiempo. Como se explica más adelante, esa cuestión se tratará este año en relación con los indicadores que deben utilizarse para distinguir los tratados de los acuerdos internacionales jurídicamente no vinculantes, por lo que se abordará en ese contexto (véase la sección C del capítulo IV, *infra*).

III. Aspectos generales (disposiciones introductorias del proyecto)

7. El principal objetivo de la labor realizada en el anterior período de sesiones era definir el alcance del tema y la orientación general que debía darse al proyecto²⁵. Los Estados tuvieron la oportunidad de exponer su punto de vista sobre esos dos aspectos durante los debates en la Sexta Comisión. Sobre esa base, la Comisión está en condiciones de pronunciarse este año sobre la parte introductoria del proyecto de conclusiones. Esa parte estaría integrada por cuatro grupos de disposiciones dedicadas al objeto del proyecto (secc. A), los términos empleados (secc. B), el ámbito de aplicación del proyecto (secc. C) y las cuestiones sobre las que deberían formularse reservas mediante una cláusula sin perjuicio (secc. D), respectivamente.

8. El Relator Especial es plenamente consciente de que los aspectos terminológicos revisten una gran importancia en el marco de este tema, en especial en lo referente al uso del término “acuerdo”. En las disposiciones introductorias de los proyectos elaborados por la Comisión, las cuestiones terminológicas no suelen abordarse antes que las relativas al objeto, el alcance y el ámbito de aplicación del proyecto²⁶. En el caso del presente tema, esas cuestiones tienen que tratarse antes de establecer el ámbito de aplicación, ya que este viene determinado, en cierta medida, por el uso y la definición de los términos.

A. Objeto

9. Los proyectos de conclusiones elaborados por la Comisión suelen comenzar con una disposición en la que se expone su objeto en términos sencillos²⁷. Habida cuenta de la naturaleza del presente tema y las cuestiones particulares que plantea, parece necesario redactar una cláusula más precisa de lo habitual para disipar cualquier ambigüedad en cuanto a lo que la Comisión pretende conseguir.

10. Durante los debates del año pasado, los miembros de la Comisión convinieron con el Relator Especial en que el objetivo de la labor sobre el tema debía consistir en “ofrecer aclaraciones jurídicas sobre cuestiones pertinentes” y “ofrecer a los Estados orientaciones prácticas sobre los aspectos que deberían tener en cuenta al considerar la posibilidad de celebrar acuerdos internacionales jurídicamente no vinculantes, y no en alentar o desalentar su uso”, entendiéndose que la Comisión “debería abstenerse de crear nuevas normas que

²⁵ Véanse, en particular, A/CN.4/772, párr. 6, y A/79/10, párr. 219.

²⁶ Véanse, por ejemplo, los proyectos de artículos sobre las cláusulas de la nación más favorecida, el estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático, la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, el derecho de los acuíferos transfronterizos, la responsabilidad de las organizaciones internacionales, los efectos de los conflictos armados en los tratados, la expulsión de extranjeros o la protección de las personas en caso de desastre, o el proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas (<https://legal.un.org/ilc/texts/texts.shtml>). Como excepción, el proyecto de directrices sobre la protección de la atmósfera comienza directamente con una disposición sobre los términos empleados, pero ésta va precedida de un preámbulo en el que se establece el marco general del tema.

²⁷ Véase, por ejemplo, la conclusión 1 de las conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario (*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2018*, vol. II (segunda parte), pág. 96) o el proyecto de conclusión 1 del proyecto de conclusiones sobre la identificación y las consecuencias jurídicas de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) de 2022 (A/77/10, párr. 44).

podrían limitar la flexibilidad y la utilidad de las formas de acuerdos menos formales²⁸. Esta es también la razón por la que algunos miembros recomendaron que no se utilizara el término “régimen” en relación con los acuerdos jurídicamente no vinculantes²⁹. Al concluir los debates, el Relator Especial declaró que la labor de la Comisión “no debía ser prescriptiva; el objetivo debía ser reducir, en la medida de lo posible, las esferas de inseguridad jurídica” en esa esfera³⁰.

11. Las posiciones expresadas en la Sexta Comisión coincidieron en gran medida con esas orientaciones. Casi todas las delegaciones destacaron la importancia práctica del tema, dado el creciente número de acuerdos internacionales jurídicamente no vinculantes³¹. También subrayaron la necesidad de no restringir la flexibilidad que caracteriza el uso de acuerdos no vinculantes³², no adoptar un enfoque prescriptivo y centrarse en identificar y aclarar la práctica existente³³. En esa misma línea, los Estados que participaron en el debate apoyaron en general el enfoque propuesto por el Relator Especial y la Comisión de concentrarse en los aspectos prácticos del tema³⁴, con el fin de aclarar la práctica existente y aportar una mayor seguridad jurídica sin entorpecer la cooperación internacional, a la que los acuerdos internacionales jurídicamente no vinculantes contribuyen en gran medida³⁵. En sus respuestas por escrito a la solicitud de información de la Comisión, algunos Estados miembros reiteraron la necesidad imperiosa de no privar a los acuerdos no vinculantes de su flexibilidad y falta de formalismo, que constituyen su principal ventaja, y de evitar que la labor de la Comisión sea prescriptiva³⁶. En las causas relativas a la *Plataforma continental del mar Egeo* y a la *Obligación de negociar el acceso al Océano Pacífico (Bolivia c. Chile)*, la Corte Internacional de Justicia trató de preservar el papel de los acuerdos, que, en esos casos, consideró jurídicamente no vinculantes³⁷.

²⁸ A/79/10, párr. 230. Véase también el primer informe, A/CN.4/772, párr. 3 (“Debe quedar claro que este tema no pretende ser prescriptivo”).

²⁹ A/79/10, párr. 260.

³⁰ *Ibid.*, párr. 282.

³¹ Véanse Croacia (A/C.6/79/SR.21, párr. 122); China (A/C.6/79/SR.26, párr. 59); la Unión Europea (A/C.6/79/SR.28, párr. 13); Finlandia (en nombre de los países nórdicos) (*ibid.*, párr. 24); Letonia (en nombre de los Estados bálticos) (*ibid.*, párr. 29); Portugal (28ª sesión, página 3 de la declaración escrita, en <https://www.un.org/en/ga/sixth/79/summaries.shtml>); Polonia (A/C.6/79/SR.28, párr. 50); Rumanía (*ibid.*, párr. 63); Belarús (*ibid.*, párrs. 80 y 81); Irlanda (*ibid.*, párr. 98); Sudáfrica (*ibid.*, párr. 107); Italia (*ibid.*, párr. 123); Chile (A/C.6/79/SR.29, párr. 33); la República de Corea (*ibid.*, párr. 60); Sierra Leona (*ibid.*, párrs. 69 y 70); Francia (*ibid.*, párr. 80); Guatemala (*ibid.*, párr. 100); Suiza (*ibid.*, párr. 106); Chipre (*ibid.*, párr. 118); la República Islámica del Irán (*ibid.*, párr. 132); Malasia (A/C.6/79/SR.30, párr. 35); Grecia (*ibid.*, párr. 86); Sri Lanka (*ibid.*, párr. 102); Bulgaria (*ibid.*, párr. 110); y México (*ibid.*, párr. 139).

³² Véanse, en particular, Croacia (A/C.6/79/SR.21, párr. 122); Singapur (A/C.6/79/SR.28, párr. 103); la República Checa (A/C.6/79/SR.29, párr. 12); Chile (*ibid.*, párr. 34); los Estados Unidos (*ibid.*, párr. 44); Sierra Leona (*ibid.*, párrs. 69 y 70); Eslovaquia (*ibid.*, párr. 95); Guatemala (*ibid.*, párr. 101); Suiza (*ibid.*, párr. 109); el Reino Unido (*ibid.*, párr. 144); Türkiye (A/C.6/79/SR.30, párr. 9); y Colombia (*ibid.*, párr. 20).

³³ Finlandia (en nombre de los países nórdicos) (A/C.6/79/SR.28, párr. 27); Rumanía (*ibid.*, párr. 63); Singapur (*ibid.*, párrs. 103 y 106); Sudáfrica (*ibid.*, párr. 110); República Checa (A/C.6/79/SR.29, párr. 12); Australia (*ibid.*, párr. 25); Estados Unidos (*ibid.*, párr. 44); Suiza (*ibid.*, párr. 109); Türkiye (A/C.6/79/SR.30, párrs. 9 y 12); Grecia (*ibid.*, párr. 86); y Sri Lanka (*ibid.*, párr. 103).

³⁴ Véanse, en particular, Eslovenia (A/C.6/79/SR.28, párr. 39); Austria (*ibid.*, párr. 56); Armenia (*ibid.*, párr. 76); Belarús (*ibid.*, párr. 81); Italia (*ibid.*, párr. 123); la República Checa (A/C.6/79/SR.29, párr. 12); Australia (*ibid.*, párr. 25); Chile (*ibid.*, párr. 33); los Estados Unidos (*ibid.*, párr. 44); Francia (*ibid.*, párr. 82); Eslovaquia (*ibid.*, párr. 95); Türkiye (A/C.6/79/SR.30, párr. 9); la India (*ibid.*, párr. 46); la Federación de Rusia (*ibid.*, párr. 61); Grecia (*ibid.*, párr. 86); Bulgaria (*ibid.*, párrs. 110 y 115); y México (*ibid.*, párr. 142).

³⁵ Véanse, en particular, Letonia (en nombre de los Estados bálticos) (A/C.6/79/SR.28, párr. 2); el Brasil (*ibid.*, párr. 36); Irlanda (*ibid.*, párr. 97); Australia (A/C.6/79/SR.29, párr. 25); el Japón (*ibid.*, párr. 30); los Estados Unidos (*ibid.*, párr. 44); Francia (*ibid.*, párr. 82); la India (A/C.6/79/SR.30, párr. 46); Bulgaria (*ibid.*, párr. 110); y México (*ibid.*, párr. 139).

³⁶ Véase la información transmitida por Australia (párr. 11), los Estados Unidos (párr. 4) y el Reino Unido (párr. 8); véase también la información presentada por Francia (págs. 1 y 2).

³⁷ *Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean (Bolivia v. Chile)*, fallo, I.C.J. Reports 2018, págs. 507 y ss., en especial pág. 543, párr. 105 (“Aunque políticamente importante”) y pág. 543,

12. Convendría incorporar todos esos elementos al proyecto de conclusión sobre el objeto del presente tema³⁸. También podría ser útil precisar en esa disposición que el proyecto de conclusiones se entiende sin perjuicio de la fuerza vinculante de los tratados ni a su régimen. Ello evitaría que se interpretara o malinterpretara inadvertidamente que los tratados no son necesariamente obligatorios y permitiría indicar, desde el primer proyecto de conclusión, que es preciso diferenciar los tratados de los acuerdos internacionales jurídicamente no vinculantes.

13. Sobre la base de lo que antecede, el Relator Especial propone el siguiente proyecto de conclusión, cuyo párrafo 1 se inspira en la formulación utilizada en anteriores proyectos de conclusiones de la Comisión sobre otros temas, mientras que los párrafos 2 a 4 aclaran la naturaleza de labor emprendida por la Comisión sobre el presente tema³⁹:

Primera parte. Introducción

Proyecto de conclusión 1. Objeto

1. El presente proyecto de conclusiones se refiere a los acuerdos internacionales jurídicamente no vinculantes.

2. El presente proyecto de conclusiones no pretende ser preceptivo. Tiene por objeto aportar aclaraciones sobre los acuerdos internacionales jurídicamente no vinculantes.

3. El presente proyecto de conclusiones se entiende sin perjuicio del papel que desempeñan los acuerdos internacionales jurídicamente no vinculantes en la cooperación internacional y la flexibilidad que caracteriza sus modalidades de negociación y adopción.

4. El presente proyecto de conclusiones se entiende sin perjuicio de la fuerza obligatoria que tienen los tratados en virtud del principio *pacta sunt servanda* y su régimen.

B. Términos empleados

14. En el primer informe, el Relator Especial señaló que el término “acuerdo” y la expresión “jurídicamente no vinculante” requerirían aclaraciones terminológicas y aportó información al respecto⁴⁰. Dado que la expresión “jurídicamente no vinculante” no plantea ninguna dificultad, se empezará por definirla (secc. 1) antes de abordar nuevamente la utilización del término “acuerdo” a los efectos del presente tema (secc. 2). Sobre esa base, el Relator Especial explicará el proyecto de conclusión que propone sobre el uso de la expresión “acuerdo internacional jurídicamente no vinculante” (secc. 3)⁴¹.

1. Uso de la expresión “jurídicamente no vinculante”

15. En el primer informe se examinaba en detalle el uso de la expresión “jurídicamente no vinculante” y, cómo no, de su opuesto: la expresión “jurídicamente vinculante”. La definición de esos términos es particularmente necesaria porque, por un lado, permite definir el objeto mismo del presente tema y, por otro lado, es un aspecto esencial de la distinción entre los acuerdos y los tratados internacionales jurídicamente no vinculantes, que se abordará en el capítulo IV del presente informe.

párr. 107; véase también *Aegean Sea Continental Shelf*, fallo, *I.C.J. Reports* 1978, págs. 3 y ss., en especial pág. 44, párr. 108.

³⁸ El comentario a ese proyecto de conclusión puede aclarar además que la presente labor no se ocupa de los motivos o razones para recurrir a los acuerdos internacionales jurídicamente no vinculantes en la práctica contemporánea. A ese respecto, véase [A/CN.4/772](#), nota 237.

³⁹ En relación con el uso del término “acuerdo” en este proyecto de conclusión, véanse las aclaraciones en la sección B.2, *infra*.

⁴⁰ [A/CN.4/772](#), párrs. 91 a 110.

⁴¹ También queda pendiente la cuestión de si el título del tema en inglés debería cambiarse de “legally non-binding” a “non-legally binding”. Véase [A/79/10](#), párr. 289.

16. En el informe, el Relator Especial constataba, en primer lugar, que la expresión “jurídicamente vinculante” era más clara que la expresión “regido por el derecho internacional” utilizada en el artículo 2 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁴². A continuación se señalaba que el adjetivo “vinculante” (“binding”) se utilizaba en la práctica desde 1969⁴³. Por último, se precisaba que la expresión “jurídicamente vinculante” “prevé, entre otras cosas, que un acuerdo contenga disposiciones que generen derechos y obligaciones”. En efecto, lo que caracteriza a un tratado es su carácter obligatorio (“obliga” a las partes), que engloba, “además de las disposiciones que crean derechos y obligaciones específicos, todas las disposiciones vinculantes para las partes” (por ejemplo, un tratado que define una frontera⁴⁴ o un tratado que deroga o modifica un tratado anterior⁴⁵). Esas indicaciones fueron acogidas favorablemente por los miembros de la Comisión⁴⁶.

17. Un examen de la jurisprudencia confirma la validez de ese razonamiento. En la causa relativa a las *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos de América)*, la Corte Internacional de Justicia utilizó una fórmula general (la determinación de si el compromiso reviste un “carácter jurídico” o posee un “valor jurídico”)⁴⁷. En la causa relativa a la *Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein*, examinó más específicamente si el acuerdo “crea derechos y obligaciones en virtud del derecho internacional para las partes”⁴⁸. En la causa relativa a la *Frontera terrestre y marítima entre el Camerún y Nigeria (Camerún c. Nigeria: intervención de Guinea Ecuatorial)*, la Corte examinó una declaración bilateral que delimitaba una frontera y determinó que estaba “regida por el derecho internacional” antes de concluir que esa declaración, al igual que otra declaración bilateral del mismo tipo, eran “instrumentos vinculantes que imponían una obligación jurídica a Nigeria”⁴⁹. En la causa relativa a la *Delimitación marítima en el océano Índico (Somalia c. Kenya)*, asimiló un acuerdo a un tratado, puesto que “obliga a las partes en virtud del derecho internacional”⁵⁰. Un enfoque similar se desprende del fallo sobre las cuestiones de fondo en la causa relativa a la *Obligación de negociar el acceso al océano Pacífico*, en la que la Corte examinó si el acuerdo manifestaba o no “la intención de las partes de quedar jurídicamente vinculadas”⁵¹ y, en particular, si establecía o no una obligación⁵². Del mismo modo, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar ha sostenido que, para determinar si un texto es “jurídicamente vinculante”, es preciso establecer si es una fuente de derechos y obligaciones entre las partes⁵³ o contiene compromisos jurídicos⁵⁴. La práctica arbitral coincide con lo

⁴² A/CN.4/772, párr. 104. La labor de la Comisión sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos no contienen ninguna indicación precisa sobre el concepto de “obligación”, que es, no obstante, uno de los aspectos esenciales de este tema (¿sobre la base de qué elementos puede considerarse que existe un compromiso jurídicamente vinculante cuyo incumplimiento puede dar lugar a responsabilidad internacional?). Los comentarios a los artículos de 2001 sobre la responsabilidad del Estado no dicen nada al respecto.

⁴³ A/CN.4/772, párr. 105.

⁴⁴ *Ibid.*, A/CN.4/772, párrs. 106 y 107.

⁴⁵ Véase Philippe Gautier, “1969 Vienna Convention. Article 2: use of terms”, en Olivier Corten y Pierre Klein (eds.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2011, vol. I, págs. 33 a 56, en especial págs. 43 a 45.

⁴⁶ A/79/10, párrs. 240 a 242.

⁴⁷ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* [Cuestiones de fondo], fallo, *I.C.J. Reports 1986*, págs. 14 y ss., en especial pág. 132, párr. 261.

⁴⁸ *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrein* (Competencia y admisibilidad), fallo, *I.C.J. Reports 1994*, págs. 112 y ss., en especial pág. 121, párr. 25.

⁴⁹ *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria; Equatorial Guinea intervening)*, fallo, *I.C.J. Reports 2002*, págs. 303 y ss., en especial págs. 429 y 431, párrs. 263 y 268.

⁵⁰ *Maritime Delimitation in the Indian Ocean (Somalia v. Kenya)* (excepciones preliminares), fallo, *I.C.J. Reports 2017*, págs. 3 y ss., en especial pág. 24, párr. 50.

⁵¹ *Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean* (véase la nota 37 *supra*), pág. 539, párr. 91.

⁵² *Ibid.*, págs. 551 y 552, párr. 139.

⁵³ “*Hoshinmaru*” (*Japan v. Russian Federation*), pronta liberación, sentencia, *ITLOS Reports 2005-2007*, págs. 18 y ss., en especial pág. 46, párr. 86.

⁵⁴ *Delimitation of the maritime boundary in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar)*, sentencia, *ITLOS Reports 2012*, págs. 4 y ss., en especial pág. 35, párrs. 89 y 93.

señalado. En el *Arbitraje entre los Estados Unidos y el Reino Unido relativo a las tasas de usuario en el Aeropuerto de Heathrow*, el tribunal contrapuso dos hipótesis: un “MoU intended [...] to create independent legally enforceable obligations as opposed to merely recording the understandings of the Parties”⁵⁵. La precisión que aporta el término “independent” es importante. Lo que cuenta es si el acuerdo crea o no *como tal* nuevas obligaciones jurídicas. En el *Arbitraje entre la República de Filipinas y la República Popular China relativo al mar de China meridional*, el tribunal arbitral examinó si los documentos en cuestión “evinced an intention to create legal rights and obligations”⁵⁶.

18. La práctica de los Estados corrobora lo anterior. Por ejemplo, en su Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, de 2014, España establece que un “acuerdo internacional no normativo” es aquel que no constituye fuente de obligaciones internacionales⁵⁷. Del mismo modo, en las respuestas de los Estados al cuestionario del Comité Jurídico Interamericano y al cuestionario del CAHDI, un acuerdo jurídicamente no vinculante se define como aquel que no es fuente de obligaciones internacionales ni tiene efectos jurídicos vinculantes como tal⁵⁸. La *Guía jurídica de tratados y otros instrumentos* de Colombia señala igualmente que los memorandos de entendimiento se caracterizan por no contener términos “imperativos o jurídicamente exigibles”⁵⁹. Las directrices de la India sobre los memorandos de entendimiento establecen que la diferencia clave con los tratados es su intención “to create legally binding obligations”⁶⁰. Las posiciones expresadas en la Sexta Comisión fueron en esa misma línea⁶¹.

19. Evidentemente, basta con que un acuerdo cree una única obligación internacional para que constituya un tratado. Para que un acuerdo sea jurídicamente no vinculante con arreglo al derecho internacional, no debe contener ningún derecho u obligación ni tener efecto jurídico vinculante alguno.

2. Uso del término “acuerdo”

20. El uso del término “acuerdo” en el contexto del presente tema es objeto de debate en la Comisión y la Sexta Comisión. Antes de retomar su examen a los efectos del presente informe, el Relator Especial considera importante no dramatizar en exceso. La labor sobre este tema no debe estancarse por un problema de terminología. Por supuesto, como se verá en el capítulo IV del presente informe, los indicadores terminológicos son un factor importante para establecer si un determinado acuerdo es jurídicamente vinculante o no. No

⁵⁵ *United States-United Kingdom Arbitration concerning Heathrow Airport User Charges*, laudo sobre la primera cuestión, decisión de 30 de noviembre de 1992 (revisada el 18 de junio de 1993), UNRIAA, vol. XXIV, págs. 3 a 334, en especial pág. 131., párr. 6.8.

⁵⁶ *The South China Sea Arbitration between the Republic of the Philippines and the People's Republic of China*, laudo sobre la competencia y la admisibilidad, 29 octubre de 2015, UNRIAA, vol. XXXIII, págs. 1 a 152, en especial pág. 97, párr. 241, y pág. 86, párr. 213.

⁵⁷ España, *Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales*, art. 43 (véase, al respecto, Antonio Pastor Palomar, “Tipos de acuerdos internacionales celebrados por España: al hilo del proyecto de ley de tratados y otros acuerdos internacionales de noviembre de 2013”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 2014, págs. 331 a 337, en especial págs. 333 y 334).

⁵⁸ Véanse las respuestas al cuestionario del Comité Jurídico Interamericano presentadas por la Argentina, Colombia, los Estados Unidos, Jamaica, México, el Perú y la República Dominicana, citadas en el segundo informe de D. Hollis, CJI/doc. 553/18, 2018, párr. 11 y nota 92 (en https://www.oas.org/en/sla/iajc/docs/themes_recently_concluded_Binding_and_Non-Binding_Agreements_CJI-doc_553-18.pdf); así como las respuestas a la pregunta 4 del cuestionario del CAHDI de Albania, Armenia, Bulgaria, Chipre, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, el Reino de los Países Bajos, el Reino Unido, la República de Moldova, Rumanía, Suiza y la Unión Europea. Véase también la respuesta del Consejo de Europa a la pregunta 5.

⁵⁹ Véase Colombia, Ministerio de Relaciones Exteriores, Dirección de Asuntos Jurídicos Internacionales, *Guía Jurídica de Tratados y otros instrumentos*, pág. 23.

⁶⁰ Véase India, “Guidelines/SoP on the conclusion of international treaties in India”, 16 de enero de 2018, pág. 4. Véase también Estados Unidos, *Code of Federal Regulations*, título 22, art. 181.4 b) 1): “An instrument is not a non-binding instrument if it gives rise to legal rights or obligations under either international law or domestic law”.

⁶¹ Véanse, por ejemplo, China (A/C.6/79/SR.26, párr. 60) o Sudáfrica (A/C.6/79/SR.28, párr. 107).

obstante, conviene no confundir la etapa de descripción del objeto general de la labor con la etapa de estudio de los aspectos sustantivos del tema.

21. En el primer informe, el Relator Especial expuso las razones por las que consideraba justificado utilizar el término “acuerdo” en el título del tema, en particular porque de los trabajos preparatorios de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados se desprende que todo tratado es un acuerdo pero no todo acuerdo es un tratado, y porque el término “acuerdo” permite delimitar mejor el ámbito del presente tema⁶². El año pasado, los miembros de la Comisión expresaron opiniones diferentes sobre el uso de este término. Muchos de ellos lo aprobaron⁶³. Otros señalaron que preferían otra palabra, como “instrumento” o “arreglo”⁶⁴. En cualquier caso, sea cual sea el término finalmente elegido, se hizo hincapié en que “sería necesario indicar que el título del tema se entendía sin perjuicio de las opciones terminológicas adoptadas por algunos Estados para orientar su práctica”⁶⁵.

22. Las reacciones en la Sexta Comisión fueron diversas.

23. Siete Estados no adoptaron una posición clara o definitiva, o se mostraron flexibles, en cuanto al término que debe emplearse en el título del tema⁶⁶. Algunos de ellos indicaron que lo fundamental era que el término elegido se entendiera sin perjuicio de los términos utilizados en la práctica internacional y nacional⁶⁷ y que el tema estuviera claramente definido⁶⁸. El Salvador señaló además que la decisión sobre el término que debe utilizarse dependería de cómo defina la Comisión el criterio para establecer la intención de los Estados de concluir o no un compromiso vinculante⁶⁹, lo que equivale a aconsejar a la Comisión que adopte una actitud de espera. Evidentemente, el término empleado en la etapa actual podrá revisarse al ultimar la labor.

24. Quince Estados se mostraron favorables —o, en algunos casos, no se opusieron— al uso del término “acuerdo”, que podría ir acompañado de una cláusula sin perjuicio en relación con el sentido del término⁷⁰. Guatemala utiliza también el término “acuerdos” en la información transmitida a la Comisión.

25. Diecinueve delegaciones se declararon contrarias a la utilización del término “acuerdo”⁷¹. La principal razón aducida es que, en la práctica, ese término se evita al redactar un instrumento jurídicamente no vinculante por temor a que se considere que es un tratado. Por consiguiente, hablar de “acuerdos jurídicamente no vinculantes” plantearía una

⁶² A/CN.4/772, párrs. 93 y ss.

⁶³ El Sr. Lee también señaló que “[e]n cuanto a la traducción de “agreement” (“acuerdo”) a otros idiomas, las preocupaciones expresadas por varios miembros no se plantean en relación con algunos de los idiomas de Asia Oriental. En chino, coreano y japonés, el término inglés “agreement” se traduce de forma diferente según signifique una convergencia de voluntades o una determinada forma de tratado que suele ser vinculante. Por tanto, el riesgo de que el término se malinterprete es mucho menor en esos idiomas” (A/CN.4/SR.3685, pág. 12).

⁶⁴ Véanse las opiniones de los miembros en A/79/10, párrs. 234 a 237 y 285 a 289.

⁶⁵ A/79/10, párr. 238.

⁶⁶ Reino de los Países Bajos (A/C.6/79/SR.29, párr. 7); Francia (*ibid.*, párr. 81); Eslovaquia (*ibid.*, párr. 96); Tailandia (*ibid.*, párr. 115); República Islámica del Irán (*ibid.*, párr. 130); Malasia (A/C.6/79/SR.30, párr. 37); y El Salvador (*ibid.*, párr. 49).

⁶⁷ Véase el Reino de los Países Bajos (A/C.6/79/SR.29, párr. 7). Véase también Singapur sobre este último aspecto (A/C.6/79/SR.28, párr. 104).

⁶⁸ Véase también Eslovaquia (A/C.6/79/SR.29, párr. 96).

⁶⁹ El Salvador (A/C.6/79/SR.30, párr. 49).

⁷⁰ Finlandia (en nombre de los países nórdicos) (A/C.6/79/SR.28, párr. 24); Eslovenia (*ibid.*, párr. 39); Rumanía (*ibid.*, párr. 64); Armenia (*ibid.*, párr. 77); Chile (A/C.6/79/SR.29, párr. 37); República de Corea (*ibid.*, párr. 61); Sierra Leona (*ibid.*, párr. 71); Malasia (A/C.6/79/SR.30, párr. 37); Grecia (*ibid.*, párr. 87); Bulgaria (*ibid.*, párr. 113); y México (*ibid.*, párr. 140).

⁷¹ Croacia (A/C.6/79/SR.21, párr. 122); Unión Europea (A/C.6/79/SR.28, párr. 14); Portugal (28ª sesión, página 4 de la declaración escrita, en <https://www.un.org/en/ga/sixth/79/summaries.shtml>); Polonia (A/C.6/79/SR.28, párr. 50); Austria (*ibid.*, párr. 57); Belarús (*ibid.*, párr. 82); Irlanda (*ibid.*, párr. 98); Sudáfrica (*ibid.*, párr. 108); Israel (*ibid.*, párr. 112); República Checa (A/C.6/79/SR.29, párr. 13); Estados Unidos (*ibid.*, párrs. 45 a 49); Guatemala (*ibid.*, párr. 101); Suiza (*ibid.*, párr. 107); Chipre (*ibid.*, párr. 119); Reino Unido (*ibid.*, párr. 144); Türkiye (A/C.6/79/SR.30, párr. 7); Colombia (*ibid.*, párr. 18); Federación de Rusia (*ibid.*, párr. 62); así como, al parecer, Italia (A/C.6/79/SR.28, par. 123).

contradicción terminológica y podría crear más confusión que arrojar luz en el examen del presente tema⁷². Algunas de esas delegaciones reconocieron que se trataba en efecto de acuerdos o entendimientos mutuos, pero que se debían evitar esos términos⁷³.

26. Entre esas delegaciones no hay consenso en cuanto al término alternativo que debe emplearse. Cuatro propusieron utilizar “arreglo”⁷⁴, pero Francia expresó reservas sobre el uso de ese término, que consideraba que no aportaría mucha claridad al debate⁷⁵. Once propusieron el término “instrumento”⁷⁶, aunque dos Estados se mostraron reacios a utilizarlo por ser demasiado amplio y por su sentido procesal en el derecho convencional (por ejemplo, al hablar de “instrumentos de ratificación”)⁷⁷.

27. Cabe añadir que, en respuesta a la pregunta “¿Se utiliza en la práctica nacional la expresión ‘acuerdo jurídicamente no vinculante’?” del cuestionario elaborado por el CAHDI, 10 Estados contestaron que sí⁷⁸, 15 Estados, la Unión Europea y el Consejo de Europa contestaron que no⁷⁹ y 6 Estados contestaron de manera matizada o no definitiva o no manifestaron explícitamente su posición⁸⁰. En cuanto a la segunda pregunta (“De no ser así, ¿qué término se utiliza [...]?”), las 33 respuestas recibidas ponen de manifiesto que se utiliza diversa terminología y que no hay ningún predominio claro de un término sobre otro.

28. El Relator Especial es especialmente sensible al argumento práctico de que, desde el primer momento, el uso del término “acuerdo” podría introducir más confusión que claridad, ya que ciertas normas nacionales (así como el Artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas) utilizan los términos tratados y acuerdos internacionales para designar los acuerdos internacionales jurídicamente vinculantes y en la práctica de varios Estados se recomienda no emplear ese término al concluir un instrumento no vinculante. Varias de las directrices nacionales transmitidas a la Comisión o identificadas hasta el momento por el Relator Especial (y que se analizarán con más detenimiento en el capítulo IV del presente informe) recomiendan evitar el uso del término “acuerdo” cuando no haya intención de obligatoriedad y prefieren términos más neutros como “instrumento” o “documento”.

⁷² Véase, en particular, la Unión Europea (A/C.6/79/SR.28, párr. 14); Austria (*ibid.*, párr. 57); Sudáfrica (*ibid.*, párr. 108); Israel (*ibid.*, párr. 112); la República Checa (A/C.6/79/SR.29, párr. 13); los Estados Unidos (*ibid.*, párr. 48); Chipre (*ibid.*, párr. 119); y Türkiye (A/C.6/79/SR.30, párrs. 7 y 8). Véase también la información transmitida por Australia (párr. 5); los Estados Unidos (párr. 2) y el Reino Unido (párr. 4).

⁷³ Véanse Colombia (A/C.6/79/SR.30, párr. 18) y la Federación de Rusia (*ibid.*, párr. 62). Véase también, a este respecto, Letonia (en nombre de los países bálticos) (A/C.6/79/SR.28, párr. 30).

⁷⁴ Belarús (A/C.6/79/SR.28, párr. 83); Sudáfrica (*ibid.*, párr. 108); Israel (*ibid.*, párr. 112); y Federación de Rusia (A/C.6/79/SR.30, párr. 62).

⁷⁵ Francia (A/C.6/79/SR.29, párr. 81).

⁷⁶ Croacia (A/C.6/79/SR.21, párr. 122); Unión Europea (A/C.6/79/SR.28, párr. 14); Portugal (28ª sesión, página 4 de la declaración escrita, en <https://www.un.org/en/ga/sixth/79/summaries.shtml>); Polonia (A/C.6/79/SR.28, párr. 50); Austria (*ibid.*, párr. 57); Irlanda (*ibid.*, párr. 98); República Checa (A/C.6/79/SR.29, párr. 13); Guatemala (*ibid.*, párr. 101); Suiza (*ibid.*, párr. 107); Chipre (*ibid.*, párr. 119); y Colombia (A/C.6/79/SR.30, párr. 18). Eslovenia, Finlandia y Suiza también utilizan el término “instrumento” en la información enviada a la Comisión.

⁷⁷ Armenia (A/C.6/79/SR.28, párr. 77) y Belarús (*ibid.*, párr. 83).

⁷⁸ Respuestas al cuestionario del CAHDI de Albania, Armenia, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, España, Hungría, Polonia, la República de Moldova, Rumanía y Suecia.

⁷⁹ Respuestas al cuestionario del CAHDI de Alemania, Austria, Chipre, Eslovenia, Estonia, Finlandia, Georgia, Grecia, Irlanda, Italia, Mónaco, Noruega, Portugal, el Reino Unido y Suiza; así como del Consejo de Europa y la Unión Europea.

⁸⁰ Respuestas al cuestionario del CAHDI de Bélgica, Lituania, Luxemburgo, el Reino de los Países Bajos, la República de Corea y San Marino.

29. Por otra parte, además de lo expuesto en el primer informe y durante el debate celebrado en el 75º período de sesiones de la Comisión, cabe argumentar que:

a) en general, el término “acuerdo” se refiere a todo compromiso o entendimiento mutuos y no solo a los acuerdos jurídicamente vinculantes⁸¹;

b) los trabajos preparatorios de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional previos a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados) evidencian explícita e inequívocamente que la definición de tratado especifica que es un acuerdo “regido por el derecho internacional” precisamente porque existen acuerdos jurídicamente no vinculantes⁸². Como también afirma un memorando jurídico nacional:

[i]t has long been recognised in international practice that governments may agree on joint statements of policy of intention that does not establish legal obligations. [...]

These documents are sometimes referred to as non-binding agreements, gentlemen's agreements, joint statements or declarations. [...]

[...]

[...] The [International Law] Commission decided against their inclusion [in the draft on the law of treaties] by incorporating in its definition the requirement that an international agreement must be ‘governed by international law’ in order to be a treaty”⁸³;

c) asumir desde el principio que el uso del término “acuerdo” significa necesariamente que existe un acuerdo jurídicamente vinculante sería adelantarse a la respuesta de fondo a la cuestión de cómo distinguir los acuerdos jurídicamente no vinculantes de los tratados;

d) también parece apropiado señalar, en el propio título del tema, que la esencia del problema radica en que, dependiendo de la situación, un acuerdo puede ser jurídicamente vinculante o no vinculante, y que precisamente por eso hay que tener muy en cuenta la forma en que se elabora, redacta, adopta y considera un acuerdo; desde esa perspectiva, la expresión “acuerdos internacionales jurídicamente no vinculantes” tiene la ventaja de ser explícita en cuanto a lo que se examina en el presente tema;

e) el problema terminológico parece circular: si se eligiera un término distinto de “acuerdo” —como “instrumento”—, habría que definirlo a los efectos del presente tema. Ahora bien, en la medida en que, como se comentará más adelante, el ámbito de aplicación del tema debe excluir los actos unilaterales para concentrarse en los instrumentos acordados mutuamente, es inevitable volver, de una forma u otra, al concepto de acuerdo para definir estos últimos⁸⁴;

f) las investigaciones ponen de manifiesto en cualquier caso que, si bien algunos Estados no emplean el término “acuerdo” cuando se trata de instrumentos jurídicamente no vinculantes, este se utiliza en una parte sustancial de la práctica internacional relacionada con dichos instrumentos. Como ejemplos de ello cabe citar las Directrices del Comité Jurídico

⁸¹ Véase Kelvin Widdows, “What is an agreement in international law?”, *The British Year Book of International Law*, 1979, págs. 117 a 149, en especial pág. 119: “What, then, is meant by ‘international agreement’ or ‘treaty’? [...] To agree can, however, be [...] to agree on broad guidelines, to agree ‘in honour’, to agree to consider, [...] and so on”; así pues, el término “acuerdo” no abarca únicamente los acuerdos que producen una obligación vinculante en virtud del derecho internacional (“binding obligation in international law”).

⁸² Véase A/CN.4/772, párrs. 30 a 42.

⁸³ Memorando de Robert E. Dalton, Assistant Legal Adviser for Treaty Affairs (Estados Unidos), “International documents of a non-legally binding character”, en *American Journal of International Law*, vol. 88 (1994), pág. 515.

⁸⁴ En la causa relativa a las *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua*, la Corte Internacional de Justicia utilizó la enrevesada expresión “instrument with legal force [...] synallagmatic” (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (véase la nota 47 *supra*), pág. 132, párr. 261).

Interamericano para los Acuerdos Vinculantes y No Vinculantes⁸⁵, las normas para la celebración de acuerdos jurídicamente no vinculantes aprobadas en 2023 por la Asociación de Naciones de Asia Sudoriental (ASEAN)⁸⁶, la legislación española relativa a los acuerdos no normativos⁸⁷, la declaración conjunta del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y Mauricio sobre el archipiélago de Chagos, de 3 de octubre de 2024, en la que se hace referencia a un “political agreement” sujeto a la conclusión ulterior de un tratado⁸⁸, declaraciones adoptadas en el marco de cumbres internacionales⁸⁹, acuerdos bilaterales⁹⁰ y dictámenes jurídicos de la Secretaría de las Naciones Unidas⁹¹;

g) cabe recordar asimismo que este es el enfoque que ha seguido la Comisión en su labor sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados, en cuyo contexto señaló que un “acuerdo” no tiene por qué ser jurídicamente vinculante⁹²;

h) tampoco es infrecuente que en la jurisprudencia se utilice la expresión “acuerdo vinculante”, que parecería indicar que un acuerdo no es necesariamente vinculante, pues de lo contrario el adjetivo sería redundante. En las causas relativas a la *Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein*, la *Frontera terrestre y marítima entre el Camerún y Nigeria* y las *Plantas de celulosa en el río Uruguay (Argentina c. Uruguay)*, la Corte Internacional de Justicia pareció equiparar los términos “acuerdo” y “tratado”⁹³. Sin embargo, en causas posteriores, utilizó la expresión “acuerdo internacional vinculante”⁹⁴. Como se señaló en el primer informe, en la causa relativa a la *Obligación de negociar el acceso al océano Pacífico*, la Corte examinó una serie de actos que calificó de “acuerdos” aunque concluyó que no eran jurídicamente vinculantes⁹⁵. El mismo enfoque — considerar que un “acuerdo” puede ser jurídicamente vinculante o no vinculante — fue adoptado por el tribunal arbitral en el *Laudo relativo a la controversia entre Mauricio y el*

⁸⁵ Véase el propio título de las Directrices (anexas a la resolución CJI/RES. 259 (XCVII-O/20) de 7 de agosto de 2020), así como la directriz 1 y su comentario, en https://www.oas.org/es/sla/cji/informes_culminados_recientemente_Acuerdos_Vinculantes_y_No_Vinculantes.asp. Los Estados Unidos expresaron sus reservas respecto de esas directrices en las observaciones publicadas en el sitio web del Comité, alegando que no se habían tenido suficientemente en cuenta las posiciones de los Estados miembros. Véanse también las observaciones hechas por el Sr. Galindo al respecto en el 75º período de sesiones de la Comisión, A/CN.4/SR.3681, pág. 7.

⁸⁶ Pueden consultarse en https://asean.org/wp-content/uploads/2023/09/Final-RPCA_adopted-by-the-34th-ACC-on-4-Sep-2023.pdf.

⁸⁷ España, Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales.

⁸⁸ <https://www.gov.uk/government/news/joint-statement-between-uk-and-mauritius-3-october-2024>.

⁸⁹ Muchas de las declaraciones aprobadas en las cumbres de los BRICS y del Grupo de los 20, por ejemplo, utilizan el verbo inglés “agree”.

⁹⁰ Véanse, por ejemplo, *Memorandum of Understanding on Survey Cooperation*, de 15 de noviembre de 2024, firmado entre la India y Nigeria, que utiliza la fórmula “Have agreed as follows”, al tiempo que especifica en su artículo 9 que “does not constitute an international agreement that is binding upon the Parties under international law”, o *Memorandum of Understanding on strengthening friendly relations between the Republic of Palau and Okinawa Prefecture of Japan*, de 26 de agosto de 2022, que dispone: “This Memorandum is a non-binding agreement”.

⁹¹ Véase la nota dirigida al Secretario Ejecutivo del Convenio sobre la Diversidad Biológica acerca de los efectos jurídicos de que en las decisiones de la Conferencia de las Partes se sustituya un término utilizado en el Convenio por otro, *Anuario Jurídico de las Naciones Unidas*, 2014, pág. 368.

⁹² Véase A/CN.4/772, párrs. 43 a 49. Colombia expresó sus reservas con respecto al recurso automático, sin un análisis más profundo en el contexto del presente tema, a las conclusiones sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados aprobadas en 2018 (A/C.6/79/SR.30, párr. 22).

⁹³ *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrein* (véase la nota 48 *supra*), págs. 120 y 121, párrs. 23 y 25. *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria* (véase la nota 49 *supra*), pág. 429, párr. 263; y *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, fallo, I.C.J. Reports 2010, págs. 10 y ss., en especial págs. 45 y 46, párr. 62.

⁹⁴ *Maritime Dispute (Peru v. Chile)*, fallo, I.C.J. Reports 2014, págs. 3 y ss., en especial pág. 38, párr. 90; y *Maritime Delimitation in the Indian Ocean* (véase la nota 50 *supra*), pág. 24, párr. 49 (cabe señalar que, en su fallo, la Corte también utiliza el término “instrumento” para referirse al memorando que finalmente concluye que constituye un tratado: véase pág. 21, párr. 41).

⁹⁵ A/CN.4/772, párr. 94 d), nota 195.

*Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte sobre la zona marina protegida de Chagos*⁹⁶ y la Comisión de Conciliación entre Timor-Leste y Australia en su decisión sobre la competencia⁹⁷. También se encuentra, por ejemplo, en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁹⁸.

30. En estas circunstancias, el Relator Especial considera que la Comisión tiene dos opciones para definir el objeto del presente tema.

31. La primera opción sería utilizar un término distinto de “acuerdo”. El término “instrumento” sería, sin duda, el más apropiado de los que se han sugerido. Así, se sustituiría el término “acuerdo” en el título del tema y en los proyectos de conclusión, incluido el primero propuesto en la sección precedente. No obstante, en ese caso el término tendría que definirse con precisión a los efectos del presente tema para excluir, entre otras cosas, los actos unilaterales, que constituyen un tema aparte (véase la sección C del presente capítulo, *infra*).

32. Sin embargo, establecer esa definición no es tarea fácil, ya que el término “instrumento” tiene un significado muy amplio que supera con creces el alcance de este tema⁹⁹. Este término se usa con diferentes sentidos en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹⁰⁰ y también se emplea en la definición de tratado¹⁰¹. Una solución podría ser utilizar la expresión “instrumentos bilaterales o multilaterales”, pero tampoco es idónea, ya que la resolución de una organización internacional puede considerarse un instrumento multilateral aunque sea un acto jurídico unilateral atribuible a la organización. Otra solución podría consistir en utilizar la perífrasis “instrumentos *entre* sujetos de derecho internacional” —en la que la preposición “entre” marca el carácter mutuo y no unilateral de los instrumentos abarcados por el presente tema—, pero no hay garantía de que el lector del proyecto de conclusiones capte fácilmente esa sutileza en la redacción. La expresión “instrumento mutuo” podría ser una solución de compromiso, pero, por un lado, la fórmula “instrumentos mutuos internacionales jurídicamente no vinculantes” sería poco elegante y, por otro lado, no hay certeza de que sea suficientemente clara y fácilmente traducible a otros idiomas.

33. La segunda opción sería mantener el término “acuerdo” en la etapa actual de la labor y sin perjuicio de la decisión final que se tome sobre este término una vez que se haya debatido el proyecto de conclusiones completo y el texto se encuentre en proceso de aprobación en primera lectura. Esa opción iría acompañada de la inserción, inmediatamente

⁹⁶ Véase *Arbitration regarding the Chagos Marine Protected Area between Mauritius and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*, laudo, 18 de marzo de 2015, UNRIAA, vol. XXXI, págs. 359 a 606, en especial pág. 538, párr. 426: “[w]hile the Tribunal readily accepts that States are free in their international relations to enter into even very detailed agreements that are intended to have only political effect, the intention for an agreement to be either binding or non-binding as a matter of law...”.

⁹⁷ *Timor Sea Conciliation (Timor-Leste v. Australia)*, decisión sobre la competencia de 19 de septiembre de 2016, UNRIAA, vol. XXXIV, págs. 205 a 243, en especial pág. 224, párr. 54 (“Australia accepts that this exchange of letters did not constitute a binding agreement [...]. In Australia’s view, the exchange of letters was nonetheless an ‘agreement’ [...].”).

⁹⁸ Véase la sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 28 de julio de 2016, asunto C-660/13, *Consejo de la Unión Europea contra Comisión Europea*, que utiliza la expresión “acuerdo no vinculante” en los párrafos 40 a 43 (véase también párr. 39).

⁹⁹ En una decisión de 2005, el Tribunal Federal de Australia sostuvo, por ejemplo, que ese término “is commonly used to refer to non-binding documents such as general assembly resolutions, draft instruments prepared by the International Law Commission, or non-binding declarations made by groups of states [...] and treaties not yet in force” (Australia, *SRYYY v Minister for Immigration and Multicultural and Indigenous Affairs*, sentencia, [2005] FCAFC 42, ILDC 981 (AU 2005), No N57 OF 2004, (2005) 147 FCR 1, 17 de marzo de 2005, Australia; Tribunal Federal [FCA]; Pleno del Tribunal [FCAFC], párr. 66). En su resolución de 4 de septiembre de 2007 sobre las repercusiones jurídicas e institucionales de la utilización de instrumentos jurídicos no vinculantes (derecho indicativo), el Parlamento Europeo incluyó diversos actos (recomendaciones, comunicaciones interpretativas, etc.) en la categoría de “instrumentos jurídicos no vinculantes” (2007/2028(INI)), *Diario Oficial de la Unión Europea*, C 187 E, 24 de julio de 2008, págs. 75 a 79.

¹⁰⁰ Se utiliza en ese texto en más de veinte ocasiones.

¹⁰¹ Según el artículo 2 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, un tratado puede “const[ar] en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos”.

después del proyecto de conclusión 1, de un proyecto de conclusión sobre la terminología que evitaría cualquier confusión o malentendido en cuanto al uso del término “acuerdo” a los efectos del proyecto.

34. A la luz de todo lo que antecede, el Relator Especial opina que sería adecuado mantener el término “acuerdo” en la etapa actual de la labor y, por lo tanto, decantarse por el momento por la segunda opción.

3. Proyecto de conclusión sobre la terminología

35. Convendría incorporar una disposición relativa a los términos empleados que cumpliera tres objetivos.

36. En primer lugar, el proyecto de conclusión debería definir, a los efectos del presente tema, la expresión “acuerdo internacional jurídicamente no vinculante”, que es el objeto mismo de la labor en curso. La definición debería dejar claro que el término “acuerdo” se utiliza a los efectos de este proyecto en un sentido general únicamente¹⁰² para referirse a cualquier compromiso mutuo contraído a nivel internacional¹⁰³. El uso del verbo “contraído” permitiría indicar que solo se incluyen los compromisos adoptados en forma de texto conjunto (o de un conjunto de textos relacionados, como un acuerdo en forma de canje de notas). La definición también aclararía lo que se entiende por acuerdo “jurídicamente no vinculante” a la luz de las indicaciones que se han dado antes (véase la sección B.1 *supra*).

37. A continuación, el proyecto de conclusión debería establecer que la utilización del término “acuerdo” a los efectos del proyecto se entiende sin perjuicio del uso y el sentido que pueda tener en el derecho interno de los Estados. La formulación de esa cláusula podría inspirarse en el artículo 2, párrafo 2, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que establece que “[l]as disposiciones del párrafo 1 sobre los términos empleados en la presente Convención se entenderán sin perjuicio del empleo de esos términos o del sentido que se le pueda dar en el derecho interno de cualquier Estado”.

38. Por último, esa disposición debería especificar que el proyecto de conclusiones se entiende sin perjuicio del sentido que se atribuya al término “acuerdo” en un instrumento internacional determinado. Ello evitaría prejuzgar hasta qué punto el uso (o no) del término “acuerdo” en un instrumento dado es un criterio determinante para establecer si ese texto es jurídicamente vinculante o no. También permitiría tener en cuenta las situaciones en que se utiliza el término “acuerdo” en una cláusula de un tratado sin precisar si se refiere solo a acuerdos jurídicamente vinculantes (es decir, tratados) o también puede referirse a acuerdos jurídicamente no vinculantes. Por ejemplo, las cortes y tribunales internacionales han sostenido que el término “acuerdo” en el sentido de los artículos 15 o 281 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar se refiere necesariamente a “un instrumento jurídicamente vinculante”¹⁰⁴, un “binding agreement” o un “legally binding agreement”¹⁰⁵. En otras situaciones, se ha interpretado que el uso del término “acuerdo” en las disposiciones de un tratado se refería solo a acuerdos jurídicamente vinculantes o a tratados o acuerdos

¹⁰² Según Philippe Gautier, el término “acuerdo” se utiliza en la definición de tratado de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en sentido genérico, por lo que puede haber acuerdos que no sean tratados pero sí acuerdos políticos (“Les accords informels et la Convention de Vienne sur le droit des traités entre Etats”, en Nicolas Angelet y otros (eds.), *Droit du pouvoir, pouvoir du droit. Mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruselas, Bruylant, 2007, págs. 425 a 454, en especial págs. 430 y 431).

¹⁰³ La directriz 1.1. aprobada por el Comité Jurídico Interamericano define el término “acuerdo” de la siguiente manera: “Aunque el uso de este término en un texto suele ser indicativo de un tratado, el concepto puede definirse de una forma más amplia a fin de abarcar el consentimiento mutuo de los participantes hacia un compromiso relativo a un acto futuro”. Su comentario señala que “todo acuerdo tiene por lo menos dos elementos básicos: *mutualidad y compromiso*”.

¹⁰⁴ Véase *Delimitation of the maritime boundary in the Bay of Bengal* (nota 54 *supra*), pág. 35, párr. 89.

¹⁰⁵ Véase *The South China Sea Arbitration between the Republic of the Philippines and the People's Republic of China* (nota 56 *supra*), págs. 86 y 89, párrs. 212 y 219; *Timor Sea Conciliation* (nota 97 *supra*), págs. 224 a 226, párrs. 54 a 58. Véase también el arbitraje *ad hoc* entre la provincia de Terranova y la provincia de Nueva Escocia, primera fase, 17 de mayo de 2001, *International Law Reports*, vol. 128, págs. 435 a 504, en especial págs. 448 y 449, párr. 3.13.

jurídicamente no vinculantes¹⁰⁶. La información enviada a la Comisión por el Reino de los Países Bajos incluye un ejemplo de este tipo identificado en su práctica reciente¹⁰⁷.

39. Sobre la base de lo que precede, el Relator Especial somete a examen el proyecto de conclusión siguiente:

Proyecto de conclusión 2. Términos empleados

1. A los efectos del presente proyecto de conclusiones, por la expresión “acuerdo internacional jurídicamente no vinculante” se entiende en general cualquier compromiso mutuo contraído a nivel internacional que, como tal, no crea derechos u obligaciones ni tiene efectos jurídicos vinculantes.

2. El uso del término “acuerdo” en el presente proyecto de conclusiones se entenderá sin perjuicio de:

- a) el uso del término y el sentido que se le pueda atribuir en el derecho interno o la práctica de un Estado;
- b) el sentido atribuido a ese término en un instrumento internacional determinado.

C. Ámbito de aplicación

40. En cuanto al ámbito de aplicación del proyecto de conclusiones, las posiciones expresadas en la Sexta Comisión coincidieron en gran medida con las expresadas en la Comisión el año pasado. Por lo tanto, la determinación del ámbito de aplicación no debería plantear dificultades particulares.

41. Los aspectos que se mencionan a continuación recibieron el apoyo general de la Comisión y de la Sexta Comisión:

- a) el tema debe limitarse a los acuerdos escritos¹⁰⁸;
- b) el tema debe abarcar los acuerdos que pertenecen a la esfera internacional (lo que excluye los contratos regidos por el derecho interno y el derecho internacional privado) celebrados entre Estados, entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales¹⁰⁹, ya sean bilaterales o multilaterales (incluidos los regionales)¹¹⁰;

¹⁰⁶ Véase un ejemplo especialmente ilustrativo en Chris Wold, “A history of ‘AGREEMENTS’ under article IV.3 and “agreements” under article IV.4 in the Convention on Migratory Species”, preparado para la 11ª reunión de la Conferencia de los Estados partes en la Convención sobre la Conservación de las Especies Migratorias de Animales Silvestres, [UNEP/CMS/COP11/Inf.31](#), 25 de septiembre de 2014.

¹⁰⁷ Véase la información transmitida por el Reino de los Países Bajos, págs. 1 y 2.

¹⁰⁸ Véanse [A/79/10](#), párr. 244; la Unión Europea ([A/C.6/79/SR.28](#), párr. 15); Finlandia (en nombre de los países nórdicos) (*ibid.*, párr. 25); Eslovenia (*ibid.*, párr. 40); Singapur (*ibid.*, párr. 105); Israel (*ibid.*, párr. 115); el Reino de los Países Bajos ([A/C.6/79/SR.29](#), párr. 8); la República Checa (*ibid.*, párr. 12); Chile (*ibid.*, párr. 35); Eslovaquia (*ibid.*, párr. 96); Tailandia (*ibid.*, párr. 116); Chipre (*ibid.*, párr. 120); los Estados Federados de Micronesia ([A/C.6/79/SR.30](#), párr. 56); Grecia (*ibid.*, párr. 87); y Bulgaria (*ibid.*, párr. 114).

¹⁰⁹ Véanse [A/79/10](#), párr. 243; China ([A/C.6/79/SR.26](#), párr. 60); la Unión Europea ([A/C.6/79/SR.28](#), párr. 15); Finlandia (en nombre de los países nórdicos) (*ibid.*, párr. 25); Polonia (*ibid.*, párr. 50); Rumanía (*ibid.*, párr. 64); Singapur (*ibid.*, párr. 105); Sudáfrica (*ibid.*, párr. 109); Chile ([A/C.6/79/SR.29](#), párr. 35); Eslovaquia (*ibid.*, párr. 96); Suiza (*ibid.*, párr. 107); Chipre (*ibid.*, párr. 120); la Federación de Rusia ([A/C.6/79/SR.30](#), párr. 63); Grecia (*ibid.*, párr. 87); Bulgaria (*ibid.*, párr. 114); y México (*ibid.*, párr. 141). Letonia (en nombre de los Estados bálticos) pidió que se aclarara qué tipos de acuerdos internacionales jurídicamente no vinculantes celebrados entre organizaciones internacionales quedarían cubiertos ([A/C.6/79/SR.28](#), párr. 30). Eslovenia consideró que solo debían estudiarse los acuerdos entre Estados (*ibid.*, párr. 40). Singapur indicó que debían excluirse los acuerdos celebrados entre organizaciones internacionales (*ibid.*, párr. 105).

¹¹⁰ Véase [A/79/10](#), párr. 293.

c) la propuesta de incluir los acuerdos celebrados con actores distintos de los Estados y las organizaciones internacionales, como movimientos rebeldes o insurreccionales o grupos armados no estatales, no recibió un apoyo general ni en la Comisión¹¹¹ ni en la Sexta Comisión¹¹². Los Estados que se han limitado a indicar que el tema debería englobar los acuerdos celebrados entre Estados y/u organizaciones internacionales parecen haber excluido, por tanto, los acuerdos celebrados con otras entidades;

d) el proyecto no debe abarcar los tratados que no hayan entrado en vigor ni los modelos de tratados¹¹³;

e) el proyecto no debe abarcar las disposiciones no vinculantes incluidas en tratados¹¹⁴, como los anexos de un tratado que no son en sí mismos jurídicamente vinculantes, a diferencia del tratado¹¹⁵;

f) el proyecto no atañe a los actos unilaterales imputables a un Estado¹¹⁶ o una organización internacional¹¹⁷;

g) el proyecto tampoco atañe a los compromisos resultantes de la combinación de dos o más actos unilaterales separados¹¹⁸.

¹¹¹ Véanse [A/79/10](#), párrs. 252 y 294.

¹¹² Véase el apoyo de Austria e Irlanda a esta propuesta, que se refiere en particular a los acuerdos celebrados con partidos políticos ([A/C.6/79/SR.28](#), párrs. 57 y 99) y, en sentido contrario, la posición explícita del Reino de los Países Bajos ([A/C.6/79/SR.29](#), párr. 8) y de Türkiye ([A/C.6/79/SR.30](#), párr. 10) y Bulgaria (*ibid.*, párr. 114) a favor de excluirlos del ámbito de aplicación del proyecto.

¹¹³ Véanse [A/79/10](#), párr. 244; Eslovaquia ([A/C.6/79/SR.29](#), párr. 96) e Israel ([A/C.6/79/SR.28](#), párr. 115).

¹¹⁴ Véanse [A/79/10](#), párr. 246; Finlandia (en nombre de los países nórdicos) ([A/C.6/79/SR.28](#), párr. 25); Rumanía (*ibid.*, párr. 64); Eslovaquia ([A/C.6/79/SR.29](#), párr. 96); Chipre (*ibid.*, párr. 120); Colombia ([A/C.6/79/SR.30](#), párr. 21); El Salvador (*ibid.*, párr. 50); y Grecia (*ibid.*, párr. 87). Sobre esta cuestión, véase Jean d'Aspremont Lynden, "Les dispositions non normatives des actes juridiques conventionnels à la lumière de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice", *Revue belge de droit international*, vol. 36 (2003), págs. 496 a 520; o Emily Crawford, "Chapter 3: Non-binding provisions in binding instruments", en *Non-Binding Norms in International Humanitarian Law: Efficacy, Legitimacy and Legality*, Oxford, Oxford University Press, 2021, págs. 63 a 83.

¹¹⁵ Véase, por ejemplo, Bilateral Security Agreement between the United States of America and Ukraine, de 13 de junio de 2024, que contiene un anexo en el que se indica que no crea derechos ni obligaciones en virtud del derecho nacional o internacional. Sobre el caso específico de las actas finales, véanse [A/CN.4/772](#), párr. 109, y recientemente A. Palma, *La natura degli atti finali dei vertici internazionali*, Nápoles, Editorial Scientifica, 2024.

¹¹⁶ Véanse [A/79/10](#), párrs. 252 y 296; Finlandia (en nombre de los países nórdicos) ([A/C.6/79/SR.28](#), párr. 25); Austria (*ibid.*, párr. 57); Rumanía (*ibid.*, párr. 64); Belarús (*ibid.*, párr. 86); Eslovaquia ([A/C.6/79/SR.29](#), párr. 96); Tailandia (*ibid.*, párr. 116); Chipre (*ibid.*, párr. 120); la República Islámica del Irán (*ibid.*, párr. 131); Colombia ([A/C.6/79/SR.30](#), párr. 19); y Grecia (*ibid.*, párr. 87).

¹¹⁷ Véanse [A/79/10](#), párrs. 252 y 296; la Unión Europea ([A/C.6/79/SR.28](#), párr. 15); Austria (*ibid.*, párr. 57); Rumanía (*ibid.*, párr. 64); Belarús (*ibid.*, párr. 86); Singapur (*ibid.*, párr. 105); Eslovaquia ([A/C.6/79/SR.29](#), párr. 96); Chipre (*ibid.*, párr. 120); la República Islámica del Irán (*ibid.*, párr. 131); El Salvador ([A/C.6/79/SR.30](#), párr. 50); la Federación de Rusia (*ibid.*, párr. 63); Grecia (*ibid.*, párr. 87); y Bulgaria (*ibid.*, párr. 114). Suiza se mostró más abierta sobre este aspecto ([A/C.6/79/SR.29](#), párr. 107). Según los Estados Federados de Micronesia, si el tema se amplía a los "instrumentos", habría que incluir esos actos unilaterales en el ámbito de aplicación del tema ([A/C.6/79/SR.30](#), párr. 55).

¹¹⁸ Véase [A/CN.4/772](#), párr. 98, y Eslovaquia ([A/C.6/79/SR.29](#), párr. 96). Esa situación se planteó en la causa relativa a la delimitación marítima entre el Perú y Chile en relación con las proclamaciones adoptadas unilateralmente por ambos Estados y presentadas por Chile como "declaraciones unilaterales concordantes" (*Maritime Dispute* (nota 94 *supra*), págs. 18 y ss., en especial párrs. 29 y 30). Véase también el principio 9 de los Principios rectores aplicables a las declaraciones unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas, aprobados por la Comisión en 2006 (*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2006*, vol. II (segunda parte), pág. 182). Por su parte, la Secretaría de las Naciones Unidas incluye las declaraciones facultativas de jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia en el ámbito de los tratados y acuerdos sujetos a registro en el sentido del artículo 102 de la Carta (*Repertorio de la práctica seguida por los órganos de las Naciones Unidas*, vol. V, Artículos 92 a 111 de la Carta (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: 1955.V.2 (VOL. V), Artículo 102, párrs. 24, 47 y 49; *Maritime Delimitation in the Indian Ocean* (véase la nota 50 *supra*), págs. 48 y ss., párrs. 126 y ss.

42. Otras tres cuestiones merecen un examen más detenido.

43. En primer lugar, se plantea la cuestión de si el tema debe limitarse a los acuerdos con un “componente normativo” o si sería preferible prescindir de este criterio, que podría resultar difícil de definir y aplicar en la práctica¹¹⁹. Al concluir los debates del año pasado, el Relator Especial indicó que “el punto de partida propuesto consistía en centrarse en acuerdos que incluyeran el compromiso de hacer algo y que no se limitaran a enunciar hechos o posiciones”¹²⁰. Los pocos Estados que se pronunciaron sobre esta cuestión en la Sexta Comisión expresaron opiniones similares¹²¹. El uso del término “compromiso” en el proyecto de conclusión sobre los términos empleados antes propuesto (véase la sección B.3, *supra*) debería bastar para excluir del ámbito de aplicación del tema los documentos que se limitan a enunciar hechos o posiciones. También permite evitar el uso de la expresión “componente normativo”, que podría ser fuente de confusión, ya que podría entenderse que se refiere únicamente a un tipo particular de compromisos, los que contienen “normas” en el sentido de “reglas generales”.

44. En segundo lugar, se plantea la cuestión de qué debe ocurrir con los actos adoptados en un marco institucional que carece de personalidad jurídica propia (de modo que no pueden considerarse actos unilaterales de organizaciones internacionales, excluidos del presente tema). En su 75º período de sesiones, la Comisión recomendó adoptar un planteamiento flexible a este respecto¹²². Los Estados que intervinieron en la Sexta Comisión expresaron opiniones divergentes. Algunos señalaron que no había que ser demasiado categóricos en cuanto a la exclusión de esos actos¹²³, otros se mostraron abiertos a su inclusión¹²⁴ y otros eran partidarios de que se excluyeran¹²⁵; también se dijo que la cuestión debería estudiarse antes de tomar una decisión¹²⁶, en particular en lo que se refiere a la naturaleza específica de los actos de las Conferencias de las Partes¹²⁷.

45. Esta última observación da con la clave del problema. En la medida en que la naturaleza y los efectos de los actos de una conferencia internacional dependen en gran parte de su marco institucional, resulta difícil analizarlos en general, fuera del marco institucional específico¹²⁸. Esto es aún más cierto si se tiene en cuenta que las diferencias entre las organizaciones internacionales propiamente dichas y las modalidades más informales de cooperación institucionalizada tienden a difuminarse¹²⁹. Ello llevó inicialmente al Relator

¹¹⁹ Véase A/79/10, párr. 245.

¹²⁰ Véase A/79/10, párr. 294. Véase también A/CN.4/772, párrs. 55 y 100, sobre el término “compromiso”.

¹²¹ Véanse la República Checa (que recomienda excluir los documentos de carácter meramente operacional) (A/C.6/79/SR.29, párr. 12); Eslovaquia (que apoya el enfoque propuesto por el Relator Especial) (A/C.6/79/SR.29, párr. 96); Chipre (para quien el estudio debería limitarse a los instrumentos que se considerarían tratados de no ser por su carácter jurídicamente no vinculante) (A/C.6/79/SR.29, párr. 120); los Estados Federados de Micronesia (A/C.6/79/SR.30, párr. 56); y Grecia (que considera que hay que excluir del tema las comunicaciones que formen parte de la actividad diplomática cotidiana) (*ibid.*, párr. 87). En opinión de Israel, los acuerdos jurídicamente no vinculantes no tienen, por definición, ningún componente normativo (A/C.6/79/SR.28, párr. 113).

¹²² Véase A/79/10, párrs. 247, 248 y 296.

¹²³ Finlandia (en nombre de los países nórdicos) (A/C.6/79/SR.28, párr. 25).

¹²⁴ Reino de los Países Bajos (A/C.6/79/SR.29, párr. 8) y Estados Federados de Micronesia (A/C.6/79/SR.30, párr. 55).

¹²⁵ Singapur (A/C.6/79/SR.28, párr. 105); República Checa (A/C.6/79/SR.29, párr. 12); Eslovaquia (*ibid.*, párr. 96); República Islámica del Irán (*ibid.*, párr. 131); y Federación de Rusia (A/C.6/79/SR.30, párr. 63).

¹²⁶ Armenia (A/C.6/79/SR.28, párr. 77).

¹²⁷ Estados Federados de Micronesia (A/C.6/79/SR.30, párr. 55).

¹²⁸ Véase, por ejemplo, el enfoque adoptado en el contexto de la Organización Mundial del Comercio (OMC) por Steve Charnovitz, “The legal status of the Doha Declarations”, *Journal of International Economic Law*, vol. 5, núm. 1 (marzo de 2002), págs. 207 a 211.

¹²⁹ Véase Henry G. Schermers y Niels M. Blokker, *International Institutional Law*, Leyde, Brill, 2018, pág. 36, donde se afirma además que “the institutional intensity of cooperation may change over time: less structured forms of international cooperation may develop into an international organisation”. Véase también Evelyne Lagrange, “La catégorie ‘organisation internationale’”, en Evelyne Lagrange y Jean-Marc Sorel (eds.), *Droit des organisations internationales*, París, LGDJ/Lextenso, 2013, págs. 35 y ss., en especial págs. 44 y ss.

Especial a expresar reservas sobre la inclusión de los actos de conferencias internacionales en el ámbito de aplicación del proyecto¹³⁰. Dicho esto, dada la densidad y variedad de la práctica multilateral en esa esfera, sería difícil pasarla por alto. Además, por analogía, el hecho de que cada organización internacional tenga características específicas no impide identificar principios generales aplicables a sus resoluciones. Del mismo modo, debería ser posible extraer conclusiones generales aplicables a los acuerdos adoptados en marcos institucionales sin personalidad jurídica propia, sin menoscabar sus características específicas. Por lo tanto, algunos aspectos de estos acuerdos podrían incorporarse al presente tema, con las debidas precauciones, que podrían consistir en indicar en el comentario al proyecto de conclusión sobre el ámbito de aplicación, por una parte, que únicamente los acuerdos celebrados en el marco de conferencias internacionales (y no los actos adoptados por éstas) entran en el ámbito de aplicación del presente tema¹³¹ y, por otra parte, que entran en él a reserva de las normas específicas aplicables a dichas conferencias¹³².

46. En tercer y último lugar, se planteó la cuestión de qué hacer con los “acuerdos interinstitucionales o arreglos administrativos” celebrados por (o entre) autoridades públicas distintas de las autoridades del Gobierno central¹³³. A la luz de los debates celebrados en el 75º período de sesiones de la Comisión, el Relator Especial indicó que, “aunque en su informe había propuesto excluir los acuerdos interinstitucionales, varios miembros habían apoyado su inclusión” y que “[c]onvenría definir de manera más precisa los tipos de acuerdos interinstitucionales que deberían examinarse, por ejemplo, limitando el alcance a los que fueran pertinentes con arreglo al derecho internacional”. También subrayó que examinar esos acuerdos no debía interpretarse como una validación de prácticas no necesariamente autorizadas por las autoridades nacionales encargadas de las relaciones exteriores¹³⁴.

47. En la Sexta Comisión, 15 Estados se mostraron a favor de incluir esos acuerdos, o al menos algunos de ellos, en particular los celebrados entre ministerios distintos de los de relaciones exteriores (ya que estos últimos representan al Estado sin tener que presentar plenos poderes en virtud de la norma reflejada en el artículo 7 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados). Una de las razones aducidas para incluir los acuerdos celebrados por ministerios o autoridades subestatales en el ámbito de aplicación del tema es que se trata de una práctica importante que requiere aclaraciones¹³⁵. Siete Estados eran partidarios de excluirlos porque la práctica sería demasiado diversa en ese ámbito o porque su inclusión ampliaría demasiado el alcance del tema, con el riesgo de hacerlo menos

¹³⁰ A/CN.4/772, párr. 99.

¹³¹ Por ejemplo, las decisiones y resoluciones de la Unión Africana son actos adoptados “por la conferencia” de la Unión, por lo que quedan excluidos del presente tema. En cambio, las “declaraciones” son adoptadas por sus Estados miembros o entre ellos, por lo que entrarían en el ámbito del presente tema (véanse, por ejemplo, las declaraciones núms. 2 y 3 adoptadas en la 37ª cumbre de la Unión Africana, en <https://au.int/fr/decisions/assembly>).

¹³² A igualdad de condiciones, ello coincidiría con lo expuesto en el párrafo 2 de la conclusión 11 de las conclusiones sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados aprobadas por la Comisión en 2018 (*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2018*, vol. II (segunda parte), págs. 26 y ss., párrs. 51 y 52, en especial pág. 72). Cabe señalar asimismo que la cuestión relativa al “Estatuto y funciones de las asambleas de los Estados partes en un tratado” figura en el orden del día del Instituto de Derecho Internacional. Véase también Guillaume Le Floch, “Instruments concertés non conventionnels et OMC”, en Vincent Tomkiewicz (ed.), *Les sources et les normes dans le droit de l'OMC*, París, Pedone, 2012.

¹³³ Véanse estudios recientes sobre este tipo de acuerdos, y en particular sobre los que no son jurídicamente vinculantes, en Curtis Bradley, “State international agreements: the United States, Canada and constitutional evolution”, *Canadian Yearbook of International Law/Annuaire canadien de droit international*, 2023, págs. 1 a 3 (en particular págs. 19 y ss.); Guillermo J. García Sánchez, “The other secret deals: uncovering the power of non-binding international agreements”, *Fordham International Law Journal*, vol. 48 (2024), págs. 285 a 351; Aaron Messing, “Nonbinding subnational international agreements: a landscape defined”, *The Georgetown Environmental Law Review*, vol. 30, núm. 1 (2017), págs. 173 a 201.

¹³⁴ A/79/10, párr. 295. Véase el resumen de los debates *ibid.*, párrs. 250 y 251.

¹³⁵ Finlandia (en nombre de los países nórdicos) (A/C.6/79/SR.28, párr. 25); Letonia (en nombre de los Estados bálticos) (*ibid.*, párr. 30); Brasil (*ibid.*, párr. 36); Belarús (*ibid.*, párr. 84); Italia (*ibid.*, párr. 123); Reino de los Países Bajos (A/C.6/79/SR.29, párr. 8); Tailandia (*ibid.*, párr. 116); Türkiye (A/C.6/79/SR.30, párr. 10); y Federación de Rusia (*ibid.*, párrs. 61 y 64).

pertinente para los Estados¹³⁶. Dos países pidieron cautela, sobre todo porque estos acuerdos se conciben de forma diferente de un país a otro¹³⁷. Por ejemplo, en la información enviada a la Comisión, Guatemala indica que las actividades que se desprendan del instrumento estarán sujetas a la legislación interna¹³⁸, pero en otros países puede prevalecer una solución diferente¹³⁹. Así, en la información transmitida a la Comisión, México señala que la legislación nacional aplicable en materia de tratados y acuerdos interinstitucionales regula únicamente los acuerdos jurídicamente vinculantes¹⁴⁰. En algunas directrices nacionales aprobadas por los Estados se indica que los acuerdos entre autoridades subestatales crean obligaciones, pero no se rigen por el derecho internacional¹⁴¹.

48. Habida cuenta de esos distintos factores, en la etapa actual de la presente labor el Relator Especial optaría por incluir ese tipo de acuerdos en el tema, pero con algunas puntualizaciones. Los acuerdos celebrados entre autoridades centrales (ministerios en particular) pueden inscribirse en la categoría general de acuerdos *entre Estados* y debería bastar con especificarlo en los comentarios¹⁴². Únicamente los acuerdos celebrados por autoridades subestatales, frecuentes en la práctica¹⁴³, merecen una mención específica en el proyecto de conclusión sobre el ámbito de aplicación. Para delimitar mejor esta categoría de acuerdos a los efectos del presente tema, conviene indicar que solo se incluyen los adoptados “a nivel internacional”, descartando así los que son exclusivamente nacionales¹⁴⁴. Además, si en el transcurso de la labor se constatará que esos acuerdos no son equiparables a los

¹³⁶ Polonia (A/C.6/79/SR.28, párr. 50); Austria (*ibid.*, párr. 59); Rumanía (*ibid.*, párr. 64); Armenia (*ibid.*, párr. 78); República Islámica del Irán (A/C.6/79/SR.29, párr. 131); Grecia (A/C.6/79/SR.30, párr. 87); y México (*ibid.*, párr. 141).

¹³⁷ Chile (A/C.6/79/SR.29, párr. 36) y Eslovaquia (*ibid.*, párr. 96). Véanse, por ejemplo: India, “Guidelines/SoP on the conclusion of international treaties in India”, 16 de enero de 2018, págs. 10 a 12 (acuerdos con provincias o ciudades de otros países); o Viet Nam, ley relativa a los acuerdos internacionales de la República Socialista de Viet Nam, 13 de noviembre de 2020, arts. 16 a 26.

¹³⁸ Información transmitida por Guatemala, págs. 2 y 3. Véase también Ecuador, *Ley Orgánica sobre Tratados Internacionales y Acuerdos Interinstitucionales de Ecuador*, 22 de febrero de 2022, art. 4 k).

¹³⁹ Estonia, *Foreign Relations Act* (RT I 2006, 32, 248), 15 de junio de 2006, en vigor desde el 1 de enero de 2007 (<https://www.riigiteataja.ee/en/eli/ee/517072020002/consolide/current>), en cuyo artículo 3, párrafo 3, se establece que un “inter-agency treaty” es un acuerdo “regulated by international law”.

¹⁴⁰ Información transmitida por México, secc. III. Véanse también la información acerca de la práctica nacional transmitida a la Comisión por la Argentina (secc. II), la Federación de Rusia (párr. 2) y Finlandia (pág. 1).

¹⁴¹ Véanse, por ejemplo, Alemania, directrices sobre los tratados en virtud del derecho internacional elaboradas por el Ministerio de Relaciones Exteriores (disponibles en alemán en https://www.verwaltungsvorschriften-im-internet.de/bsvwvbund_05032014_50150555.htm), párr. 4 3); y Colombia, *Guía jurídica de tratados y otros instrumentos* (nota 59 *supra*), pág. 48.

¹⁴² En ese sentido, véase Francia, *Circulaire de 1997 relative à l'élaboration et à la conclusion des accords internationaux*, sección I, que dispone que los arreglos administrativos celebrados por los ministros con sus homólogos extranjeros son vinculantes para el Estado (si bien constituyen una categoría desconocida en derecho internacional). Véase también el *Repertorio de la práctica seguida por los órganos de las Naciones Unidas*, vol. V (nota 118 *supra*), Artículo 102, párr. 31 h), en relación con los “acuerdos postales (aun cuando los hubiesen concertado los respectivos ministros de comunicaciones)”.

¹⁴³ Véanse, entre otros ejemplos: Memorandum of Understanding between the Survey of India and the Federal Service for State Registration, Cadastre and Cartography (the Russian Federation), 8 de julio de 2024; Memorandum of understanding between the National Institute of Metrology of the People's Republic of China and the Government of Australia, as represented by the National Measurement Institute, 12 de junio de 2024; o Memorandum of Understanding between the City of London Corporation and Tokyo Metropolitan Government, 4 de diciembre de 2017.

¹⁴⁴ Esta distinción entre convenios interadministrativos internacionales y nacionales puede observarse en España, *Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales*, art. 2 b). Véase también Perú, *Lineamientos Generales Internos sobre la suscripción, perfeccionamiento interno y registro de los Tratados*, directiva núm. 001-DGT/RE-2013, párr. 1.4.3. Otro ejemplo es el artículo 3 del Acuerdo de 18 de diciembre de 2000 entre el Gobierno del Canadá y el Gobierno de la Federación de Rusia sobre los principios y las bases de la cooperación entre las provincias y territorios del Canadá y los miembros de la Federación de Rusia, que establece que los acuerdos celebrados entre ellos no son acuerdos internacionales.

celebrados entre Estados y/u organizaciones internacionales, habría que considerar la posibilidad de dedicarles un proyecto de conclusiones aparte.

49. Teniendo en cuenta todo lo anterior, y a fin de no restringir demasiado el alcance del presente tema (al inicio de la labor, en cualquier caso), el proyecto de conclusión sobre el ámbito de aplicación del proyecto podría decir lo siguiente:

Proyecto de conclusión 3. Ámbito de aplicación

1. El presente proyecto de conclusiones abarca los acuerdos bilaterales y multilaterales:
 - a) escritos;
 - b) de carácter internacional;
 - c) entre Estados, entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales.
2. Los acuerdos celebrados por autoridades subestatales quedan incluidos en el ámbito de aplicación del presente proyecto de conclusiones en la medida en que se hayan adoptado a nivel internacional.

D. Cláusula sin perjuicio

50. El derecho interno de los Estados suele incluir disposiciones específicamente dedicadas a los tratados y, en algunos casos, disposiciones o directrices relativas a acuerdos o instrumentos internacionales jurídicamente no vinculantes. En las observaciones orales formuladas ante la Sexta Comisión y en la información transmitida por escrito a la Comisión, los Estados compartieron muchos datos sobre su legislación y su práctica nacional en relación con este tema¹⁴⁵. Además de esa información y de la que puede extraerse de la labor del Comité Jurídico Interamericano y el CAHDI, se han identificado varios textos, guías y directrices de aplicación a escala nacional. Esa práctica nacional se examinará en el capítulo IV del presente informe.

51. Algunos países también están elaborando textos para regular, aclarar u orientar su práctica nacional en materia de acuerdos o instrumentos internacionales jurídicamente no vinculantes. En la información transmitida a la Comisión, Eslovenia afirma, por ejemplo, que “in the process of drafting a new Act on the conclusion and implementation of treaties and other international instruments, which it plans to adopt in 2025. That Act will *inter alia* further refine the procedure for the conclusion of non-legally binding international instruments”¹⁴⁶. Del mismo modo, en la información enviada a la Comisión, Francia indica que está elaborando una guía específica sobre los instrumentos internacionales jurídicamente no vinculantes¹⁴⁷.

52. A la luz de estas consideraciones, parece apropiado incorporar en las disposiciones introductorias un proyecto de conclusión en el que se especifique que el proyecto de conclusiones se entiende sin perjuicio de toda norma o práctica aplicables a escala nacional en materia de acuerdos internacionales jurídicamente no vinculantes. Por consiguiente, el Relator Especial propone el siguiente proyecto de conclusión:

¹⁴⁵ Véase, por ejemplo, la información transmitida por la Federación de Rusia, que remite al Decreto núm. 79, de 7 de febrero de 2003, sobre la aprobación del reglamento relativo a la elaboración y la firma de actos internacionales intergubernamentales que no son tratados internacionales de la Federación de Rusia (decreto y reglamento disponibles en ruso en https://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_40980/). En una organización internacional también puede haber normas o prácticas “internas”. Véase, por ejemplo, Unión Europea, *Arrangements between Secretaries General on non-binding instruments*, documento 15367/174, de 4 de diciembre de 2017.

¹⁴⁶ Información transmitida por Eslovenia, pág. 2.

¹⁴⁷ Información transmitida por Francia, pág. 6. Véase también la respuesta de la República de Moldova a la pregunta 19 del cuestionario del CAHDI, la respuesta de Bosnia y Herzegovina a la pregunta 22 y la respuesta de Grecia a la pregunta 38 del mismo cuestionario.

Proyecto de conclusión 4. Cláusula sin perjuicio de las normas o prácticas aplicables a nivel interno

El presente proyecto de conclusiones se entiende sin perjuicio de las normas o prácticas aplicables a nivel interno en materia de acuerdos internacionales jurídicamente no vinculantes.

IV. Distinción entre los tratados y los acuerdos internacionales jurídicamente no vinculantes

53. Como se destacó en el primer informe, la cuestión de la distinción entre los tratados y los acuerdos internacionales jurídicamente no vinculantes reviste una gran importancia práctica y, por lo tanto, merece un examen detallado¹⁴⁸. Al término de los debates del año pasado, el Relator Especial indicó que algunos miembros habían señalado incluso que se trataba del “aspecto más importante” del tema¹⁴⁹. En aras de un debate ordenado de los diversos elementos de esta cuestión, estimó oportuno proceder de la siguiente manera: en primer lugar, es necesario identificar el enfoque que suele utilizarse para distinguir los tratados de los acuerdos internacionales jurídicamente no vinculantes (secc. A). Una vez identificado ese enfoque, es necesario profundizar en dos de sus componentes: las situaciones en que las partes en el acuerdo indican de forma expresa el carácter jurídicamente vinculante o no vinculante de este (secc. B) y las situaciones en que no existe tal indicación expresa y, por lo tanto, es necesario recurrir a otros indicadores (secc. C).

54. Se presentará sistemáticamente la jurisprudencia, la práctica y la doctrina (incluidos los trabajos previos de codificación) sobre estos tres aspectos del tema. La decisión de comenzar cada cuestión por el estudio de la jurisprudencia se debe a que la práctica en esta esfera aún está en proceso de identificación, aclaración o incluso establecimiento, por lo que parece apropiado empezar describiendo cómo han abordado las cortes y tribunales esta cuestión hasta ahora, antes de examinar cómo se ha posicionado la práctica contemporánea al respecto. En cuanto a la doctrina, el presente informe no puede ofrecer un resumen completo de todos los estudios jurídicos existentes sobre el tema, pero ofrecerá de manera sistemática una visión general sobre cada una de las cuestiones tratadas.

A. Enfoque general

55. En su primer informe, el Relator Especial identifica de forma preliminar tres posibles enfoques para determinar si un acuerdo internacional es jurídicamente vinculante o no: el primero se centra en la intención de las partes; el segundo, en elementos objetivos, y el tercero es una combinación de los dos primeros (“los indicadores objetivos sirven para establecer la intención de las partes”)¹⁵⁰. También subraya que “en esencia, el uso de criterios objetivos solo es necesario cuando las partes en el acuerdo no han indicado expresamente (y de manera inequívoca) en el acuerdo que lo consideran jurídicamente (no) vinculante”¹⁵¹.

56. El año pasado tuvo lugar un primer debate en la Comisión sobre este aspecto del tema, del que se desprendió en particular que, en opinión de varios miembros, el criterio principal debería ser la intención¹⁵²; que también deberían tomarse en consideración diversos elementos objetivos, como el texto, la forma y las circunstancias que rodearon la formación del acuerdo; que podría adoptarse un enfoque global que tuviera en cuenta tanto criterios objetivos como subjetivos; que los acuerdos deben evaluarse caso por caso; que ningún

¹⁴⁸ A/CN.4/772, párrs. 118 a 126. Véase un resumen de los debates de la Comisión a ese respecto en A/79/10, párrs. 253 a 259.

¹⁴⁹ A/79/10, párr. 300.

¹⁵⁰ A/CN.4/772, párr. 120.

¹⁵¹ *Ibid.* Sobre esta última hipótesis, véase la sección B, *infra*.

¹⁵² Ello también se desprende de los trabajos preparatorios de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (un tratado requiere la intención de crear derechos u obligaciones), véase A/CN.4/772, en particular párrs. 32, 33, 36, 37 y 39.

indicador es decisivo por sí solo, que no existe una jerarquía entre los indicadores o criterios y que todos los factores deberían valorarse de forma conjunta y caso por caso¹⁵³.

57. La identificación precisa de los indicadores o factores que pueden utilizarse se abordará más adelante (véase la sección C, *infra*). El objetivo de la presente sección es identificar el enfoque general empleado en la jurisprudencia (secc. A.1), en la práctica (secc. A.2) y en la doctrina (secc. A.3)¹⁵⁴.

1. Enfoque general en la jurisprudencia

58. Antes de pasar al estudio detallado de la jurisprudencia en los párrafos siguientes, cabe señalar, con carácter preliminar, que el examen de la jurisprudencia permite extraer cuatro conclusiones generales que no se expresan necesariamente como tales en las causas que se examinan a continuación, pero que pueden deducirse con claridad de la forma en que las cortes y tribunales han procedido en ellas. En primer lugar, el carácter vinculante o no vinculante de un acuerdo se evalúa caso por caso, sin que las cortes y tribunales puedan invocar o hacer valer ninguna presunción (de ningún tipo)¹⁵⁵. En segundo lugar, el enfoque difiere en función de si el acuerdo contiene no una indicación expresa acerca de su carácter específico (lo que justifica la necesidad de profundizar en cada una de esas situaciones más adelante: véanse las secciones B y C, *infra*). En tercer lugar, el enfoque utilizado depende de la cuestión que se examina y no se basa en las normas de interpretación de los tratados, lo cual es acertado, pues estas solo se aplican si el acuerdo es un tratado, que es precisamente la cuestión que hay que dilucidar. En cuarto lugar, el enfoque adoptado por la jurisprudencia parece haber evolucionado gradualmente.

a) Corte Internacional de Justicia

59. La jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia parece haber seguido el ritmo de un vals de tres tiempos.

60. En un primer tiempo, la Corte adoptó un enfoque más bien objetivista. Mientras que en la causa relativa a *Ambatielos* la Corte pareció basarse tanto en la “intención común de las partes” como en elementos textuales más objetivos¹⁵⁶, el fallo en la causa relativa a la *Plataforma continental del mar Egeo* consagra un enfoque que “depende esencialmente de la naturaleza del acto o de la transacción” y que “debe tener en cuenta ante todo los términos empleados y las circunstancias en que se redactó el texto”¹⁵⁷. Lo determinante son las “circunstancias que rodearon” su adopción “y la redacción” del texto¹⁵⁸, “el texto del acto examinado y las circunstancias en que este se acordó y publicó”¹⁵⁹. Así, la Corte analizó los intercambios diplomáticos previos o contemporáneos a la adopción del texto como parte de

¹⁵³ A/79/10, párr. 254.

¹⁵⁴ Para atenerse a la intención no prescriptiva de esta labor, el Relator Especial considera más apropiado hablar de “enfoque” que de “método” o “metodología”.

¹⁵⁵ En el primer informe, el Relator Especial llegó a esta conclusión preliminar (A/CN.4/772, párr. 124). Véase la posición preliminar de los miembros de la Comisión sobre este aspecto en A/79/10, párr. 258. La Sección de Tratados de la Oficina de Asuntos Jurídicos de las Naciones Unidas ha adoptado la misma postura (ausencia de presunción y enfoque caso por caso). En cuanto a las “declaraciones”, en el glosario publicado en línea se indica que este término se aplica a diversos instrumentos internacionales que no siempre tienen carácter vinculante. Este término suele elegirse de manera deliberada para mostrar que las partes no pretenden crear obligaciones vinculantes, sino simplemente expresar ciertas aspiraciones. La Declaración de Río de 1992 es un ejemplo de ello. Sin embargo, las declaraciones también pueden ser tratados en sentido genérico y concebirse para imponer obligaciones en virtud del derecho internacional. Por lo tanto, debe determinarse en cada caso concreto si las partes pretendían establecer obligaciones vinculantes (https://treaties.un.org/Pages/Overview.aspx?path=overview/glossary/page1_fr.xml#declarations).

¹⁵⁶ *Ambatielos Case* (Competencia), fallo de 1 de julio de 1952, *I.C.J. Reports* 1952, págs. 28 y ss., en especial págs. 42 a 44. La misma observación cabe hacer con respecto a la causa relativa al *África Sudoccidental* (*South West Africa Cases* (*Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa*)) (excepciones preliminares), fallo de 21 de diciembre de 1962, *I.C.J. Reports* 1962, págs. 319 y ss., en especial págs. 330 a 332).

¹⁵⁷ *Aegean Sea Continental Shelf* (véase la nota 37 *supra*), pág. 39, párr. 96.

¹⁵⁸ *Ibid.*, pág. 41, párrs. 100, 101 y ss.

¹⁵⁹ *Ibid.*, pág. 44, párr. 107.

su “contexto”¹⁶⁰. También evaluó todos esos elementos en relación con los demás. Analizó los “términos del comunicado” “poniéndolos en contexto”¹⁶¹. Desde una perspectiva comparable (pero esta vez vinculada explícitamente a la intención), al estudiar lo que se decía en esos documentos, en la causa relativa a las *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua* la Corte indagó si existía la “intención de crear un compromiso jurídico”¹⁶².

61. La Corte empleó el enfoque adoptado en la causa relativa a la *Plataforma continental del Mar Egeo* en la causa relativa a la *Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein*. Invocó de manera explícita el precedente de “tener en cuenta ante todo los términos empleados y las circunstancias en que se redactó el texto”¹⁶³. Por consiguiente, examinó los términos empleados en las actas mencionadas¹⁶⁴. En cambio, “no consider[ó] necesario preguntarse por las intenciones del Ministro de Relaciones Exteriores de Bahrein ni por las del Ministro de Relaciones Exteriores de Qatar”¹⁶⁵, lo que parecería excluir todo recurso a la intención de las partes. Sin embargo, aparentemente la Corte solo tomó en consideración las intenciones expresadas *con posterioridad* a la aprobación del texto, y no en las manifestadas en el momento de su conclusión¹⁶⁶. Por último, aunque examinó elementos posteriores a la aprobación del texto, como los relativos al registro del acuerdo, consideró que la “intención” que pudiera desprenderse de esos elementos, “en caso de que se estableciera su existencia, no prevalecería sobre los propios términos del instrumento”¹⁶⁷.

62. En un segundo tiempo, la Corte se abstuvo de precisar el enfoque adoptado, evitando en particular (lo que resulta destacable) citar el precedente de la causa relativa a la *Plataforma continental del Mar Egeo* de 1978. Así pues, en la causa relativa a la *Frontera terrestre y marítima entre el Camerún y Nigeria* no se define ninguna metodología de principio. La Corte se limitó a constatar que la Declaración de Maroua constituía un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y que delimitaba una frontera, por lo que se regía por el derecho internacional y era un tratado¹⁶⁸. En la causa relativa a la *Delimitación marítima en el océano Índico*, la Corte tampoco mencionó la causa relativa a la *Plataforma continental del Mar Egeo* y se abstuvo de definir un enfoque general para determinar si “ese instrumento constituía un tratado en vigor entre las partes”¹⁶⁹. Basó esencialmente su decisión en el contenido del acuerdo, el tipo de cláusulas que incluía y la “consideración” que se le había

¹⁶⁰ *Ibid.*, pág. 43, párr. 105.

¹⁶¹ *Ibid.*

¹⁶² *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (véase la nota 47 *supra*), pág. 132, párr. 261.

¹⁶³ *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrein* (véase la nota 48 *supra*), págs. 112, 120 y 121, párr. 23 *in fine*.

¹⁶⁴ *Ibid.*, pág. 121, párrs. 24 y 25.

¹⁶⁵ *Ibid.*, págs. 121 y 122, párr. 27.

¹⁶⁶ *Ibid.* (“no podría hacer valer con posterioridad”). A este respecto, véase Masahiko Asada “How to determine the legal character of an international instrument: the case of a note accompanying the Japan-India Nuclear Cooperation Agreement”, *International Community Law Review*, vol. 20 (2018), págs. 192 a 219, en especial págs. 207 y 208: “The Court seems to have meant that, in determining whether a particular international instrument is legally binding or not, regard should be had to the circumstances *at the time of its drawing up*. [...] the Court’s contention could be read to mean that in its view, there is no need to speculate retrospectively what the intentions of the parties were in the light of the statements made by the signatories later. Such speculation should clearly be distinguished from a statement made upon signature or shortly afterward on the legal nature of the signed instrument”; véase también Andrea Mensi, “The identification of international non-binding agreements through the lens of subjective and objective indicators: fiction or reality?”, *La Comunità Internazionale*, 2024, págs. 413 a 443, en especial pág. 422.

¹⁶⁷ *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrein* (véase la nota 48 *supra*), pág. 122, párr. 29.

¹⁶⁸ *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria* (véase la nota 49 *supra*), pág. 429, párr. 263. Las partes habían desarrollado una argumentación detallada sobre este aspecto de la controversia: véase *ibid.*, pág. 426, párrs. 252 y 253.

¹⁶⁹ *Maritime Delimitation in the Indian Ocean* (véase la nota 50 *supra*), págs. 21 y ss., párrs. 41 y ss. Esto podría explicarse por el hecho de que los argumentos de las partes enfrentadas se referían tanto a la naturaleza del acuerdo como a su validez.

dado al registrarlo¹⁷⁰. Esa manera de proceder parecía apartarse notablemente del enfoque definido y adoptado por la Corte en 1978.

63. En un tercer tiempo, la Corte definió un enfoque más holístico y que concilia más claramente el basado en la intención con el basado en elementos objetivos. Ese enfoque se desprende del fallo dictado en 2018 en la causa relativa a la *Obligación de negociar el acceso al océano Pacífico*. En él, la Corte recordó el precedente de la causa relativa a la *Plataforma continental del Mar Egeo*, pero citando únicamente el fragmento del fallo de 1978 según el cual determinar si un comunicado conjunto es un acuerdo internacional vinculante “depende esencialmente de la naturaleza del acto y de la transacción a la que se refiere”¹⁷¹. En cambio, no retomó la fórmula que figura en el párrafo 96 del fallo de 1978, según la cual la Corte debe tener en cuenta ante todo los términos empleados y las circunstancias en que se redactó el comunicado.

64. Probablemente esa omisión no es fortuita. De hecho, la Corte también adopta un enfoque más general que ya no se limita a los términos y las circunstancias. Considera que “para que exista una obligación en virtud de un acuerdo, los términos empleados por las partes, el objeto y las condiciones de la negociación deben dejar patente la intención de las partes de quedar jurídicamente vinculadas. Esa intención, a falta de términos explícitos que indiquen la existencia de un compromiso jurídico, puede establecerse a partir de un examen objetivo de todas las pruebas”¹⁷². Este enfoque consiste en dar prioridad a la intención de las partes (para que un “acuerdo” tenga un “valor jurídico”, “las partes deben tener la intención de quedar vinculadas por obligaciones jurídicas”¹⁷³) y en determinar esa intención basándose en los términos explícitos del acuerdo o, “en su defecto”, en un “examen objetivo de todos los elementos” disponibles (en cualquier caso, en la medida en que se refieran a los “términos empleados”, el “objeto” y las “condiciones de la negociación”, según se ha señalado antes). Por ejemplo, la Declaración de Charaña es un documento firmado por los Presidentes de Bolivia y Chile que podría considerarse un tratado si las partes hubieran manifestado la intención de quedar obligadas por ese instrumento o si tal intención pudiera inferirse de algún modo¹⁷⁴.

b) *Tribunal Internacional del Derecho del Mar*

65. La jurisprudencia del Tribunal Internacional del Derecho del Mar parece haber seguido la misma tendencia que la de la Corte Internacional de Justicia. En la causa “*Hoshinmaru*” (*Japón c. Federación de Rusia*), el Tribunal invocó las causas relativas a la *Plataforma continental del Mar Egeo* y la *Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein* antes citadas y, en particular, el hecho de que hubiera que examinar los términos empleados y las circunstancias en que se redactó el texto¹⁷⁵. En la causa relativa a la *Delimitación de la frontera marítima en el golfo de Bengala (Bangladesh/Myanmar)*, el Tribunal se refirió a la causa “*Hoshinmaru*” y a la causa relativa a la *Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein*, pero sin mencionar explícitamente el método basado principalmente en los términos empleados y las circunstancias en que se redactó el texto¹⁷⁶. El Tribunal se basó en una norma más amplia: para determinar si el acuerdo es un instrumento jurídicamente vinculante, lo que importa no es la forma o la denominación del instrumento, sino su naturaleza y contenido jurídicos, que deben examinarse en las circunstancias concretas del caso¹⁷⁷. En ese contexto, no solo tomó en consideración los términos del instrumento y las circunstancias en que se adoptó, sino

¹⁷⁰ *Ibid.*, págs. 21 y 22, párr. 42.

¹⁷¹ *Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean* (véase la nota 37 *supra*), pág. 549, párr. 131.

¹⁷² *Ibid.*, pág. 539, párr. 91. Véanse también las observaciones adicionales formuladas por el Magistrado Robinson en su opinión disidente, *I.C.J. Reports 2018*, págs. 571 a 575, párrs. 10 a 19, y por el Magistrado Salam en su opinión disidente, *ibid.*, págs. 599 a 606.

¹⁷³ *Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean* (véase la nota 37 *supra*), pág. 540, párr. 97.

¹⁷⁴ *Ibid.*, pág. 548, párr. 126.

¹⁷⁵ “*Hoshinmaru*” (véase la nota 53 *supra*), pág. 46, párr. 86.

¹⁷⁶ *Delimitation of the maritime boundary in the Bay of Bengal* (véase la nota 54 *supra*), pág. 35, párrs. 89 y 90.

¹⁷⁷ *Ibid.*, pág. 35, párrs. 89 y 91. Véase también la opinión disidente del Magistrado Lucky, *ibid.*, págs. 249 y ss.

también otras “pruebas”¹⁷⁸, anticipando el enfoque más holístico adoptado posteriormente por la Corte en la causa relativa a la *Obligación de negociar el acceso al océano Pacífico*.

c) *Arbitraje internacional*

66. El Tribunal se basó en una norma más general¹⁷⁹: para determinar si el acuerdo es un instrumento jurídicamente vinculante lo que importa no es la forma o la denominación del instrumento, sino su naturaleza y su contenido jurídicos, que deben examinarse en las circunstancias del caso¹⁸⁰. En cambio, los tribunales arbitrales de los casos *Chagos* y *Mar de China Meridional* han abordado de manera explícita la cuestión.

67. En el primer caso, el tribunal adoptó una posición que combinaba un enfoque general del tipo adoptado posteriormente por la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a la *Obligación de negociar el acceso al océano Pacífico* con el enfoque más objetivista que había adoptado la Corte en la causa relativa a la *Plataforma continental del mar Egeo*. Según el tribunal, “the intention for an agreement to be either binding or non-binding as a matter of law must be clearly expressed or is otherwise a matter for objective determination. As recalled by the ICJ in *Aegean Sea Continental Shelf*, ‘in determining what was indeed the nature of the act or transaction embodied in the [agreement], the [Tribunal] must have regard above all to its actual terms and to the particular circumstances in which it was drawn up’”¹⁸¹. Esto equivale a situar los indicadores objetivos bajo el paraguas de la intención que manifiestan o prueban, lo que se corresponde con el enfoque actual de la Corte Internacional de Justicia y el Tribunal Internacional del Derecho del Mar.

68. El tribunal arbitral que conoció del caso del *Mar de China meridional* adoptó el mismo enfoque cuando sostuvo que “[t]o constitute a binding agreement, an instrument must evince a clear intention to establish rights and obligations between the parties. Such clear intention is determined by reference to the instrument’s actual terms and the particular circumstances of its adoption. The subsequent conduct of the parties to an instrument may also assist in determining its nature”¹⁸².

69. A diferencia de las decisiones y sentencias antes citadas, en ese fragmento, el tribunal arbitral del caso del *Mar de China meridional* menciona la necesidad de una intención clara (“clear intention”). El tribunal arbitral del caso *Chagos* solo utiliza la expresión “claramente expresada” al referirse a las situaciones en que el texto examinado transmite una intención expresa (“the intention [...] must be clearly expressed or is otherwise a matter for objective determination”¹⁸³). En otros casos, se trata de establecer la intención sin que esta esté definida. No obstante, no es seguro que el uso del adjetivo “claro” en el caso del *Mar de China meridional* sea jurídicamente significativo ya que, en otro fragmento del laudo, el

¹⁷⁸ *Delimitation of the maritime boundary in the Bay of Bengal* (véase la nota 54 *supra*), págs. 35 a 37, párrs. 92 a 99.

¹⁷⁹ *Arbitrage entre les États-Unis et le Royaume-Uni concernant les redevances d’usage à l’aéroport de Heathrow* (véase la nota 55 *supra*), pág. 131, párrs. 6.6 a 6.8.

¹⁸⁰ *Award in the arbitration regarding the Iron Rhine (“Ijzeren Rijn”) Railway between the Kingdom of Belgium and the Kingdom of the Netherlands*, decisión de 24 de mayo de 2005, UNRIIAA, vol. XXVII, págs. 35 a 125, en especial pág. 98, párr. 156 (“The Parties agree that, as a matter of international law, the March 2000 MoU is not a binding instrument”). Véase también *Timor Sea Conciliation* (véase la nota 97 *supra*), pág. 224, párr. 54 (“Australia accepts that this exchange of letters did not constitute a binding agreement”). Véase también Corte Internacional de Justicia, *Pulp Mills on the River Uruguay* (véase la nota 93 *supra*), págs. 61 a 63, párrs. 125 a 131.

¹⁸¹ *Arbitration regarding the Chagos Marine Protected Area between Mauritius and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland* (véase la nota 96 *supra*), pág. 538, párr. 426.

¹⁸² *The South China Sea Arbitration between the Republic of the Philippines and the People’s Republic of China* (véase la nota 56 *supra*), pág. 86, párr. 213. Según el Tribunal, esa prueba se ha utilizado en varias causas internacionales, en particular las relativas a la *Plataforma continental del mar Egeo* (véase la nota 37 *supra*), a la *Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein* (véase la nota 48 *supra*) y a la *Frontera terrestre y marítima entre el Camerún y Nigeria* (véase la nota 49 *supra*).

¹⁸³ *Arbitration regarding the Chagos Marine Protected Area between Mauritius and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland* (véase la nota 96 *supra*), págs. 538, párr. 426.

tribunal simplemente se refiere a la necesidad de establecer “*an intention to create legal rights and obligations*”¹⁸⁴.

70. También es interesante señalar que, al igual que la Corte Internacional de Justicia, el tribunal que conoció del caso del *Mar de China meridional* evaluó los indicadores disponibles en su conjunto, lo que le llevó a señalar que “[e]ven where the statements and reports use the word ‘agree’, that usage occurs in the context of other terms suggestive of the documents being political and aspirational in nature”¹⁸⁵. Ello parece indicar que ningún elemento es decisivo por sí solo (ni siquiera el uso del término “acuerdo”) y que realizar un análisis de conjunto es la única manera de llegar a la conclusión adecuada en cada caso.

d) *Otras decisiones y sentencias*

71. Otras resoluciones judiciales corroboran lo anterior. Por ejemplo, en un asunto resuelto por el Pleno del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Francia y la Comisión Europea discrepaban sobre la naturaleza de unas “directrices” concluidas entre la Comisión Europea y los Estados Unidos de América. En opinión de Francia, “[d]e entre todos los indicios que permitan o impidan calificar un acto de acuerdo internacional, deben prevalecer las consideraciones relativas al contenido del acuerdo”¹⁸⁶. La Comisión consideró que las directrices “no son un acuerdo jurídicamente vinculante, como confirma el análisis de la voluntad de las partes, único criterio decisivo en derecho internacional a la hora de determinar la existencia de un eventual efecto obligatorio”¹⁸⁷, y que esa intención podía deducirse de una serie de elementos, como el texto y la estructura de las directrices y el contexto en que se acordaron¹⁸⁸. El Tribunal falló a favor de la Comisión Europea: “la voluntad de las partes constituye, en principio, el criterio decisivo a la hora de determinar si las Directrices revisten o no fuerza obligatoria” y esa voluntad queda establecida en este caso por el propio texto del documento (confirmado por el desarrollo de las negociaciones), que demuestra que esas directrices “no constituyen un acuerdo con carácter obligatorio”¹⁸⁹.

72. El arbitraje entre la provincia de Terranova y la provincia de Nueva Escocia es especialmente esclarecedor en cuanto a la tendencia contemporánea a basarse en la intención y recurrir a indicadores para identificarla¹⁹⁰. El tribunal arbitral consideró que “[w]hat matters, ultimately, is the intention of the Parties to be bound by the agreement under international law”¹⁹¹. Partiendo de esa declaración de principio, el tribunal se refirió a continuación a los fallos de la Corte Internacional de Justicia en las causas relativas a la *Plataforma continental del mar Egeo* y a la *Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein*¹⁹² antes de afirmar que “[e]vidently each case has to be considered in the light of its own circumstances and of the contemporary evidence of the intentions of the parties. [...] such factors may together or separately lead to the conclusion that a statement does not constitute a binding agreement under international law”¹⁹³. En otro fragmento del laudo, el tribunal afirma que “[b]oth Parties agree that ‘the question of intent, including the intent of the parties to create binding relations, is a factual question to be considered in the

¹⁸⁴ *The South China Sea Arbitration between the Republic of the Philippines and the People's Republic of China* (véase la nota 56 *supra*), pág. 97, párr. 241 [sin cursiva en el original].

¹⁸⁵ *Ibid.*, párr. 242.

¹⁸⁶ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, asunto C-233/02, sentencia, 23 de marzo de 2004, párr. 30.

¹⁸⁷ *Ibid.*, párr. 32.

¹⁸⁸ *Ibid.*, párrs. 33 a 35.

¹⁸⁹ *Ibid.*, párrs. 42 a 45. En sus respuestas al cuestionario del CAHDI, la Unión Europea hace referencia a la sentencia dictada el 9 de agosto de 1994 por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el asunto C-327/91 (párr. 15 de la sentencia).

¹⁹⁰ Cabe señalar que el arbitraje entre Terranova y Nueva Escocia, que se citará varias veces en el presente informe, se refería a dos provincias (de un mismo Estado), pero la cláusula relativa al derecho aplicable exigía al tribunal arbitral aplicar el derecho internacional entre esas dos provincias como si se tratara de Estados. Véase también el arbitraje *ad hoc* entre la provincia de Terranova y la provincia de Nueva Escocia (véase la nota 105 *supra*), págs. 444 y 453, párrs. 3.13 y 3.21.

¹⁹¹ *Ibid.*, págs. 449 y 450, párr. 3.15.

¹⁹² *Ibid.*, págs. 450 y 451, párrs. 3.16 y 3.17.

¹⁹³ *Ibid.*, pág. 451, párr. 3.18.

light of the available evidence”¹⁹⁴; no tomó una decisión con respecto a la naturaleza del documento hasta haber “looked at [the documentary record] as a whole”¹⁹⁵.

73. Las decisiones de las cortes y tribunales nacionales pueden arrojar más luz sobre lo que antecede¹⁹⁶. Algunos no exponen las razones que les permitieron determinar que un acuerdo internacional era jurídicamente vinculante o no¹⁹⁷; otros sí.

74. En la información transmitida a la Comisión, Eslovenia señala a la atención una reciente decisión de su Tribunal Constitucional en la que este evaluó si un acuerdo bilateral era un tratado o un instrumento internacional jurídicamente no vinculante. El tribunal determinó que era un tratado basándose en su contenido, que revelaba la intención de crear obligaciones en virtud del derecho internacional, así como en la terminología empleada y en las negociaciones que precedieron la celebración del acuerdo¹⁹⁸.

75. Asimismo, en la información transmitida a la Comisión, Austria cita una decisión de su Tribunal Constitucional de 25 de junio de 1998 en la que se dictamina que una declaración de intenciones de 1996 no constituía un tratado en el sentido de la Constitución federal, sino un compromiso jurídicamente no vinculante. El tribunal se basó en la redacción de la propia declaración, que dejaba claro que no pretendía crear derechos ni obligaciones en virtud del derecho internacional¹⁹⁹.

76. Por su parte, en la información transmitida a la Comisión, el Reino Unido hace referencia a tres ejemplos de casos recientes en que los tribunales británicos examinaron memorandos de entendimiento. Como se señala, lo que se cuestionaba no era la naturaleza de los memorandos (que no se discutía que fueran tratados jurídicamente no vinculantes), sino la decisión nacional adoptada sobre la base de esos textos²⁰⁰. Por su parte, Guatemala indica que, hasta la fecha, no existe ninguna decisión de un tribunal nacional sobre el tema²⁰¹.

77. La “chronique de jurisprudence étrangère intéressant le droit international” publicada anualmente por la *Revue générale de droit international public* recopila una serie de decisiones judiciales en que cortes y tribunales nacionales se han pronunciado sobre el enfoque que debe adoptarse para distinguir los tratados de los acuerdos internacionales jurídicamente no vinculantes, analizando caso por caso la intención de las partes, los términos empleados o la posición ulterior de los Estados en cuestión²⁰².

¹⁹⁴ *Ibid.*, pág. 463, párr. 4.16.

¹⁹⁵ *Ibid.*, pág. 492, párr. 7.1.

¹⁹⁶ Véanse los interesantes ejemplos citados por Philippe Gautier, *Essai sur la définition des traités entre Etats. La pratique de la Belgique aux confins du droit des traités*, Bruselas, Bruylant, 1993, págs. 331 y ss. (posiciones divergentes de las cortes y tribunales nacionales sobre la naturaleza de la Declaración de los Aliados, de 1943); o Surya P. Subedi, “When is a treaty a treaty in law? An analysis of the views of the Supreme Court of Nepal on a bilateral agreement between Nepal and India”, *Asian Yearbook of International Law*, vol. 5 (1995), págs. 201 a 210.

¹⁹⁷ Ese es el caso de las dos resoluciones judiciales nacionales citadas por Francia en la información enviada a la Comisión (véanse las notas 2 y 3). Véase también S. Yu Marochkin, “International law in the courts of the Russian Federation: practice of application”, *Chinese Journal of International Law*, vol. 6, núm. 2 (julio de 2007), págs. 329 a 344, en especial pág. 334: “sometimes, courts do not clarify whether the international instrument is a treaty, i.e. whether it is legally binding”.

¹⁹⁸ Información presentada por Eslovenia, en la que se remite a la decisión núm. U-I-71/22 (en esloveno) de 14 de abril de 2022 (*Official Gazette of the Republic of Slovenia*, núm. 59/2022). Véase <https://www.us-rs.si/decision/?lang=en&q=OCCAR&caseId=&df=&dt=&af=&at=&pri=1&vd=&vo=&vv=&vs=&ui=&va=&page=1&sort=&order=&id=117928>.

¹⁹⁹ Información transmitida por Austria. La decisión (en alemán), adjunta a la información enviada, puede solicitarse a la secretaría. Véase el párrafo 2.2 de la decisión, págs. 25 y 26.

²⁰⁰ Información presentada por el Reino Unido, párr. 10, en la que remite a las siguientes causas: *Rahmatullah v Ministry of Defence* [2019] Queen’s Bench Division [2019] EWHC 3172 (QB) 21 Nov 2019; *Dean (Zain Taj) v Lord Advocate* [2019] HCJAC 31; *R (AAA (Syria) and Ors.) v SSHD* [2023] UKSC 42.

²⁰¹ Información transmitida por Guatemala, pág. 1.

²⁰² Véanse, en relación con la sentencia del Consejo de Estado de Grecia de 24 de junio de 2014 (núm. 2307/2014), *Revue générale de droit international public* (RGDIP), vol. 119 (2015), págs. 846 a 848; en relación con la decisión del Tribunal Constitucional Federal de Alemania de 7 de diciembre de 2018 (2 BvQ 105/18 *et al.*), RGDIP, vol. 123 (2019), págs. 1031 y 1032; y en relación con la

78. Otro ejemplo es la decisión del Tribunal Superior de Sudáfrica en la causa *Earthlife Africa*. El tribunal, llamado a pronunciarse sobre la naturaleza de un acuerdo intergubernamental con la Federación de Rusia, concluyó que era jurídicamente vinculante tomando en consideración, tanto “as a whole” como de forma combinada, los siguientes elementos: el texto de las distintas disposiciones del acuerdo, sus implicaciones financieras, la existencia de una cláusula de arreglo de controversias y, sobre todo, de una cláusula en virtud de la cual el acuerdo prevalecía en caso de conflicto con otros acuerdos celebrados en virtud de este, la presencia de cláusulas sobre la entrada en vigor y la terminación del acuerdo, las posiciones adoptadas por las partes al día siguiente de su celebración en un comunicado de prensa conjunto y la comparación con el texto de otros acuerdos²⁰³.

79. En una decisión de 20 de febrero de 2012, el Consejo de Estado de Grecia dictaminó que la declaración de 2010 sobre el apoyo a Grecia de los Estados miembros de la zona euro no era vinculante porque, aunque se hubiera ratificado, no preveía compromisos mutuos, ni mecanismo alguno de control o sanción para el Gobierno griego, no parecía que las partes quisieran considerarla vinculante y ulteriormente no se había percibido como jurídicamente vinculante y creadora de obligaciones²⁰⁴.

2. Enfoque general en la práctica

80. Cuando hace 80 años se estableció el régimen de registro de tratados y acuerdos internacionales ante las Naciones Unidas en virtud del Artículo 102 de la Carta, la Sexta Comisión tuvo en cuenta la “inconveniencia de tratar de definir [...] en forma detallada las categorías de tratados o acuerdos que deben ser registrados en virtud de la Carta, por cuanto la experiencia y la práctica contribuirán por sí mismas a precisar esa definición según los términos de la Carta”²⁰⁵. Esta decisión no es ajena a lo que se ha dicho antes sobre la necesidad de no ser prescriptivos en esta materia ni socavar la flexibilidad que caracteriza a la cooperación internacional contemporánea²⁰⁶. Desde entonces, no se ha adoptado ninguna definición general distinta de la que figura en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, y la Secretaría de las Naciones Unidas procede caso por caso para determinar qué textos registrar.

81. Las posiciones expresadas el año pasado en la Sexta Comisión respaldan los elementos antes señalados. Algunas delegaciones declararon explícitamente que no existía ninguna presunción en este ámbito y que era necesario proceder individualmente²⁰⁷. El enfoque caso por caso es tanto más necesario cuanto que las prácticas nacionales pueden

decisión del Tribunal Constitucional de Corea de 27 de diciembre de 2019 (2016heonma253), RGDIP, vol. 124 (2020), págs. 748 y 749. Véase también, en relación con las dos sentencias del Tribunal Constitucional de Alemania de 2001 y 1994, Mensi, “The identification of international non-binding agreements through the lens of subjective and objective indicators: fiction or reality?” (nota 166 *supra*), págs. 423 y 424. Con respecto a la primera, Mensi señala que el Tribunal “focused not only on the wording of the instrument but also on ‘declarations of intent’ and underlined how the nature of an agreement shall be ascertained ‘from the circumstances in the individual case’”.

²⁰³ *Earthlife Africa – Johannesburg & Another v The Minister of Energy & Others (19529/2015)* [2017] ZAWCHC 50 (26 de abril de 2017), párrs. 108 y 112.

²⁰⁴ *Greek Bar Association and ors v Minister of Finance and Minister of Labour and Social Security*, First stage, 668/2012, ILDC 3279 (GR 2012), 20 de febrero de 2012, Grecia, párr. 28.

²⁰⁵ *Repertorio de la práctica seguida por los órganos de las Naciones Unidas*, vol. V (nota 118 *supra*), Artículo 102, párr. 20. Véase también *ibid.*, párr. 25: “Se consideró que era prematuro tratar de definir los acuerdos internacionales con toda precisión; que podía dejarse que la cuestión se resolviese gradualmente a medida que se acumulasen los casos”.

²⁰⁶ Véanse las observaciones de Michael Brandon, “Analysis of the terms ‘treaty’ and ‘international agreements’ for purposes of registration under Article 102 of the United Nations Charter”, *The American Journal of International Law*, vol. 47(1953), págs. 49 a 69, en especial pág. 69 (sobre la ausencia de definición general de los términos que figuran en el Artículo 102 de la Carta): “The gradual delimitation of the scope of the terms is to be preferred. Flexible adaptations are better than too precise criteria, which might well tend to defeat the purpose of the registration requirements”.

²⁰⁷ Unión Europea (A/C.6/79/SR.28, párr. 16); Portugal (28ª sesión, página 5 de la declaración escrita, en <https://www.un.org/en/ga/sixth/79/summaries.shtml>); Chipre (A/C.6/79/SR.29, párr. 121 leído en su conjunto); Federación de Rusia (A/C.6/79/SR.30, párr. 66); Grecia (*ibid.*, párr. 89); y Sri Lanka (*ibid.*, párr. 103).

diferir y que un indicador puede tener un sentido diferente en un contexto nacional que en otro. Por ejemplo, si un Estado solo publica tratados en su derecho interno, la publicación de un acuerdo puede ser un indicador pertinente. En cambio, si un Estado publica tanto tratados como acuerdos jurídicamente no vinculantes en su derecho interno, la publicación como tal no será determinante, a menos que los acuerdos jurídicamente no vinculantes y los tratados se publiquen en registros diferentes²⁰⁸. Los Estados también subrayaron que un elemento fundamental que hay que tomar en consideración (para algunos el más importante²⁰⁹) es la intención de los autores del acuerdo²¹⁰. Algunos Estados parecían considerar que esa intención era un elemento distinto de los indicadores objetivos, pero estimaban que debían evaluarse conjuntamente²¹¹; otros opinaban que esos indicadores permitían determinar la intención²¹². Para la República Checa, la intención prevalece sobre otros criterios, al menos cuando está claramente expresada²¹³. Además, algunas delegaciones indicaron que debería seguirse un método holístico²¹⁴.

82. Cabe añadir que, en 1996, la Unión Europea envió a sus Estados miembros un cuestionario sobre los procedimientos internos para celebrar acuerdos internacionales aprobados con arreglo a un procedimiento simplificado o acuerdos jurídicamente no vinculantes. De la síntesis de las respuestas al cuestionario se desprende que el criterio para distinguir los instrumentos jurídicamente no vinculantes de los vinculantes se basa en todos los países, excepto Portugal, en un análisis de la intención, expresada por las partes o resultante del texto del acuerdo, de dotar a ese instrumento de una fuerza jurídica no obligatoria (Portugal toma en cuenta la naturaleza política o no del acuerdo y su capacidad para producir efectos en el ordenamiento jurídico interno, aunque, en cualquier caso, nada impide armonizar los criterios)²¹⁵.

83. La información comunicada a la Comisión, así como las directrices nacionales identificadas hasta el momento, coinciden con lo que antecede en que: la intención parece ser el elemento fundamental para determinar si existe o no un acuerdo internacional jurídicamente vinculante²¹⁶. No obstante, los enfoques no son totalmente convergentes —al menos a primera vista— en lo que respecta a la manera en que la intención se articula con los demás indicadores. A veces, la intención parece considerarse un indicador en sí misma,

²⁰⁸ Véase al respecto, por ejemplo, España, *Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales*, art. 48. Para conocer la diversidad de prácticas a este respecto, véanse, por ejemplo, las respuestas a las preguntas 34 y 36 del cuestionario del CAHDI; véase también la información transmitida por Irlanda, pág. 3.

²⁰⁹ Polonia (A/C.6/79/SR.28, párr. 51); Sudáfrica (*ibid.*, párr. 107); República Checa (A/C.6/79/SR.29, párr. 14); Malasia (A/C.6/79/SR.30, párr. 37).

²¹⁰ Croacia (A/C.6/79/SR.21, párr. 122); China (A/C.6/79/SR.26, párr. 60); Unión Europea (A/C.6/79/SR.28, párr. 16); Belarús (*ibid.*, párr. 85); Israel (*ibid.*, párr. 116); Italia (*ibid.*, párr. 124); Australia (A/C.6/79/SR.29, párr. 26); Chipre (*ibid.*, párr. 121); República Islámica del Irán (*ibid.*, párr. 133); Türkiye (A/C.6/79/SR.30, párr. 11); Grecia (*ibid.*, párr. 88); Argelia (*ibid.*, párr. 93); y Bulgaria (*ibid.*, párr. 113). La Federación de Rusia considera que no corresponde a la Comisión examinar la cuestión de los criterios de distinción entre los tratados y los acuerdos internacionales que son jurídicamente no vinculantes, ya que tal distinción dependería únicamente de la intención de las partes (*ibid.*, párrs. 65 y 68).

²¹¹ Finlandia (en nombre de los países nórdicos) (A/C.6/79/SR.28, párr. 26); Brasil (*ibid.*, párr. 35); Eslovenia (*ibid.*, párr. 40); Rumanía (*ibid.*, párr. 65); Irlanda (*ibid.*, párr. 100); Malasia (A/C.6/79/SR.30, párr. 38); y México (*ibid.*, párr. 140).

²¹² Unión Europea (A/C.6/79/SR.28, párr. 16); Belarús (*ibid.*, párr. 85); Letonia (*ibid.*, párr. 30); Australia (A/C.6/79/SR.29, párr. 26).

²¹³ República Checa (A/C.6/79/SR.29, párr. 14). Véase también Chile (*ibid.*, párr. 38).

²¹⁴ Unión Europea (A/C.6/79/SR.28, párr. 16); Finlandia (en nombre de los países nórdicos) (*ibid.*, párr. 26); Eslovenia (que recomienda el recurso a criterios objetivos y subjetivos) (*ibid.*, párr. 40); Portugal (28ª sesión, página 5 de la declaración escrita, en <https://www.un.org/en/ga/sixth/79/summaries.shtml>); México (A/C.6/79/SR.30, párr. 12).

²¹⁵ Documento PESC/SEC 899, 9 de agosto de 1996, pág. 2.

²¹⁶ Véanse la información transmitida por Irlanda (pág. 1) y por Suiza (pág. 5); *Treaties and Memoranda of Understanding (MOUs): Guidance on Practice and Procedures*, septiembre de 2022, Foreign Commonwealth and Development Office (Reino Unido), párr. 5; la respuesta de Bulgaria a la pregunta 4 del cuestionario del CAHDI; las respuestas de Mónaco y Suiza a la pregunta 5 del cuestionario del CAHDI.

que se complementa con otros indicadores cuando es necesario²¹⁷; otras veces, la intención se presenta como el parámetro fundamental que se determina mediante indicadores²¹⁸; en este último caso, para algunos Estados, se requiere un método holístico²¹⁹.

84. Sin embargo, la oposición entre esos enfoques no es necesariamente significativa. Ambos parecen estar de acuerdo en que, por un lado, prevalece la intención claramente expresada y solo es necesario recurrir a indicadores cuando la intención no se ha manifestado con claridad²²⁰ y, por otro lado, es importante redactar el texto mutuamente acordado de modo que refleje la intención de sus autores²²¹. La aparente divergencia de los enfoques parece derivarse en realidad del uso del término “intención” en dos sentidos diferentes, a veces para designar lo que debe demostrarse y a veces para agrupar un conjunto de indicadores directamente relacionados con la voluntad de los Estados (como su conducta durante las negociaciones). Ello podría explicar por qué en ocasiones se considera que la “intención” es un indicador más y no solo algo que hay que establecer.

85. Tampoco parece haber nada que sustente la existencia de presunción alguna. Suiza señala que, a falta de una intención común y dependiendo de las circunstancias, si se determina que al menos una de las partes no quería un tratado, la intención común puede tener que reducirse al mínimo común denominador, es decir, a un instrumento jurídicamente no vinculante, pero es difícil ver en ello una auténtica presunción²²². En cuanto a Francia, la práctica nacional parece indicar que no se recurre a los compromisos jurídicamente no vinculantes (cualquier compromiso asumido en nombre del Gobierno tiene el valor de un acuerdo internacional que crea obligaciones)²²³, pero otras orientaciones nacionales reconocen la existencia de compromisos mutuos de carácter político²²⁴.

3. Enfoque general en la doctrina (incluida la labor de codificación)

86. Como se indicaba en el primer informe, el Instituto de Derecho Internacional no llegó a una posición consensuada al término de su labor sobre “Los textos internacionales que producen efectos jurídicos en las relaciones mutuas entre sus autores y los textos que no los producen”. En su resolución final de 1983, se limitó a reproducir las conclusiones del relator,

²¹⁷ Información transmitida por México, págs. 1 y 2 (se requiere analizar el contenido del instrumento, el lenguaje utilizado y la intención de quienes suscriben el texto, pero la terminología utilizada “denota la intención de las Partes”), y por el Reino de los Países Bajos, pág. 1 (“depends mostly on the context and the intention of the parties”); la respuesta de Irlanda a la pregunta 4 del cuestionario del CAHDI.

²¹⁸ Información presentada por la Argentina (III); Francia (pág. 4: el carácter no vinculante de un instrumento se desprende de la intención de sus signatarios. Esa intención se traduce en una serie de indicadores, analizados conjuntamente, que confirman su carácter no vinculante”); por Irlanda (pág. 1); y por el Reino Unido (párr. 7). Véanse también “Guidance note: Australia’s practice for concluding less-than-treaty status instruments” (apartado dedicado al lenguaje); *Treaties and Memoranda of Understanding (MOUs): Guidance on Practice and Procedures*, septiembre de 2022, Foreign Commonwealth and Development Office (Reino Unido), párr. 5; respuestas de Chipre a la pregunta 4 del cuestionario del CAHDI y del Reino Unido a la pregunta 5 de ese mismo cuestionario.

²¹⁹ Información presentada por Australia (párr. 8) y por Finlandia; respuestas de Alemania, Bosnia y Herzegovina y Finlandia a la pregunta 5 del cuestionario del CAHDI.

²²⁰ Véase, en este sentido, la información transmitida por el Reino de los Países Bajos (folleto del Ministerio de Relaciones Exteriores del Reino de los Países Bajos “Memoranda of Understanding”, octubre de 2021, párr. 4.1) o por Suiza, págs. 2 y 3.

²²¹ Véanse, por ejemplo, las observaciones de los Estados Unidos de América sobre las Directrices para los Acuerdos Vinculantes y No Vinculantes elaboradas por el Comité Jurídico Interamericano, en las que se afirma que es importante redactar los instrumentos de manera que reflejen lo más claramente posible las intenciones de los Estados (https://www.oas.org/es/sla/cji/informes_culminados_recientemente_Acuerdos_Vinculantes_y_No_Vinculantes.asp, pág. 2); y las respuestas de Bosnia y Herzegovina e Italia a la pregunta 4 del cuestionario del CAHDI.

²²² Información transmitida por Suiza, pág. 5.

²²³ Francia, *Circulaire de 1997 relative à l’élaboration et à la conclusion des accords internationaux*, secc. I.

²²⁴ “Guide des bonnes pratiques en matière de négociation et de conclusion des engagements internationaux de la France”, 2020, Ministerio de Europa y Relaciones Exteriores, pág. 5.

modificadas por éste a la luz de los debates mantenidos²²⁵. Dos de esas conclusiones son pertinentes en este contexto:

8. El carácter jurídico o puramente político de un compromiso recogido en un texto internacional de carácter incierto depende de la intención de las partes establecida mediante las reglas habituales de interpretación, incluido un examen de la terminología empleada para expresar dicha intención, las circunstancias en que se aprobó el texto y el comportamiento ulterior de las partes.

9. Los textos internacionales que se limitan a formular declaraciones de intenciones mediante las cuales sus autores solo pretenden dar a conocer su punto de vista acerca de un problema determinado en el momento en que se redacta el texto en cuestión, sin intención de quedar obligados en el futuro, carecen de alcance jurídico [...]. Una declaración de intenciones solo puede aceptarse si la voluntad de no quedar obligado, derivada, en particular, de los términos empleados, las circunstancias en que se hizo la declaración y el comportamiento ulterior de su autor, es inequívoca²²⁶ [texto traducido].

87. Además, durante los trabajos del Instituto se dijo que determinar si un texto era vinculante o no exigía una evaluación caso por caso²²⁷.

88. En cuanto a las directrices del Comité Jurídico Interamericano, también mencionadas en el primer informe²²⁸, cabe señalar que la directriz 3 profundiza en los “Métodos para Identificar Acuerdos Vinculantes y No Vinculantes”²²⁹. No se trata de reproducir aquí el texto completo de esa directriz (y su valioso comentario). Los elementos más importantes del planteamiento general figuran en los siguientes fragmentos de las directrices 3.2 y 3.6 (la directriz 3.3 trata el caso de la especificación del tipo de acuerdo celebrado, que retomaremos en la sección B *infra*):

3.2. [...] La práctica actual de los Estados, las organizaciones internacionales, las cortes y los tribunales internacionales y otros sujetos de derecho internacional, sugieren dos métodos diferentes para distinguir entre acuerdos vinculantes y no vinculantes.

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

Ambos métodos suelen llevar a la misma conclusión. Tienen en cuenta a) el texto; b) las circunstancias particulares, y c) la práctica subsiguiente para identificar los distintos tipos de acuerdos vinculantes y no vinculantes. [...] La prueba objetiva priorizaría el texto y el lenguaje utilizados en contraste con el énfasis de la prueba de la intención en lo que se refiere a lo que las partes pretendían.

3.6. [...] 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 participantes²³⁰.

89. El comentario a la directriz 3.2 subraya, en particular, que “numerosos Estados, expertos y tribunales internacionales consideran la intención como el criterio esencial para

²²⁵ Véase A/CN.4/772, párr. 59.

²²⁶ *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 60, tomo II (período de sesiones de Cambridge, 1983), pág. 290.

²²⁷ *Ibid.*, pág. 136 (Sr. Arangio-Ruiz).

²²⁸ A/CN.4/772, párrs. 61 a 68.

²²⁹ Directrices del Comité Jurídico Interamericano (véase la nota 85 *supra*).

²³⁰ *Ibid.*

determinar qué acuerdos son tratados²³¹, pero que algunos Estados solo conceden importancia a los criterios objetivos. No obstante, esa oposición entre una prueba objetiva y una subjetiva (el comentario a la directriz 3.4 habla incluso de una línea “divisoria entre los métodos intencionales y objetivos”²³²) no parece corresponderse del todo con la jurisprudencia contemporánea antes mencionada, que considera los criterios objetivos como elementos de prueba de la intención y no como criterios ajenos a ella.

90. En cuanto a la directriz 3.4, en ella se concede especial importancia a los casos en que los participantes en el acuerdo especifican su condición (o llegan “a otro tipo de avenencia al respecto”²³³) y se indica que solo es preciso recurrir a otros elementos a falta de tal especificación.

91. Del análisis de los estudios doctrinales sobre este tema se extraen tres conclusiones principales.

92. En primer lugar, los autores consideran que el carácter jurídicamente vinculante o no de un acuerdo debe establecerse caso por caso²³⁴. No existe unanimidad entre los autores en cuanto a la existencia o no de alguna presunción, como ya se señaló en el primer informe²³⁵. Un autor, que parece ser un caso aislado, considera que cualquier acuerdo (es decir, cualquier compromiso mutuamente convenido, incluidos los memorandos de entendimiento) constituiría en principio un tratado²³⁶. Ese punto de vista excluye la idea de que puedan existir compromisos mutuos que no sean jurídicamente vinculantes, lo que no ocurre en la práctica contemporánea ni en la jurisprudencia. Otros autores consideran, de manera más matizada, que el grado de formalismo del instrumento da lugar a una forma de presunción: se presume que un acuerdo formal es jurídicamente vinculante y que un acuerdo informal no lo es²³⁷. Otros defienden la presunción contraria: se presume que los Estados no tienen la intención de crear relaciones jurídicas y, por lo tanto, es necesario establecer claramente la existencia de tal intención²³⁸.

93. Sin embargo, lo que esos autores llaman “presunción” no parece atenerse al sentido jurídico de ese término. Parece tratarse más bien de una orientación preliminar que debe guiar la forma de establecer la intención, siendo esta última el elemento clave. En cualquier caso, no parece ser una posición de principio que permita prescindir de un examen más profundo de la naturaleza del acuerdo.

²³¹ *Ibid.*

²³² *Ibid.*

²³³ *Ibid.*

²³⁴ Véanse, por ejemplo, Malgosia Fitzmaurice, “Treaties”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, febrero de 2021, párr. 12; Jean-Paul Jacqué, “Acte et norme en droit international public”, *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1991, vol. II, tomo 227, págs. 357 a 417, en especial pág. 391. La posición de la doctrina a este respecto se explica con más detalle al final de la sección C del presente capítulo.

²³⁵ A/CN.4/772, párr. 124 y nota a pie de página 248.

²³⁶ Jan Klabbers, “Governance by academics: the invention of memoranda of understanding”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 80 (2020), págs. 35 a 72, en especial págs. 41 y ss.

²³⁷ Véase, por ejemplo, Jacqué, “Acte et norme en droit international public” (nota 234 *supra*), págs. 394 y 395 (donde se indica que, cuando un compromiso se recoge en un instrumento formalmente convencional, se tiende a suponer que se trata de un compromiso jurídico; en ese caso, solo puede concluirse que el acuerdo no contiene compromisos si existen indicadores serios de una voluntad en contrario; en cambio, si un compromiso se contrae mediante un acto informal, solo en casos excepcionales se concluye que crea obligaciones (véanse las págs. 391 y 392)). Véase también Wilhelm Wengler, “Les conventions ‘non juridiques’ (nichtrechtliche Verträge) comme nouvelle voie à côté des conventions en droit (Rechtsverträge)”, en *Nouveaux itinéraires en droit: hommage à François Rigaux*, Bruselas, Bruylant, 1993, págs. 637 a 656, en especial pág. 646; R. A. Mullerson, “Sources of international law: new tendencies in Soviet thinking”, *American Journal of International Law*, vol. 83 (1989), págs. 494 a 512, en especial pág. 511; o Gautier, “Les accords informels et la Convention de Vienne sur le droit des traités entre Etats” (nota 102 *supra*), pág. 452.

²³⁸ Véase, por ejemplo, J. E. S. Fawcett, “The legal character of international agreements”, *The British Year Book of International Law*, 1953, págs. 381 a 400, en especial págs. 385 y ss.

94. Lo cierto es que la intención siempre deberá determinarse a partir de las pruebas disponibles. Por lo tanto, ninguna “presunción” es decisiva. Los estudios más recientes tienden a insistir en los límites inherentes a las presunciones: dado que los acuerdos deben evaluarse caso por caso, lo que importa en última instancia no es tanto la existencia de una presunción (que bastaría por sí sola para resolver la cuestión) como la necesidad de determinar, sobre la base de los elementos pertinentes disponibles, la naturaleza del acuerdo cuyo carácter vinculante se cuestiona²³⁹.

95. En segundo lugar, los autores suelen considerar que lo que importa por encima de todo es la intención de las partes en el acuerdo²⁴⁰. Esa intención debe establecerse caso por caso²⁴¹. Algunos autores se han mostrado ciertamente inquietos por la evolución de la jurisprudencia internacional y, en particular, por el modo en que la Corte Internacional de Justicia abordó la cuestión de la intención en la causa relativa a la *Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein*²⁴². Sin embargo, la reformulación de la jurisprudencia de la Corte que se deriva en particular del fallo dictado en 2018 en la causa

²³⁹ Véase, a ese respecto, Jeremy Hill Aust’s *Modern Treaty Law and Practice*, 4ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2023, pág. 67: “In some cases, of course, there will still be ambiguity, but it is still best to resolve this by an assessment of the form, language and intent (and other factors relating to the definition of a treaty or non-binding instrument), rather than by a presumption either way”; Hartmut Hillgenberg, “A fresh look at soft law”, *European Journal of International Law*, 1999, págs. 499 a 515, en especial pág. 505 (“International Law does not seem to contain a general assumption that agreements are of a treaty nature”). Véase también desde 1969 Fritz Münch, “Comments on the 1968 draft convention on the law of treaties. Non-binding agreements”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1969, págs. 1 a 11, en especial págs. 1 y 2. Véanse también las aclaraciones de Christine Chinkin, “A mirage in the sand? Distinguishing binding and non-binding relations between States”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 10 (1997), págs. 223 a 247, en especial pág. 231 y nota 31; Timothy Meyer, “Alternatives to treaty-making – informal agreements”, en Duncan B. Hollis (ed.), *The Oxford Guide to Treaties*, 2ª ed., Oxford University Press, 2020, págs. 59 a 81, en especial pág. 80; o Palma, *La natura degli atti finali dei vertici internazionali* (nota 115 *supra*), págs. 61 y ss.

²⁴⁰ Véanse, por ejemplo, Anthony Aust, “The theory and practice of informal international instruments”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 35 (1986), págs. 787 a 812, en especial págs. 794 y 795; Curtis A. Bradley, Jack Goldsmith y Oona A. Hathaway, “The rise of nonbinding international agreements: an empirical, comparative, and normative analysis”, *The University of Chicago Law Review*, vol. 90, núm. 5 (septiembre de 2023), págs. 1281 a 1364, en especial págs. 1296 y 1297; Claire Crépet Daigremont, “Les premières réflexions sur le concerté non conventionnel (Michel Virally)”, en Institut des hautes études internationales, *Grandes pages du droit international*, vol. II, *Les sources*, París, Pedone, 2016, págs. 87 a 100, en especial pág. 99; Gautier, *Essai sur la définition des traités entre Etats. La pratique de la Belgique aux confins du droit des traités* (nota 196 *supra*), págs. 353; Hill, Aust’s *Modern Treaty Law and Practice* (nota 239 *supra*), págs. 45 y ss.; I. I. Lukashuk, *Sovremennoye pravo mezhdunarodnykh dogovorov - Zaklyucheniye mezhdunarodnykh dogovorov*, t. I, Moscú, Wolters Kluwer Rusia, 2004, pág. 545; Yusuke Nakanishi, “Defining the boundaries of legally binding treaties. Some aspects of Japan’s practice in treaty-making in light of state practice”, *International Community Law Review*, vol. 20 (2018), págs. 169 a 191, en especial pág. 172; Robert Jennings y Arthur Watts (eds.), *Oppenheim’s International Law*, 9ª ed., Londres, Longman, pág. 1202; Antonio Remiro Brotons y otros, *Derecho internacional: curso general*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010, págs. 192 y 194; M. N. Samedov, *K probleme vidov mezhdunarodnih dogovorov Azerbaidjanskoy Respubliki*, *Bakı Universitetinin Xəbərləri: Sosial-siyasi elmlər seriyası*, núm. 4, 2008, pág. 53; Oscar Schachter, “The twilight existence of nonbinding international agreements”, *American Journal of International Law*, vol. 71, núm. 2 (abril de 1977), págs. 296 a 304, en especial págs. 296 y 297; Widdows, “What is an agreement in international law?” (nota 81 *supra*), pág. 121.

²⁴¹ Véase, en particular, Mensi, “The identification of international non-binding agreements through the lens of subjective and objective indicators : fiction or reality?” (nota 166 *supra*), en cuya página 421 se cita la siguiente declaración de Sir Michael Wood ante la Cámara de los Comunes del Reino Unido en 2021: “Ultimately, whether a document is binding or not must be assessed on a case-by-case basis to determine whether the negotiating States intended the instrument to be (or not to be) binding under international law”.

²⁴² Véase la sección A.1 a) del presente capítulo, *supra*. Véase, por ejemplo, Malgosia Fitzmaurice, “Concept of a treaty in decisions of international courts and tribunals”, *International Community Law Review*, vol. 20 (2018), págs. 137 a 168, en especial págs. 162 y ss. (la jurisprudencia sobre el papel de la intención de las partes para determinar si un acuerdo es un tratado no sería “inconclusive”).

relativa a la *Obligación de negociar el acceso al océano Pacífico* despeja toda duda en cuanto al papel fundamental de la intención²⁴³.

96. En tercer lugar, las opiniones de los autores parecen divididas en lo que respecta a la manera de combinar los indicadores (o criterios) objetivos y subjetivos o, dicho de otro modo, entre la determinación de la intención y el recurso a otros indicadores. Como ya se ha dicho, en la doctrina coexisten varios enfoques. Algunos autores, como el Comité Jurídico Interamericano, contraponen un enfoque o indicadores objetivos a un enfoque o indicadores subjetivos²⁴⁴. Esta oposición puede explicarse en parte por la evolución de la jurisprudencia internacional²⁴⁵. Algunos de esos autores establecen una jerarquía entre esos elementos subjetivos y objetivos²⁴⁶. Otros se apartan de esta oposición y prefieren combinar los dos enfoques, argumentando que el objetivo es determinar la intención y que los indicadores son los medios empleados a tal fin²⁴⁷. El papel de los indicadores es “desenmascarar” la intención²⁴⁸. Esta puede expresarse claramente en el momento de la celebración del acto, recogerse por escrito en el documento o inferirse o deducirse de otros elementos²⁴⁹.

97. Actualmente, una gran mayoría parece preferir este último enfoque. Es el que adoptan de manera sistemática los estudios doctrinales que examinan la naturaleza de un acuerdo específico. En esos estudios, los autores se esfuerzan por establecer la intención de las partes analizando los elementos pertinentes disponibles²⁵⁰. Ese enfoque es perfectamente coherente

²⁴³ Véase la sección A.1. a) del presente capítulo, *supra*.

²⁴⁴ Véanse Dai Tamada, “Editorial”, *International Community Law Review*, vol. 20 (2018), págs. 135 y 136 (introducción al informe especial sobre “The legal nature of an agreement in international jurisprudence and state practice”); o Meyer, “Alternatives to treaty-making – informal agreements” (nota 239 *supra*), págs. 66 y 79.

²⁴⁵ Véanse, por ejemplo, Fitzmaurice, “Concept of a treaty in decisions of international courts and tribunals” (nota 242 *supra*), pág. 152, que contrasta el enfoque adoptado por la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a la *Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein* en 1994 con el adoptado por el Tribunal Internacional del Derecho del Mar en 2012 en la causa *Delimitación de la frontera marítima en el golfo de Bengala*; o la forma en que Francisco Jiménez García presenta la jurisprudencia pertinente en *Derecho internacional líquido: ¿Efectividad frente a legitimidad?*, Thomson Reuters, 2021, págs. 165 y ss.

²⁴⁶ Véase, por ejemplo, Jean d’Aspremont, *Formalism and the Sources of International Law. A Theory of the Ascertainment of Legal Rules*, Oxford, Oxford University Press, 2011, págs. 178 y ss.; véase también Mensi, “The identification of international non-binding agreements through the lens of subjective and objective indicators: fiction or reality?” (nota 166 *supra*), págs. 440 y 441.

²⁴⁷ Aust, “The theory and practice of informal international instruments” (nota 240 *supra*), págs. 800 y ss.; Gautier, *Essai sur la définition des traités entre Etats. La pratique de la Belgique aux confins du droit des traités* (nota 196 *supra*), págs. 353 y ss. y la conclusión de la página 373 (se trata de determinar la intención de los autores de un acto. Los indicadores examinados únicamente tienen una función probatoria y solo tienen valor en la medida en que se basan en la voluntad de los Estados); Chinkin, “A mirage in the sand? Distinguishing binding and non-binding relations between States” (nota 239 *supra*), págs. 230 y ss.; Mensi, “The identification of international non-binding agreements through the lens of subjective and objective indicators: fiction or reality?” (nota 166 *supra*), pág. 424 (“what has been generally described as an objective test represents, in practically terms, an analytical approach where formal tools, such as the text of an agreement, are considered to establish the will of the Parties”); o Dai Tamada, “The Japan-South Korea Comfort Women Agreement: unfortunate fate of a non-legally binding agreement”, *International Community Law Review*, vol. 20 (2018), págs. 220 a 251, en especial pág. 226.

²⁴⁸ Maurice Kamto, “La volonté de l’Etat en droit international”, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, 2004, vol. 310, págs. 9 a 418, en especial pág. 115, donde señala que la voluntad del Estado no está clara en todas las situaciones jurídicas. Mientras la voluntad no adopte la forma de consentimiento explícito, deberá determinarse. La voluntad se identifica a través de las acciones o el comportamiento. En ambos casos, el papel de la intención será determinante.

²⁴⁹ Pierre Michel Eisemann, “Le Gentlemen’s agreement comme source du droit international”, *Journal du droit international* vol. 106 (1979), págs. 316 a 348, en especial págs. 344 y 345; o, entre otros ejemplos, Widdows, “What is an agreement in international law?” (nota 81 *supra*), págs. 137 y ss.

²⁵⁰ Véase la sección C del presente capítulo *in fine, infra*. Véanse, en ese mismo sentido, O. Ilyinskaya, *Pravo mezhdunarodnykh dogovorov*, Moscú, Prospekt, 2021, pág. 13; I. Lukashuk, “Pravo mezhdunarodnykh dogovorov”, en *Kurs mezhdunarodnogo prava v 7 tomakh*, V. N. Kudryavtsev y otros (eds.), t. 4 (“Otrasli mezhdunarodnogo prava”), Moscú, Nauka, 1990, págs. 9 y 10.

con la jurisprudencia internacional, que en general se centra en la intención de las partes para determinar si han quedado obligadas por el derecho internacional²⁵¹.

4. Proyecto de conclusión propuesto

98. En vista de todo lo que antecede, se presenta a la Comisión el siguiente proyecto de conclusión:

Segunda parte. Distinción entre tratados y acuerdos internacionales jurídicamente no vinculantes

Proyecto de conclusión 5. Evaluación del carácter jurídicamente vinculante o no de un acuerdo

1. El carácter jurídicamente vinculante o no de un acuerdo se evalúa caso por caso.
2. El carácter jurídicamente vinculante o no de un acuerdo depende de la intención de las partes. Si las partes no tienen la intención de quedar jurídicamente obligadas por el acuerdo, este no es jurídicamente vinculante.
3. La intención puede manifestarse de manera expresa.
4. A falta de indicación expresa, la intención puede establecerse recurriendo a los elementos pertinentes señalados en los proyectos de conclusión [XX a XX]. Esos elementos se evalúan en su conjunto.

99. Este proyecto de conclusión pretende abarcar dos situaciones: aquellas en que los negociadores están estudiando cómo redactar el acuerdo, y aquellas en que hay que determinar la naturaleza del acuerdo después de haberlo celebrado. El verbo “evaluar” de los párrafos 1 y 4 y la fórmula “establecerse recurriendo” del párrafo 4 son suficientemente amplios como para englobar ambos casos. Además, la forma en que está redactado el primer párrafo debe interpretarse en el sentido de que el planteamiento general establecido en el proyecto de conclusión solo es pertinente si surge la cuestión. Los autores de un acuerdo determinado pueden no sentir la necesidad de precisar o determinar si este es jurídicamente vinculante o no, por no ser algo indispensable para su aplicación.

100. Los calificativos “subjetivo” y “objetivo” se evitan deliberadamente en este proyecto de conclusión por la confusión que provocan al dar a entender que la intención se sitúa en el mismo plano que los indicadores “objetivos”. En realidad, la intención y los indicadores no son lo mismo. La intención es lo que hay que demostrar, y los indicadores son la forma en que se expresa esa intención, teniendo presente que estos pueden ser de naturaleza más o menos subjetiva u objetiva (basarse en los términos empleados es en cierto modo más objetivo que averiguar la intención de las partes mediante los intercambios diplomáticos mantenidos durante las negociaciones, por ejemplo). El proyecto de conclusión está estructurado en consecuencia: tras señalar en el párrafo 1 que la evaluación se hace caso por caso, en el párrafo 2 se establece el elemento clave (la determinación de la intención) y en los párrafos 3 y 4 se indica la forma de establecer esa intención.

101. Los párrafos 3 y 4 deben leerse a la luz de las precisiones hechas respecto de cada uno de ellos en las secciones B y C del presente capítulo. El texto entre corchetes del párrafo 4 (“[XX a XX]”) se completará una vez que la Comisión haya determinado la manera de abordar la cuestión de los indicadores pertinentes (véase, a este respecto, la sección C del presente capítulo, *infra*).

²⁵¹ Véase Corte Internacional de Justicia, *Nuclear Tests Case (Australia v. France)*, fallo, *I.C.J. Reports* 1974, págs. 253 y ss., en especial págs. 267 y 268, párr. 45, y *Nuclear Tests Case (New Zealand v. France)*, fallo, *I.C.J. Reports* 1974, págs. 457 y ss., en especial pág. 473, párr. 48: “Como señaló la Corte en su fallo sobre las excepciones preliminares en la causa relativa al *Templo de Preah Vihear*: ‘como ocurre en general en derecho internacional, que hace especial hincapié en la intención de las partes, cuando la ley no prescribe una forma determinada, las partes son libres de elegir la que deseen, siempre que su intención se desprenda claramente de ella’ (*I.C.J. Reports* 1961, pág. 31)”.

102. Ateniéndose al objetivo no prescriptivo del proyecto, los verbos utilizados en este proyecto de conclusión son esencialmente descriptivos. Por la misma razón, parece preferible emplear los términos “indicación” y “elementos” en lugar de “criterios” en el párrafo 4. Por esa razón también, más adelante, en la sección C relativa a su identificación, se utilizarán los términos “indicadores”, “elementos” o “indicaciones” por ser más neutros que “criterios”.

103. El párrafo 1 establece que la evaluación debe hacerse caso por caso. En principio, ello significa que no hay ninguna presunción al respecto. Así pues, no es preciso incluir esa puntualización (la ausencia de presunción) en el párrafo 1. Esa omisión permite cierta flexibilidad para tener en cuenta que, en la práctica de algunos Estados, ciertos tipos de acuerdo o de instrumento tienden a asociarse a una determinada naturaleza. Por ese motivo, no parece oportuno precisar al final del párrafo 4 que ningún elemento es decisivo por sí solo²⁵². En algunos casos, tomando en consideración la práctica específica de los Estados partes en el acuerdo, un determinado indicador puede tener un peso especial.

104. Por último, el párrafo 3 no especifica que la intención pueda manifestarse de manera expresa en el acuerdo. Nada impide dejar constancia expresa de la intención en otro acto (anterior o posterior al acuerdo)²⁵³.

B. Existencia de una indicación expresa

105. En la medida en que, con arreglo al enfoque general señalado antes, la intención es el parámetro fundamental, debe prestarse especial atención a las situaciones en que el acuerdo examinado contiene una indicación expresa de su naturaleza, así como a los casos en que un compromiso previo aclara expresamente esta intención de antemano²⁵⁴ o un acto posterior la indica de manera expresa²⁵⁵. Esto plantea una serie de cuestiones, en particular qué se entiende por “indicación expresa”, cómo influye en la naturaleza del acuerdo y si es decisiva por sí sola. Sin embargo, teniendo en cuenta todo lo señalado antes (véase la sección A *supra*), la ausencia de tal indicación expresa no prejuzga por sí misma la naturaleza del acuerdo.

1. Jurisprudencia

106. La jurisprudencia tiende a demostrar que, cuando existe una indicación expresa sobre la naturaleza del acuerdo, se le atribuye un efecto determinante, en todo caso cuando su objeto mismo es pronunciarse sobre el carácter jurídicamente vinculante o no del acuerdo en cuestión²⁵⁶. En tal caso, las cortes y tribunales no parecen atribuirse la facultad de recalificar el acuerdo de forma contraria a la intención manifestada expresamente por todas las partes en él²⁵⁷.

107. En la causa relativa a la *Obligación de negociar el acceso al océano Pacífico*, la Corte sostuvo que la intención de obligarse jurídicamente, “a falta de términos expresos que indiquen la existencia de un compromiso jurídico, puede establecerse sobre la base de un

²⁵² Véase, por ejemplo, a este respecto [A/CN.4/772](#), párr. 122.

²⁵³ Para más información a este respecto, véase la sección B, *infra*.

²⁵⁴ Véase, por ejemplo, el artículo 30, párrafo 2, del Acuerdo para la Promoción y Protección Recíprocas de Inversiones entre la República Argentina y los Emiratos Árabes Unidos, de 16 de abril de 2018: “Una interpretación de cualquier disposición del presente Acuerdo formulada de manera conjunta y acordada entre los Estados Partes será vinculante para un Tribunal Arbitral constituido de conformidad con el mismo”.

²⁵⁵ Esta hipótesis se asemeja a las situaciones en que las partes ya no discrepan en cuanto a la naturaleza del acuerdo (véase, por ejemplo, *Maritime Dispute* (nota 94 *supra*), pág. 24, párr. 48: “A la luz de lo anterior, la Corte observa que ya no se discute que la Declaración de Santiago de 1952 es un tratado internacional”).

²⁵⁶ En cambio, el hecho, por ejemplo, de que el acuerdo “incluya una disposición que regule su entrada en vigor” es simplemente “una indicación de su carácter vinculante” (*Maritime Delimitation in the Indian Ocean* (véase la nota 50 *supra*), pág. 21, párr. 42).

²⁵⁷ La cuestión de la posible existencia de la facultad de recalificación se planteó en el primer informe ([A/CN.4/772](#), párr. 125). Las opiniones preliminares de los miembros de la Comisión se inclinaban más hacia una respuesta negativa a esta pregunta (véase [A/79/10](#), párr. 259).

examen objetivo de todos los elementos de prueba”²⁵⁸. Así procedió la Corte en el caso concreto del “Acta Protocolizada”. Sostuvo que “en la penúltima cláusula del acta se indica que el Ministro de Relaciones Exteriores de Bolivia señaló: ‘las presentes declaraciones no contienen ninguna disposición que cree derechos u obligaciones para los Estados de los representantes que las han formulado’, extremo que no impugnó el Ministro Plenipotenciario de Chile. *Por consiguiente, aunque* Chile hubiera hecho una declaración relativa a una obligación [...], esta no habría formado parte de un acuerdo entre los dos Estados”²⁵⁹.

108. En el arbitraje del caso *Chagos*, el tribunal arbitral también declaró que la intención de contraer o no un compromiso jurídico debe estar “clearly expressed or is otherwise a matter for objective determination”²⁶⁰. Por lo tanto, el tribunal consideró en primer lugar que las partes “did not themselves characterize the status of the 1965 Agreement either at its conclusion or at the moment of Mauritian independence” antes de, “in turn”, examinar “objectively” la naturaleza del acuerdo²⁶¹.

109. En la sentencia antes citada del Pleno del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal sostuvo asimismo que no era necesario averiguar el sentido particular de los términos del acuerdo (concretamente de las palabras “should” y “will”) (y *a fortiori* otros elementos) para establecer su naturaleza, ya que la voluntad de las partes “está claramente expresada en el propio tenor de las Directrices, al precisar éstas, en su punto 7, que dicho documento tiene por objetivo establecer las directrices que los organismos competentes en materia de regulación del Gobierno federal de Estados Unidos y los servicios de la Comisión ‘tienen la intención de aplicar de manera voluntaria’”. En estas circunstancias, “basta declarar que de la precisión citada se deduce que, al acordar las Directrices, las partes nunca tuvieron intención de contraer compromisos que las obligaran jurídicamente”²⁶².

2. Práctica

110. Las observaciones formuladas por los Estados en la Sexta Comisión tienden a mostrar la importancia que conceden a cualquier cláusula que especifique expresamente la naturaleza del acuerdo. Algunos Estados argumentaron que cuando existe una cláusula clara y explícita, ésta tiene una importancia fundamental²⁶³ y prevalece sobre los indicadores objetivos, a los que no es necesario recurrir²⁶⁴. Dos Estados han matizado esto, señalando que una cláusula de ese tipo no es, como tal, totalmente decisiva²⁶⁵. Ello puede explicarse por el hecho de que, como apunta Grecia, existe una práctica cada vez más extendida consistente en indicar de manera expresa en el acuerdo que no es jurídicamente vinculante, aunque otros elementos del texto puedan llevar a una conclusión diferente²⁶⁶. Tanto Malasia como la Federación de Rusia se han mostrado muy reticentes a la idea de que una corte o tribunal pueda recalificar

²⁵⁸ *Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean* (véase la nota 37 *supra*), pág. 539, párr. 91 [sin cursiva en el original].

²⁵⁹ *Ibid.*, pág. 543, párr. 106 [sin cursiva en el original].

²⁶⁰ *Arbitration regarding the Chagos Marine Protected Area between Mauritius and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland* (véase la nota 96 *supra*), pág. 538, párr. 426.

²⁶¹ *Ibid.*, párr. 427.

²⁶² Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, asunto C-233/02 (véase la nota 186 *supra*), párr. 43.

²⁶³ Polonia (A/C.6/79/SR.28, párr. 51).

²⁶⁴ Rumanía (A/C.6/79/SR.28, párr. 65); República Checa (A/C.6/79/SR.29, párr. 14). Véase también, pero expresada de forma más ambigua, la posición de la República Islámica del Irán (*ibid.*, párr. 133).

²⁶⁵ Irlanda (A/C.6/79/SR.28, párr. 100); Chipre (A/C.6/79/SR.29, párr. 121).

²⁶⁶ Grecia (A/C.6/79/SR.30, párr. 89). Una autora considera además que si las directrices nacionales no siempre dan un peso decisivo a las cláusulas explícitas, es también porque la naturaleza del acuerdo podría variar con el tiempo a la luz de la práctica ulterior: véase Caroline Chaux, “Distinguer les accords juridiquement contraignants des accords juridiquement non contraignants: étude des lignes directrices nationales”, RGDIP, vol. 128 (2024), págs. 39 à 70, en especial págs. 51 a 53.

la naturaleza de un acuerdo, en particular en presencia de una cláusula que indique expresamente su carácter²⁶⁷.

111. La información transmitida a la Comisión complementa lo expuesto. Suiza afirma que la existencia de una cláusula específica es el primer criterio que ha de utilizarse y que debe evitarse que dicha cláusula entre en contradicción con el resto del texto del instrumento. En definitiva, sostiene que, si existe alguna duda sobre la naturaleza de un acuerdo, no es posible concluirlo de forma distinta a lo previsto en ese tipo de cláusula²⁶⁸. Algunos países también citan ejemplos de cláusulas específicas utilizadas en la práctica²⁶⁹. El Reino Unido señala que si la terminología utilizada indica claramente la condición del instrumento, no es necesario incluir una cláusula específica que precise la intención de las partes²⁷⁰. La Federación de Rusia dice que, en su práctica, la inserción de una cláusula que especifique que el acto celebrado no es un tratado y no crea derechos u obligaciones regidos por el derecho internacional es necesaria cuando se celebra un acto que no es un tratado²⁷¹. Por su parte, Francia señala que, para dejar completamente claro el carácter no vinculante de un instrumento, a menudo preconiza, durante la fase de negociación, la inclusión de una cláusula modelo que indique que dicho instrumento no crea obligaciones jurídicas entre los signatarios²⁷²; además, cuando acepta, a título excepcional, concluir un memorando de entendimiento, pide que se inserte en él una disposición explícita que confirme que no crea ninguna obligación jurídicamente vinculante²⁷³.

112. Las respuestas al cuestionario del CAHDI indican que una cláusula específica suele ser suficiente para abordar la cuestión, y se ofrecen ejemplos de este tipo de cláusulas²⁷⁴. Otros Estados indican en sus guías nacionales que puede ser conveniente, al concluir un acuerdo, incluir una cláusula para disipar toda ambigüedad²⁷⁵.

113. La práctica contemporánea pone de manifiesto el recuso a esas indicaciones expresas.

114. El propio título del texto puede, en primer lugar, definir de manera explícita su naturaleza. Lo mismo cabe decir de la Declaración de principios autorizada, sin fuerza jurídica obligatoria, aprobada en la Conferencia de Río de 1992²⁷⁶.

²⁶⁷ Malasia (A/C.6/79/SR.30, párr. 38) (según la versión escrita de la declaración de Malasia publicada en el sitio web de la Sexta Comisión (30ª sesión, <https://www.un.org/en/ga/sixth/79/summaries.shtml>), dicha recalificación debería ser muy poco frecuente y producirse únicamente en circunstancias excepcionales, cuando existan ambigüedades significativas o cuando las intenciones de las partes no correspondan en absoluto con el lenguaje del acuerdo; si la recalificación correspondiera a un órgano jurisdiccional nacional, ello plantearía problemas relacionados con la separación de poderes); y la Federación de Rusia (A/C.6/79/SR.30, párr. 67).

²⁶⁸ Véase la información transmitida por Suiza, argumentos expuestos en la sección 3 a).

²⁶⁹ Véase la información transmitida por Guatemala, pág. 2; por Irlanda, pág. 1; y por el Reino de los Países Bajos (folleto adjunto sobre los memorandos de entendimiento, párr. 4.4).

²⁷⁰ Información transmitida por el Reino Unido, párr. 7. Nueva Zelandia expresa la misma postura en *International Treaty Making: Guidance for Government Agencies on Practice and Procedures for Concluding International Treaties and Arrangements* (septiembre de 2021), pág. 35; así como la página 3 de la información transmitida por los Estados Unidos de América sobre las Directrices del Comité Jurídico Interamericano (nota 85 *supra*), pág. 3.

²⁷¹ Información transmitida por la Federación de Rusia, párr. 5, último apartado.

²⁷² Información transmitida por Francia, pág. 5.

²⁷³ *Ibid.*, párr. 3.

²⁷⁴ Véanse las respuestas a la pregunta 5 del cuestionario de Hungría, Irlanda, Italia, Noruega, la República de Corea, el Reino de los Países Bajos y la Unión Europea.

²⁷⁵ Véase la información transmitida por Polonia, pág. 3; “Guide des bonnes pratiques en matière de négociations et de conclusion des engagements internationaux de la France” (nota 224 *supra*), pág. 11.

²⁷⁶ Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3 a 14 de junio de 1992, vol. I, Resoluciones aprobadas por la Conferencia (A/CONF.151/26/Rev.1, publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.93.1.8), resolución 1, anexo III. Véase también el Instrumento jurídicamente no vinculante sobre todos los tipos de bosques, anexo a la resolución 62/98 de la Asamblea General, de 7 de diciembre de 2007 (en cuya sección II.2 se indica que “[e]l presente instrumento tiene carácter voluntario y jurídicamente no vinculante”).

115. En otros casos, esa función la desempeñará una disposición insertada en el acuerdo que indicará que este contiene disposiciones vinculantes²⁷⁷ o que nada en él pretende crear un acuerdo vinculante o derechos u obligaciones²⁷⁸.

116. Un acuerdo también puede especificar, de forma más indirecta, que no puede registrarse en virtud del Artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas²⁷⁹. En otros casos, el tipo de acuerdo que se va a concluir se indicará claramente al inicio de las negociaciones²⁸⁰.

3. Doctrina (incluida la labor de codificación)

117. De ciertos fragmentos de la obra del Instituto de Derecho Internacional parece desprenderse que, cuando la intención se recoge expresamente en el acuerdo, esta es determinante²⁸¹. En el marco de la labor del Comité Jurídico Interamericano, la directriz 3.3 (“Especificación del tipo de acuerdo celebrado”) establece que “[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” y presenta un cuadro con ejemplos de posibles formulaciones de esa “especificación”²⁸². El comentario a la directriz 3.3 ofrece algunos ejemplos, incluida la especificación de los

²⁷⁷ Véase, por ejemplo, Memorandum of Understanding on Establishing the ASEAN-China Centre between the Governments of the Member States of the Association of Southeast Asian Nations and the Government of the People’s Republic of China, 25 de octubre de 2009, art. XXII, párr. 2.

²⁷⁸ Véanse, por ejemplo: Código de conducta relativo a la represión de la piratería y los robos a mano armada contra los buques en el océano Índico occidental y el golfo de Adén, de 29 de enero de 2009, art. 15 a); Carta del Consejo de Estabilidad Financiera (2009), art. 16; Memorandum of Understanding on the Framework for the Restitution of Illegally Acquired Assets Forfeited in Switzerland to the Benefit of the Population of the Republic of Uzbekistan between the Swiss Federal Council and the Government of the Republic of Uzbekistan, 8 de septiembre de 2020, párr. 7; Déclaration conjointe établissant un partenariat sur les migrations entre la République islamique de Mauritanie et l’Union européenne, 7 de marzo de 2024, disposición final; (entre ministerios) Memorandum of Understanding on Cooperation in Sports between the Ministry of Youth Affairs and Sports (India) and the Ministry of Culture, Gender, Entertainment and Sport (Jamaica), 1 de octubre de 2024, párr. 10; (entre autoridades administrativas) Memorandum of understanding between the National Institute of Metrology of the People’s Republic of China and the Government of Australia, as represented by the National Measurement Institute, 12 de junio de 2024, párr. 10, o Memorandum of Understanding between the Survey of India and the Federal Service for State Registration, Cadastre and Cartography (The Russian Federation), 8 de julio de 2024, párr. 8; (entre ciudades) Memorandum of Understanding between the City of London Corporation and Tokyo Metropolitan Government, 4 de diciembre de 2017; (entre cortes y tribunales nacionales) Memorandum of Understanding on Cooperation between the Supreme People’s Court of the People’s Republic of China and the Supreme Court of the Republic of Singapore on Information on Foreign Law, 3 de diciembre de 2021, art. XVII, párr. 2; (entre organizaciones internacionales) Memorandum of Understanding between the World Customs Organization (WCO) and the Intergovernmental Organisation for International Carriage by Rail (OTIF), 10 de julio de 2017, secc. H.12.

²⁷⁹ Véase, por ejemplo, el párrafo 13 de los Acuerdos de Ártemis sobre los Principios para la Cooperación en la Exploración y la Utilización Civiles de la Luna, Marte, los Cometas y los Asteroides con Fines Pacíficos, de 13 de octubre de 2020. En general, se considera que el Acta Final de Helsinki de 1975, que contiene una cláusula de este tipo, es por esa misma razón jurídicamente no vinculante (aunque incluye términos como “agree”, “sont convenus”, “convienen” y sus cláusulas finales sean más bien formales).

²⁸⁰ Véanse los ejemplos que figuran en la sinopsis sobre este tema, A/77/10, anexo I, párr. 19. Para consultar un ejemplo más reciente, véase el párrafo 4 de la resolución 79/128 de la Asamblea General, de 4 de diciembre de 2024, en la que esta “[d]ecide elaborar y concluir un instrumento jurídicamente vinculante sobre la protección de las personas en caso de desastre, sin perjuicio de los efectos jurídicos que pueda tener cualquiera de sus disposiciones particulares...”. Como ejemplo de un caso en el que durante las negociaciones subsistieron dudas sobre la naturaleza del “instrumento multilateral” que debía concluirse, véase Emmanuel Decaux, “La forme et la force obligatoire des codes de bonne conduite”, *Annuaire français de droit international*, 1983, págs. 81 a 97, en especial págs. 87 a 91.

²⁸¹ Véase el estudio inicial de Fritz Münch de 15 de septiembre de 1976, *l’Institut de droit international*, 1983, vol. 60, t. I (período de sesiones de Cambridge, 1983), págs. 324 y 325.

²⁸² Véanse las Directrices del Comité Jurídico Interamericano (nota 85 *supra*).

Acuerdos de Helsinki de que no son elegibles para registro en virtud del Artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas. Se entiende que la directriz 3.4 solo exige el uso de otros indicadores a falta de tal especificación. No obstante, la directriz 3.6 sugiere que, en caso de ambigüedad o incongruencia entre los distintos “elementos indicativos de la condición de un acuerdo”, se recurra a “un análisis integral que procure conciliar las pruebas objetivas y las intenciones comunes de los participantes”²⁸³, lo que podría significar que una indicación expresa que especifique la naturaleza del acuerdo no sería determinante en todos los casos.

118. Los autores que se han pronunciado sobre el tema consideran, en general, que si los redactores del acuerdo se han preocupado de especificar de manera expresa su naturaleza, esa indicación constituye un elemento determinante para establecer su intención²⁸⁴ o, al menos, que la determinación de esa intención no planteará ninguna dificultad particular en ese caso²⁸⁵ o que no habrá ninguna duda al respecto²⁸⁶. Ésa fue también la postura expresada por Hersch Lauterpacht en su primer informe a la Comisión sobre el derecho de los tratados: “no deja lugar a dudas la ausencia de una obligación jurídica, cuando las partes hubieren manifestado expresamente que no tienen la intención de asumir obligaciones de este carácter”²⁸⁷. No obstante, algunos autores parecen opinar que el hecho de que haya una indicación expresa no es necesariamente determinante en todas las circunstancias, pero sus posiciones son un tanto ambiguas²⁸⁸.

²⁸³ *Idem*.

²⁸⁴ Véanse Anthony Aust, “Alternatives to treaty-making: MOUs as political commitments”, en Duncan B. Hollis (eds.), *The Oxford Guide to Treaties*, 1ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2012, págs. 46 a 72, en especial págs. 50 y 51; Hill, *Aust’s Modern Treaty Law and Practice* (nota 239 *supra*), pág. 49; Andrea Spagnolo, “The conclusion of bilateral agreements and technical arrangements for the management of migration flows: an overview of the Italian practice”, *The Italian Yearbook of International Law*, vol. 28 (2018), págs. 211 a 230, en especial pág. 219.

²⁸⁵ Véase, por ejemplo, R. R. Baxter, “International law in ‘her infinite variety’”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 29 (1980), págs. 549 a 566, en especial pág. 558; Bradley, Goldsmith y Hathaway, “The rise of nonbinding international agreements: an empirical, comparative, and normative analysis” (nota 240 *supra*), pág. 1326; d’Aspremont, *Formalism and the Sources of International Law. A Theory of the Ascertainment of Legal Rules* (nota 246 *supra*), págs. 183 y ss.; Mensi, “The identification of international non-binding agreements through the lens of subjective and objective indicators: fiction or reality?” (nota 166 *supra*), págs. 427 a 429; Münch, “Comments on the 1968 draft convention on the law of treaties. Non-binding agreements” (nota 239 *supra*), pág. 3; Meyer, “Alternatives to treaty-making—Informal agreements” (nota 239 *supra*), pág. 79; Nakanishi, “Defining the boundaries of legally binding treaties. Some aspects of Japan’s practice in treaty-making in light of State practice” (nota 240 *supra*), pág. 190; Tamada, “The Japan-South Korea Comfort Women Agreement: unfortunate fate of a non-legally binding agreement” (nota 247 *supra*), pág. 228; Andrea Zimmermann y Nora Jauer, “Legal shades of grey? Indirect legal effects of ‘memoranda of understanding’”, *Archiv des Völkerrechts*, vol. 39, núm. 3 (septiembre de 2021), págs. 278 a 299, en especial pág. 297.

²⁸⁶ Aust, “The theory and practice of informal international instruments” (véase la nota 239 *supra*), pág. 802 (qui donne comme exemple une indication explicite figurant dans le préambule d’une déclaration bilatérale); o Philippe Gautier, “Non-binding agreements”, *Max Planck Encyclopedia of International Law*, mayo de 2022, párr. 16.

²⁸⁷ A/CN.4/63, págs. 26 a 28.

²⁸⁸ Véase Andrés B. Muñoz Mosquera, “Memorandum of understanding (MOU): a philosophical and empirical approach (Part I)”, *NATO Legal Gazette*, julio de 2014, págs. 55 a 69 y “Memorandum of understanding (MOU): a philosophical and empirical approach (Part II)”, *NATO Legal Gazette*, octubre de 2016, págs. 34 a 47, nota 32, según el cual no hay certeza de que una indicación expresa impida a un juez atribuir efectos a un memorando de entendimiento (lo que no implica, no obstante, que sea un tratado); en cuanto a la reserva expresada por Meyer en “Alternatives to treaty-making - Informal agreements” (nota 239 *supra*), pág. 79, nota 136, según la cual “A statement of intent still might not conclusively resolve an instrument’s status in all circumstances”, esta se basa en una observación formulada por Roberto Ago durante la labor de la Comisión sobre el derecho de los tratados que, no obstante, se refería al derecho aplicable al acuerdo y no a la naturaleza de este (véase *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1962*, vol. I, pág. 56, párrs. 18 y 19).

4. Proyecto de conclusión propuesto

119. Sobre la base de lo que antecede, se propone el siguiente proyecto de conclusión:

Proyecto de conclusión 6. Existencia de una indicación expresa

Para determinar la intención de las partes en un acuerdo, basta con que todas ellas indiquen expresamente si lo consideran o no jurídicamente vinculante en virtud del derecho internacional.

120. Se ha optado por el término “indicación” en lugar de “cláusula” o “disposición” para tener en cuenta las divergencias en las prácticas nacionales. Como hemos visto, algunos Estados consideran que no es necesaria una *cláusula* específica cuando los *términos* utilizados indican expresamente la naturaleza del acuerdo. Además, en el proyecto de conclusión no se especifica que la indicación deba figurar “en el acuerdo”, ya que nada impide que se formule en otro lugar. Por último, podrían insertarse las palabras “en general” después del verbo “basta” para tener en cuenta la práctica y la doctrina que pretenden demostrar que una indicación expresa no es necesariamente decisiva por sí sola en todas las situaciones.

C. Casos en que no existe una indicación expresa: indicadores pertinentes

121. A falta de términos expresos que indiquen el carácter del acuerdo, la intención de sus autores se establece sobre la base de un examen objetivo de los demás elementos pertinentes, siguiendo las orientaciones generales que se han mencionado antes (véanse la sección A y el proyecto de conclusión 5 *supra*). Por lo tanto, un aspecto importante del tema es identificar con precisión cuáles son, a falta de indicación expresa, los elementos pertinentes para determinar si un acuerdo es jurídicamente vinculante o no.

122. La jurisprudencia y la doctrina, además de mucha información transmitida por los Estados en el marco del debate sobre el presente tema o inferida de su práctica nacional, permiten identificar y aclarar los indicadores considerados pertinentes. El objetivo de esta sección es hacer una recopilación. No obstante, el Relator Especial no ha considerado oportuno proponer proyectos de conclusión sobre esos indicadores en el presente período de sesiones por dos razones.

123. Por una parte, habida cuenta de la necesidad de que la labor de la Comisión se base en material lo más representativo posible (consideración a la que los miembros de la Comisión y los Estados miembros presentes en la Sexta Comisión concedieron especial importancia durante los debates sobre el tema²⁸⁹), es oportuno disponer de otro año para recabar más información sobre las prácticas nacionales relativas a los indicadores pertinentes. A tal fin, sería conveniente que la Comisión renovara la solicitud de información cursada el año pasado a los Estados y, de ser posible, que esta se ampliara a las organizaciones internacionales en la medida en que sus acuerdos guarden relación con el presente tema.

124. Por otra parte, el Relator Especial considera que, dada la cantidad de indicadores existentes, las precisiones que algunos de ellos requieren y la importancia del papel que los Estados les atribuyen en las prácticas y directrices nacionales, sería conveniente que la Comisión celebre primero un debate preliminar sobre la manera de incluir esos indicadores en el proyecto de conclusiones. Podrían incluirse en forma de un proyecto de conclusiones muy conciso que se limitara a enumerarlos a título orientativo y remitiera a los comentarios para las precisiones oportunas. Podrían adoptar la forma de varios proyectos de conclusión que profundizaran en cada uno de esos indicadores y aportaran las aclaraciones necesarias para su utilización. También podría considerarse la posibilidad de añadir fórmulas modelo,

²⁸⁹ Véanse A/79/10, párr. 231, y Singapur (A/C.6/79/SR.28, párr. 103); Chile (A/C.6/79/SR.29, párr. 32); Francia (*ibid.*, párr. 82); Tailandia (*ibid.*, párr. 115); la República Islámica del Irán (*ibid.*, párr. 132); Malasia (A/C.6/79/SR.30, párr. 36); El Salvador (*ibid.*, párr. 48); Bulgaria (*ibid.*, párr. 110); Filipinas (*ibid.*, párr. 124); México (*ibid.*, párr. 142); así como Guatemala (A/C.6/79/SR.29, párr. 102), Suiza (*ibid.*, párr. 106) y Colombia (A/C.6/79/SR.30, párr. 21).

buenas prácticas o, a título informativo, un compendio de las directrices nacionales existentes en la materia (teniendo en cuenta que el valor añadido de la labor de la Comisión a menudo consiste en identificar, recopilar y compartir prácticas pertinentes). En opinión del Relator Especial, lo que debe guiar a la Comisión en la manera de abordar los indicadores es la necesidad de obtener un resultado que sea lo más útil posible para los Estados en términos prácticos y que no sea demasiado general y abstracto. La celebración en el actual período de sesiones de un debate general acerca de la manera de estructurar y elaborar proyectos de conclusión sobre la cuestión de los indicadores pertinentes permitiría proponer proyectos de texto adecuados el próximo año y orientar lo mejor posible la labor del comité de redacción.

125. Esta es la mejor manera de proceder, en especial porque no se debe subestimar la dificultad de ciertas cuestiones que se plantean en la práctica. La información transmitida por Suiza es muy clara. Tras exponer su práctica, Suiza destaca una serie de dificultades prácticas que surgen cuando la intención común de las partes en cuanto a la naturaleza del instrumento sigue siendo incierta a pesar de la aplicación de la metodología habitual. Ello ocurría en tres situaciones: cuando el instrumento está redactado en un lenguaje jurídico, pero contiene una frase que afirma lo contrario; cuando está redactado en un lenguaje jurídico, pero de las negociaciones o las circunstancias se desprende que las partes no tenían la intención de celebrar un tratado; y cuando el instrumento no tiene ninguna frase explícita, pero la redacción es ambigua²⁹⁰.

126. Cabe señalar también que los indicadores pertinentes tienen una doble función y que no está claro que deban considerarse o presentarse de la misma manera en un texto práctico, según el papel que deban desempeñar. Estos indicadores se utilizan tanto antes de la adopción de un texto, dirigidos a los negociadores (como elementos que deben tenerse en cuenta para que la forma en que los negociadores redactan el acuerdo corresponda a su intención de comprometerse jurídicamente o no, un papel que suelen desempeñar las directrices y otras orientaciones aprobadas a nivel nacional) como después de dicha adopción, dirigidos esta vez a los responsables de la aplicación del texto (una vez celebrado el acuerdo, en caso de duda sobre su naturaleza, se debe recurrir a indicadores para determinar si es jurídicamente vinculante o no).

127. Por la misma razón, las conclusiones que se extraigan de la jurisprudencia no serán necesariamente las mismas que las que se extraigan de la práctica, ya que las cortes y tribunales se pronuncian con posterioridad a la celebración del acuerdo y su función no es guiar la redacción del texto. Así pues, los indicadores identificados en la práctica estatal pueden ser más numerosos, u ordenarse de forma diferente, de lo que cabría deducir de un mero examen de la jurisprudencia, que solo ofrece una imagen parcial de los indicadores que pueden ser pertinentes. Además, lo que una corte o tribunal ha decidido en un caso puede no aplicarse necesariamente a otro, dada la práctica particular de los Estados interesados en materia de redacción de acuerdos internacionales jurídicamente no vinculantes (lo que es sin duda un parámetro que debe tomarse en consideración al evaluar la intención de las partes en el acuerdo²⁹¹).

128. El Relator Especial ha optado por examinar la jurisprudencia antes que la práctica por razones didácticas, ya que la presentación de la jurisprudencia permite ofrecer una primera visión de conjunto de la cuestión de los indicadores antes de pasar a la práctica más contemporánea en la materia. Evidentemente, este orden de presentación del material se entiende sin perjuicio de las conclusiones que se extraigan sobre el fondo.

129. Con estas observaciones en mente, el Relator Especial expondrá la situación de la jurisprudencia (secc. 1), la práctica (secc. 2) y la doctrina (secc. 3) sobre los indicadores pertinentes. Cabe recordar que la manera de abordar esta cuestión se esbozaba en el primer informe, en el que se señalaba que hay muchos indicadores que pueden usarse y se proponía una lista indicativa inicial²⁹². En su primer informe, el Relator Especial también se planteaba

²⁹⁰ Información transmitida por Suiza, págs. 3 a 5.

²⁹¹ Si, por ejemplo, dos Estados celebran un acuerdo bilateral que deciden denominar “memorando de entendimiento” y la práctica nacional de ambos indica que ese título se reserva a los acuerdos que son jurídicamente no vinculantes, esa indicación debe tenerse ciertamente en cuenta.

²⁹² A/CN.4/772, párr. 121.

si existe una jerarquía entre esos diferentes indicadores²⁹³. Los debates celebrados en el 75º período de sesiones de la Comisión sobre el primer informe permitieron a los miembros formular observaciones preliminares sobre esos aspectos del tema²⁹⁴.

1. Jurisprudencia relativa a los indicadores

a) Términos empleados

130. En la jurisprudencia, el texto o la redacción del acuerdo es un indicador clave para determinar su naturaleza. Como ya se ha mencionado antes, la Corte Internacional de Justicia siempre ha tenido en cuenta (y en un momento dado llegó a afirmar que debía hacerlo “por encima de todo”) los “términos utilizados” y la “redacción” del texto²⁹⁵. En la causa relativa a la *Plataforma continental del mar Egeo*, por ejemplo, se centró en la formulación de los párrafos del comunicado de prensa y en sus términos²⁹⁶. Del mismo modo, en la causa relativa a la *Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein*, examinó el tenor de las actas de 1990 y concluyó que creaban derechos y obligaciones en virtud del derecho internacional²⁹⁷. Este enfoque se ha adoptado en otras causas²⁹⁸.

131. El análisis de los términos empleados, el texto o la redacción del acuerdo abarca dos elementos: determinar si se han establecido puntos de encuentro y si éstos se han plasmado en forma de compromisos jurídicos. Por ejemplo, en la causa relativa a la *Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein*, la Corte señala que las actas de 1990 “enumeran compromisos”; “no son simples actas de una reunión”; “no se limitan a dar cuenta de los debates y resumir las cuestiones sobre las que hay acuerdo o disconformidad”²⁹⁹. Del mismo modo, en la causa relativa a la *Delimitación marítima en el océano Índico*, constata que el memorando de entendimiento en cuestión era un documento “en el que ambos países consignaron ciertos puntos de acuerdo regidos por el derecho internacional”³⁰⁰. En cambio, en la causa relativa a la *Delimitación de la frontera marítima en el golfo de Bengala*, los términos empleados en las actas de 1974 llevaron al Tribunal Internacional del Derecho del Mar a concluir que solo eran las actas de un entendimiento condicional, y no un acuerdo jurídicamente vinculante³⁰¹. Lo mismo ocurre en la causa relativa a la *Obligación de negociar el acceso al océano Pacífico*: “el ‘Acta Protocolizada’ no menciona ningún compromiso y ni siquiera resume los puntos de acuerdo y desacuerdo”³⁰². Del mismo modo, referirse a la futura celebración de un acuerdo en un

²⁹³ *Ibid.*, párr. 123.

²⁹⁴ A/79/10, párrs. 254 a 257.

²⁹⁵ Véase la sección A.1 a) del presente capítulo *supra*. La Corte también ha preconizado este enfoque en relación con las resoluciones del Consejo de Seguridad. Así, en la opinión consultiva de 1971 en la causa relativa a *Namibia*, declaró que “[e]s preciso analizar detenidamente la redacción de una resolución del Consejo de Seguridad antes de concluir que es vinculante” (*Legal consequences for states of the continued presence of South Africa in Namibia (South-West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, opinión consultiva, I.C.J. Reports 1971, págs. 16 y ss., en especial pág. 53, párr. 114).

²⁹⁶ *Aegean Sea Continental Shelf* (véase la nota 37 *supra*), págs. 39 y 40, párr. 97, y pág. 43, párr. 105.

²⁹⁷ *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrein* (véase la nota 48 *supra*), pág. 121, párrs. 24 y 25.

²⁹⁸ Véase en particular *Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean* (véase la nota 37 *supra*), pág. 548, párr. 126. Véase también Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *Alex Thomas c. République-Unie de Tanzanie*, núm. 005/2013, sentencia, 20 de noviembre de 2015, párr. 136, nota 29 (donde se dispone que el artículo 1 confiere a la Carta el carácter jurídicamente vinculante que generalmente se atribuye a los tratados internacionales de esa naturaleza).

²⁹⁹ *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrein* (véase la nota 48 *supra*), pág. 121, párr. 25.

³⁰⁰ *Maritime Delimitation in the Indian Ocean* (véase la nota 50 *supra*), pág. 21, párr. 42.

³⁰¹ *Delimitation of the maritime boundary in the Bay of Bengal* (véase la nota 54 *supra*), pág. 35, párrs. 92.

³⁰² *Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean* (véase la nota 37 *supra*), pág. 543, párr. 105 y 106. Véanse otros ejemplos *ibid.*, pág. 550, párr. 135, y pág. 551, párr. 138.

comunicado conjunto denota que ese acuerdo no se ha celebrado³⁰³. Aunque se haya contraído un compromiso, los términos deben demostrar la intención de quedar jurídicamente vinculado. Los términos deben expresar o permitir que de ellos se deduzca la aceptación de una obligación jurídica³⁰⁴.

132. El tribunal arbitral del caso del *Mar de China meridional* dio mucha importancia a la redacción y la terminología, y su decisión es un ejemplo de la atención que debe prestarse a los términos utilizados. Según el tribunal:

[...] with respect to its terms, the [2002 China-ASEAN Declaration on the Conduct of Parties in the South China Sea (DOC)] contains many instances of the signatory States simply “reaffirming” existing obligations. For example, in paragraph 1, they “reaffirm their commitment” to the UN Charter, the Convention, and other “universally recognized principles of international law.” In paragraph 3, they “reaffirm their respect and commitment to the freedom of navigation and overflight” as provided in the Convention. In paragraph 10, they reaffirm “the adoption of a code of conduct in the South China Sea would further promote peace and stability in the region.” The only instance where the DOC uses the word “agree” is in paragraph 10 where the signatory States “agree to work, on the basis of consensus, towards the eventual attainment” of a Code of Conduct. This language is not consistent with the creation of new obligations but rather restates existing obligations pending agreement on a Code that eventually would set out new obligations. The DOC contains other terms that are provisional or permissive, such as paragraph 6, outlining what the Parties “may explore or undertake,” and paragraph 7, stating that the Parties “stand ready to continue their consultations and dialogues.”

On the other hand, some of the terms used in the DOC are suggestive of the existence of an agreement. For example, the word “undertake”, used in paragraph 4 (“undertake to resolve their [...] disputes by peaceful means [...] through friendly consultations and negotiations by sovereign states directly concerned”) and in paragraph 5 (“undertake to exercise self-restraint”). As China mentions, the Court observed in *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)* that the word “undertake” is “regularly used in treaties setting out the obligations of Contracting Parties” and found the ordinary meaning of “undertake” to be “give a formal promise, to bind or engage oneself, to give a pledge or promise, to agree, to accept an obligation.” However, the Tribunal notes a number of differences between paragraph 4 of the DOC and Article 1 of the Genocide Convention. First, the Court was operating in the context of a treaty, whose legally binding character was not in any doubt. The examples cited by the Court [...] were also indisputably legally binding treaties. The Court was not seeking to determine whether an agreement on the submission of disputes was binding (as it was in *Maritime Delimitation and Territorial Questions (Qatar v. Bahrain)* and *Land and Maritime Boundary (Cameroon v. Nigeria)*), but rather whether Article 1 of the Genocide Convention imposed an obligation to prevent genocide that was separate and distinct from other obligations in the Genocide Convention. Notably, the Court looked beyond the ordinary meaning of the word “undertake” to verify its understanding. It thus gave weight to the object and purpose of the Genocide Convention and the negotiating history of the relevant provisions.

³⁰³ *Delimitation of the Maritime Boundary in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d’Ivoire)*, sentencia, ITLOS Reports 2017, págs. 4 y ss., en especial pág. 65, párr. 192. Véase, en ese mismo sentido, *Repertorio de la práctica seguida por los órganos de las Naciones Unidas*, vol. V (nota 118 *supra*), Artículo 102, párr. 31 e): “Las minutas de las sesiones entre representantes de los Gobiernos, cuando la mayoría de los temas anotados constituían observaciones circunstanciales, explicaciones, criterios o notas de asuntos pendientes de examen, se consideró que no constituían, por sí solas, un tratado o acuerdo internacional en el sentido de la Carta”.

³⁰⁴ *Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean* (véase la nota 37 *supra*), pág. 546, párr. 118, y págs. 549 y 550, párr. 132.

When a similar exercise is undertaken with respect to the DOC, it becomes apparent to this Tribunal that the DOC was not intended to be a legally binding agreement with respect to dispute resolution³⁰⁵.

133. Se puede observar algo comparable en el laudo del caso de arbitraje entre la Provincia de Terranova y la Provincia de Nueva Escocia, por ejemplo con respecto al sentido que debía atribuirse al verbo inglés “be” utilizado aisladamente en una declaración conjunta, en la que se había de determinar si significaba “should be”, “will be”, “shall be”, “are to be” o simplemente “are”, cuestión que podía resolverse analizando el texto en su conjunto³⁰⁶. Por analogía, cabe señalar que en la jurisprudencia se sigue un criterio comparable (pero basado en las normas de interpretación de los tratados y, por tanto, tomando también en consideración otros elementos de conformidad con dichas normas) al establecer si una determinada disposición de un tratado crea o no obligaciones jurídicas. En este caso se emplean además marcadores lingüísticos³⁰⁷.

b) *Forma y título*

134. La forma misma en que se presenta el acuerdo y su título podrían vincularse a los indicadores relacionados con la redacción. Sin embargo, la jurisprudencia no considera, al menos en principio, que esos dos indicadores (forma y título) sean pertinentes, lo que parece estar en consonancia con la definición de tratado de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, según la cual un acuerdo regido por el derecho internacional es un tratado independientemente de cómo se registre o cuál sea su denominación. En las causas relativas a *África Sudoccidental*, la Corte declaró que “[e]s jurídicamente irrelevante que el Mandato se describa en su último párrafo como una ‘declaración’ [‘exemplaire’ en el texto en francés]. [...] La terminología [empleada en el título] no es un factor determinante en lo que respecta al carácter de un acuerdo o de un compromiso internacional. En la práctica de los Estados y las organizaciones internacionales, así como en la jurisprudencia de los tribunales internacionales, existe una gran variedad de usos; la denominación de disposiciones convencionales se ha atribuido a muchos tipos de actos diferentes”³⁰⁸. Por ejemplo, un acuerdo titulado “memorando de entendimiento” puede resultar ser un tratado de resultados del examen de los indicadores pertinentes³⁰⁹. En la causa relativa a la *Plataforma continental del mar Egeo*, la Corte reiteró que “la cuestión [de la naturaleza del acto] no puede resolverse invocando la forma de comunicación de dicho acto”³¹⁰. En esa misma línea, en la causa relativa a la *Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein*, señaló que “un acuerdo internacional puede adoptar diversas formas y denominaciones”, por lo que se centró en los indicadores relacionados con los términos empleados y las circunstancias en que se redactó el acta de 1990³¹¹. Asimismo, según el Tribunal Internacional del Derecho del

³⁰⁵ *The South China Sea Arbitration between the Republic of the Philippines and the People's Republic of China* (véase la nota 56 *supra*), págs. 87 y 88, párrs. 215 a 217 [se omiten las notas]. Véase otro ejemplo *ibid.*, págs. 97 y 98, párr. 243 (que menciona “an aspirational arrangement”, expresión que no refleja “a legally binding agreement”).

³⁰⁶ Arbitraje *ad hoc* entre la provincia de Terranova y la provincia de Nueva Escocia (véase la nota 105 *supra*), pág. 465, párr. 4.21, y, más en general, págs. 463 y ss., párrs. 4.16 y ss., y pág. 492, párr. 7.3.

³⁰⁷ Véase por ejemplo (además de la referencia a la causa relativa a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro)*, en el fragmento del laudo del caso del *Mar de China meridional* antes citado) *Immunities and Criminal Proceedings (Equatorial Guinea v. France)* (excepciones preliminares), fallo, *I.C.J. Reports 2018*, págs. 292 y ss., en especial pág. 321, párr. 92; *Arbitral Award of 3 October 1899 (Guyana v. Venezuela)*, competencia de la Corte, fallo, *I.C.J. Reports 2020*, págs. 455 y ss., en especial págs. 475 y 476, párr. 72.

³⁰⁸ *South West Africa Cases* (véase la nota 156 *supra*), pág. 331. Véase también la opinión separada del Magistrado Jessup, pág. 402.

³⁰⁹ Véase así la conclusión de la Corte en *Maritime Delimitation in the Indian Ocean* (nota 50 *supra*), pág. 24, párr. 50. Véase también, en relación con la Declaración de Maroua, *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria* (nota 49 *supra*), pág. 429, párr. 263.

³¹⁰ *Aegean Sea Continental Shelf* (véase la nota 37 *supra*), pág. 39, párr. 96.

³¹¹ *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain* (véase la nota 48 *supra*), págs. 120, párr. 23.

Mar, lo importante no es la forma o la designación de un instrumento, sino su carácter y contenido jurídicos³¹².

135. Sin embargo, se puede plantear una visión más matizada. El hecho de que la forma y el título no importen o no sean determinantes (por utilizar los términos empleados en los fragmentos de jurisprudencia precedentes) no significa que sean irrelevantes. En el caso del *Mar de China meridional*, el tribunal sostuvo que “[w]hile it is true that the designation of an instrument is not decisive”, cabía observar que “none of the instruments in question are designated as agreements but rather are in the form of joint press statements and reports of meetings of officials of varying ranks”³¹³. En otro fragmento de su decisión, señala que “the DOC shares some hallmarks of an international treaty. It is a formal document with a preamble, it is signed [...] and the signatory States are described in the DOC as ‘Parties’”³¹⁴. Dicho esto, en la medida en que los demás indicadores, incluidos los términos empleados, no reflejan un compromiso jurídicamente vinculante, el tribunal no concede un peso decisivo en este caso a esos elementos de forma³¹⁵.

c) *Tipos de cláusula*

136. El tipo de cláusulas utilizadas en el acuerdo puede ser un indicador pertinentes (en especial las cláusulas finales). En su opinión disidente conjunta en las causas relativas a *África Sudoccidental*, los Magistrados Spender y Fitzmaurice señalan que el hecho de que haya una cláusula de jurisdicción “en el instrumento puede, sin duda, ofrecer una indicación en cuanto a su carácter y reflejar, en cierta medida, su naturaleza”³¹⁶. La Corte siguió el mismo planteamiento en la causa relativa a la *Delimitación marítima en el océano Índico*: el hecho de que el memorando de entendimiento “contenga una disposición que regule su entrada en vigor es un indicador de su carácter vinculante”³¹⁷. Otro ejemplo es la posición del Grupo Especial del Órgano de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio (OMC) en el asunto *México – Medidas que afectan a los servicios de telecomunicaciones*. En este caso, el hecho de que se considerara que un “entendimiento” no podía dar “lugar a la iniciación de procedimientos por los Miembros en el marco del mecanismo de solución de diferencias de la OMC” sirvió para concluir que no era vinculante³¹⁸. Hasta la fecha, sin embargo, la jurisprudencia no ha adoptado un planteamiento general sobre los diferentes tipos de cláusula que sería pertinente analizar.

d) *Autoridades que han negociado o adoptado el acuerdo*

137. La naturaleza de las autoridades que negociaron o adoptaron el acuerdo también es un indicador pertinente. Como recuerda la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la celebración de un tratado requiere la existencia de “plenos poderes” (arts. 7 y 8 de la Convención). Por lo tanto, su existencia en un caso concreto puede llevar a pensar que el acuerdo celebrado es un tratado. En cambio, lo contrario no indica necesariamente que el acuerdo no sea jurídicamente vinculante, ya que una autoridad estatal puede contraer obligaciones en virtud del derecho internacional incluso sin tener plenos poderes, como pone de manifiesto el régimen de los actos unilaterales de los Estados. Así pues, quizás sea más determinante la naturaleza de las autoridades que negociaron y adoptaron el acuerdo que la existencia formal de plenos poderes. La jurisprudencia aporta algunas aclaraciones a este respecto.

138. En la causa relativa a la *Delimitación de la frontera marítima en el golfo de Bengala*, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar tuvo en cuenta la ausencia de plenos poderes para concluir que el acta de 1974 no era un acuerdo jurídicamente vinculante. Señaló que el

³¹² *Delimitation of the maritime boundary in the Bay of Bengal* (véase la nota 54 *supra*), pág. 35, párr. 89.

³¹³ *The South China Sea Arbitration between the Republic of the Philippines and the People's Republic of China* (véase la nota 56 *supra*), pág. 97, párr. 242.

³¹⁴ *Ibid.*, pág. 86, párr. 214.

³¹⁵ *Ibid.*, págs. 87 y ss., párrs. 215 y ss.

³¹⁶ *South-West Africa Cases* (véase la nota 156 *supra*), pág. 478.

³¹⁷ *Maritime Delimitation in the Indian Ocean* (véase la nota 50 *supra*), pág. 21, párr. 42.

³¹⁸ Informe del Grupo Especial, WT/DS204/R, adoptado el 1 de junio de 2004, párrs. 7.124 y 7.125.

jefe de la delegación birmana no era un representante facultado para obligar al Estado sin tener que presentar plenos poderes y afirmó que no se había aportado “ninguna prueba de que se considerara que los representantes birmanos tenían la autoridad necesaria para hacer que su Estado quedara obligado de conformidad con el artículo 7, párrafo 1, de la Convención de Viena”. Asimismo, indicó que “se trata de un caso distinto al de la Declaración de Maroua [en la causa relativa a la *Frontera terrestre y marítima entre el Camerún y Nigeria*], que fue firmada por los dos Jefes de Estado correspondientes”, que tienen, por principio, capacidad para comprometer internacionalmente a sus Estados³¹⁹. Cinco años más tarde, en la causa relativa a la *Delimitación marítima en el océano Índico*, la Corte determinó la naturaleza de un memorando de entendimiento basándose en que “declaraba expresamente que los dos ministros signatarios del texto habían sido ‘debidamente autorizados por sus respectivos Gobiernos’ para hacerlo”³²⁰.

139. El tribunal arbitral en el caso *Chagos* estimó que, antes de la independencia de Mauricio y teniendo en cuenta las disposiciones entonces aplicables en derecho constitucional británico, Mauricio y el Reino Unido “were legally disabled from expressing th[eir] commitment as a matter of international law for such time as Mauritius remained a colony”³²¹. La decisión del tribunal arbitral en el caso entre Terranova y Nueva Escocia afirma que “[a] factor sometimes referred to as indicative of an intention to enter into treaty relations is the status and powers of the negotiators”³²².

140. Evidentemente, el papel de ese indicador a los efectos del presente tema dependerá de si los acuerdos celebrados entre autoridades subestatales de diferentes Estados se incluyen o no en su ámbito de aplicación (véase la sección C del capítulo III *supra*). En el caso de esos acuerdos, lo principal no es demostrar la existencia de plenos poderes en el sentido del derecho de los tratados, sino la propia capacidad de las entidades subestatales de contraer obligaciones en el ámbito internacional³²³.

e) *Circunstancias que rodean la elaboración y adopción del texto*

141. Como se ha mencionado antes, las cortes y tribunales internacionales conceden importancia a las circunstancias en que se elaboró y adoptó el texto (siguiendo la fórmula que se desprende, en particular, del fallo dictado en la causa relativa a la *Plataforma continental del mar Egeo*) o, para utilizar la fórmula más reciente empleada por la Corte Internacional de Justicia, a las “condiciones de la negociación”³²⁴. Se trata, en particular, de

³¹⁹ *Delimitation of the maritime boundary in the Bay of Bengal* (véase la nota 54 *supra*), pág. 36, párr. 96. En virtud de la norma reflejada en el artículo 7 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, se considera que los Jefes de Estado “representan a su Estado” “sin tener que presentar plenos poderes”.

³²⁰ *Maritime Delimitation in the Indian Ocean* (véase la nota 50 *supra*), pág. 22, párr. 43.

³²¹ *Arbitration regarding the Chagos Marine Protected Area between Mauritius and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland* (véase la nota 96 *supra*), pág. 537, párr. 424. La Corte Internacional de Justicia hizo suyo este análisis en su opinión consultiva de 2019: “no se puede hablar de un acuerdo internacional cuando una de las partes, Mauricio, que parece haber cedido el territorio al Reino Unido, estaba bajo su autoridad” (*Legal consequences of the separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2019*, págs. 95 y ss., en especial pág. 137, párr. 172). En cambio, discrepó del razonamiento del tribunal de que la independencia de Mauricio tuvo el efecto de “transforming the commitments made in 1965 into an international agreement” (UNRIIA, vol. XXXI, pág. 538, párr. 425).

³²² Arbitraje *ad hoc* entre la provincia de Terranova y la provincia de Nueva Escocia (véase la nota 105 *supra*), págs. 451 y 452, párr. 3.19.

³²³ La posición de la Secretaría de las Naciones Unidas sobre el registro de tratados es que los acuerdos “en los que una de las partes no posee la capacidad necesaria para concertar tratados internacionales no se registran, o archivan e inscriben”; por ejemplo, la Secretaría “se abstuvo de archivar e inscribir un canje de notas de fecha 24 de abril de 1986 entre las Naciones Unidas y la ciudad de Nagoya [...] puesto que esa ciudad no tenía la capacidad necesaria” (*Repertorio de la práctica seguida por los órganos de las Naciones Unidas, suplemento núm. 7*, vol. VI, Artículos 92 a 105 y 108 a 111 de la Carta, 1 de enero de 1985 a 31 de diciembre de 1988, párr. 7). Sin embargo, ello no significa necesariamente que ese acuerdo sea jurídicamente no vinculante.

³²⁴ *Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean (Bolivia v. Chile)* (véase la nota 37 *supra*), pág. 539, párr. 91.

examinar la correspondencia diplomática que precedió a la adopción del texto, así como las posiciones mantenidas durante las reuniones u otros encuentros relacionados con la elaboración del texto, en la medida en que esos elementos estén accesibles³²⁵. Las circunstancias que deben tenerse en cuenta no son solo las derivadas de los documentos acordados. Pueden deducirse de la posición adoptada únicamente por uno de los dos Estados, sobre todo en la medida en que se proponga demostrar que tiene la intención de comprometerse. En el caso *Chagos*, el tribunal arbitral se basó en “the record of the United Kingdom’s approach to the negotiations” para concluir que ese Estado tenía intención de obligarse³²⁶. En el caso del *Mar de China meridional*, el tribunal arbitral también se basó en “[d]escriptions from contemporaneous documents leading up to and surrounding the adoption of the DOC” para concluir que “the DOC was not intended by its drafters to be a legally binding document”³²⁷. El planteamiento fue el mismo en el arbitraje entre Terranova y Nueva Escocia, en el que el tribunal examinó “the history of the discussions between the provinces, leading to the *Joint Statement*”³²⁸.

142. En este último caso, el tribunal parece haber considerado que las circunstancias que rodearon la elaboración y la adopción del texto no solo incluyen las previas a su adopción, sino también las inmediatamente posteriores y directamente relacionadas con ella³²⁹. Diferenció esas circunstancias de las que sitúa en una sección separada del laudo, titulada “práctica posterior de las partes” (sobre la práctica ulterior, véase la sección C.1 del presente capítulo, *infra*)³³⁰.

143. La opinión consultiva OC-10/89 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 14 de julio de 1989, muestra de manera particularmente clara el papel desempeñado por las circunstancias que rodean la elaboración y adopción del texto. En este caso, había divergencia de opiniones entre los Estados participantes en el procedimiento consultivo en cuanto a la naturaleza de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre³³¹. En respuesta a ello, la Corte dictaminó que “no es un tratado en el sentido de las Convenciones de Viena porque no fue adoptada como tal”. Señaló que la Declaración “fue adoptada por la Novena Conferencia Internacional Americana (Bogotá, 1948) en virtud de una resolución tomada por la propia Conferencia. No fue concebida ni redactada para que tuviera la forma de un tratado”. Aunque en 1945 se consideró la posibilidad de adoptarla en forma de convención, “[e]n el posterior proceso de elaboración del proyecto de Declaración en el Comité Jurídico Interamericano y luego en la Novena Conferencia, este enfoque inicial se abandonó y la Declaración se adoptó como tal, no previéndose ningún procedimiento para

³²⁵ *Aegean Sea Continental Shelf* (véase la nota 37 *supra*), págs. 41 a 43, párrs. 100 a 104.

³²⁶ *Arbitration regarding the Chagos Marine Protected Area between Mauritius and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*, laudo (véase la nota 96 *supra*), págs. 536 y 537, párr. 423.

³²⁷ *The South China Sea Arbitration between the Republic of the Philippines and the People’s Republic of China* (véase la nota 56 *supra*), págs. 88 y 89, párr. 217. Véase también Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, asunto C-233/02 (véase la nota 186 *supra*), párr. 44: “el desarrollo de las negociaciones confirma, además, que la voluntad de las partes de no contraer compromisos obligatorios había sido anteriormente reiterada, en repetidas ocasiones, durante la fase de negociación de las Directrices”.

³²⁸ Arbitraje *ad hoc* entre la provincia de Terranova y la provincia de Nueva Escocia (véase la nota 105 *supra*), págs. 459 y ss., párrs. 4.3 y ss., y págs. 471 y ss., párrs. 5.5 y ss.

³²⁹ *Ibid.*, págs. 477 y ss., párrs. 5.17 y ss.

³³⁰ *Ibid.*, págs. 483 y ss., párrs. 6.1 y ss. En la labor de la Comisión sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados se hace una aclaración similar: véase el párrafo 3 del comentario a la conclusión 4 del proyecto aprobado en 2018: “El artículo 31, párrafo 2, de la Convención de Viena de 1969 dispone que el ‘contexto’ del tratado comprende ciertos ‘acuerdos’ e ‘instrumentos’ que han sido concertados o formulados ‘con motivo de la celebración del tratado’. La expresión ‘con motivo de la celebración del tratado’ debe entenderse que abarca los acuerdos e instrumentos que se concertan o formulan en estrecha relación temporal y contextual con la celebración del tratado. Si se concertan o formulan después de ese período, esos ‘acuerdos’ e ‘instrumentos’ convenidos constituyen ‘acuerdos ulteriores’ o práctica ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3” (*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2018*, vol. II (segunda parte), págs. 35 y 36 [se omiten las notas a pie de página]).

³³¹ Opinión consultiva OC-10/89, *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, párrs. 11 a 18.

que pudiese pasar a ser un tratado [...]. Pese a las hondas diferencias que existieron sobre el punto, en la Sexta Comisión de la Conferencia predominó la posición de que el texto a aprobar debía revestir el carácter de una declaración y no de un tratado [...]. Este mismo criterio fue reafirmado el 26 de setiembre de 1949, por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos, cuando expresó: Es evidente que la Declaración de Bogotá no crea una obligación jurídica contractual”³³².

f) *Modo de adopción*

144. El proceso seguido para adoptar el acuerdo también es un indicador pertinente. De hecho, es legítimo esperar que un acuerdo concluido de conformidad con las normas de procedimiento aplicables a la celebración de tratados sea considerado como tal³³³. Por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia se basó en los instrumentos de ratificación que intercambiaron los dos Estados para determinar en la causa relativa a *Ambatielos* que la declaración formaba parte del tratado y era, por tanto, vinculante para las partes³³⁴. En la causa relativa a la *Delimitación marítima en el océano Índico*, la Corte dio importancia al hecho de que el memorando de entendimiento contuviera una cláusula que regulaba su entrada en vigor y a que en esa cláusula se indicara que la entrada en vigor tendría lugar tras su firma, sin requerir ratificación³³⁵.

145. Sin embargo, en este caso puede haber cierta confusión entre la determinación de si el acuerdo es o no un tratado (la cuestión de la naturaleza del acuerdo) y la determinación de si el tratado se ha celebrado sin vulneración manifiesta de alguna norma fundamental de derecho interno (la cuestión de la validez del tratado, que se rige por la norma recogida en el artículo 46 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados). En la causa relativa a la *Frontera terrestre y marítima entre el Camerún y Nigeria*, la Corte separó ambas cuestiones: solo después de establecer que la Declaración de Maroua constituía un tratado respondió a los argumentos que cuestionaban su validez alegando que no había sido ratificada de conformidad con las normas aplicables³³⁶. Esa distinción está menos clara en la causa relativa a la *Delimitación marítima en el océano Índico*. En esta ocasión, analizó “la existencia de un requisito de ratificación en derecho somalí” al examinar la propia naturaleza del memorando de entendimiento³³⁷. En cualquier caso, no distinguió claramente entre la cuestión de la naturaleza y la de la validez del acuerdo. Consideró que “no hay razón para suponer que Kenya era consciente de que la firma del Ministro podría no ser suficiente, en virtud del derecho somalí, para expresar el consentimiento de Somalia a la celebración de un acuerdo internacional vinculante”³³⁸. La determinación de si el proceso o procedimiento de adopción de un texto debe considerarse una cuestión de validez más que un indicador del carácter vinculante o no de dicho texto tal vez merezca un examen más detenido.

g) *Registro y publicación (en el plano internacional)*

146. El hecho de que el acuerdo haya sido registrado y/o publicado a nivel internacional también puede ser un indicador pertinente. En la causa relativa a *Ambatielos*, la Corte Internacional de Justicia se basó en que los textos oficiales del Tratado de Comercio y Navegación y de la Declaración, cuya naturaleza era objeto de controversia, habían sido transmitidos a la Sociedad de Naciones en Ginebra “para su registro, tras lo cual esos textos se insertaron en la *League of Nations Treaty Series* con un número propio” y un título propio: “Tratado [...] y Declaración anexa”³³⁹. Del mismo modo, en las causas relativas a *África*

³³² *Ibid.*, párrs. 32 a 34.

³³³ El artículo 5 de la Convención sobre Tratados celebrada en La Habana el 20 de febrero de 1928 establece explícitamente que los tratados no son obligatorios sino después de ratificados (en *Supplement to the American Journal of International Law*, vol. 29 (1935), págs. 1205 a 1207).

³³⁴ *Ambatielos Case* (véase la nota 156 *supra*), págs. 42 y 43.

³³⁵ *Maritime Delimitation in the Indian Ocean* (véase la nota 50 *supra*), págs. 21 y 22, párrs. 42 y 45.

³³⁶ *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria* (véase la nota 49 *supra*), págs. 429 y ss., párrs. 263 y ss.

³³⁷ *Maritime Delimitation in the Indian Ocean* (véase la nota 50 *supra*), págs. 22 y ss., párrs. 45 y ss. (que deben leerse conjuntamente con los párrafos precedentes), en especial pág. 23, párr. 47.

³³⁸ *Maritime Delimitation in the Indian Ocean* (véase la nota 50 *supra*), pág. 24, párr. 49.

³³⁹ *Ambatielos Case* (véase la nota 156 *supra*), pág. 42.

Sudoccidental, la Corte sostuvo que “el hecho de que exista una disposición en el Mandato que establezca que ‘será depositado en los archivos de la Sociedad de Naciones’ y que ‘el Secretario General de la Sociedad de Naciones entregará copias certificadas de este a todas las Potencias signatarias del Tratado de Paz con Alemania’ indica claramente que el Mandato fue concebido y considerado como un tratado internacional”³⁴⁰. En esa misma línea, en la causa relativa a la *Delimitación marítima en el océano Índico*, señaló que Kenya “consideró que [el memorando de entendimiento] era un tratado, ya que solicitó su registro de conformidad con el Artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas, y Somalia no impugnó ese registro hasta casi cinco años después”³⁴¹.

147. En cambio, en la causa relativa a la *Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein*, la Corte estimó que la falta de registro, o el retraso en este, no significaba necesariamente que las actas de 1990 no fueran un acuerdo internacional vinculante, pero se basó en la validez y no en la naturaleza del texto examinado³⁴².

148. En la causa relativa a la *Delimitación de la frontera marítima en el golfo de Bengala*, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar consideró que no era necesario valorar la pertinencia de las cuestiones relativas a la falta de registro del acta de 1974, puesto que ya había llegado a la conclusión de que el acta no era jurídicamente vinculante³⁴³. De ello podría desprenderse que se trata de un indicador menos importante o relevante que los examinados antes.

149. En este sentido, cabe señalar que esa misma cautela parece caracterizar la práctica de la Secretaría de las Naciones Unidas en virtud del Artículo 102 de la Carta. La Secretaría precisa que el registro de un instrumento ante ella “no implica un juicio de la Secretaría sobre la índole del instrumento”, ni le confiere “la condición jurídica de tratado o acuerdo internacional si el instrumento no poseía ya esa condición jurídica”³⁴⁴.

h) Procedimiento interno

150. La forma en que las partes han considerado el acuerdo en su ordenamiento jurídico interno también sería un indicador pertinente. En la causa relativa a la *Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein*, la Corte pareció efectivamente descartar ese tipo de indicadores al señalar que “tampoco pudo encontrar en el expediente ningún elemento que le permitiera deducir de la posible inobservancia por Qatar de sus normas constitucionales relativas a la celebración de tratados que no tenía la intención de celebrar, o que no consideraba haber celebrado, un instrumento de esa naturaleza” y que tal intención, “aunque se demostrara, no podía prevalecer sobre los términos reales del instrumento en cuestión”³⁴⁵. Sin embargo, ese fragmento no excluye la posibilidad de que el procedimiento interno *confirme* la naturaleza del acuerdo derivada del examen de otros indicadores. En la causa relativa a la *Delimitación de la frontera marítima en el golfo de Bengala*, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar señaló que el hecho de que las Partes no sometieran el acta de 1974 a los procedimientos requeridos por sus respectivas constituciones para quedar

³⁴⁰ *South West Africa Cases* (véase la nota 156 *supra*), págs. 331 y 332.

³⁴¹ *Maritime Delimitation in the Indian Ocean* (véase la nota 50 *supra*), págs. 21 y 22, párr. 42.

³⁴² *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrein* (véase la nota 48 *supra*) pág. 122, párr. 29: “Sin embargo, la falta de registro o el registro tardío no tienen ningún efecto sobre la validez del propio acuerdo, que es vinculante para las partes. Así pues, la Corte no puede deducir del hecho de que Qatar no solicitara el registro del acta de 1990 hasta seis meses después de su firma que, en diciembre de 1990, dicho Estado considerara que el acta no constituía un acuerdo internacional. La misma conclusión se aplica a la falta de registro del instrumento ante el Secretario General de la Liga de los Estados Árabes.

³⁴³ *Delimitation of the maritime boundary in the Bay of Bengal* (véase la nota 54 *supra*), pág. 37, párr. 99.

³⁴⁴ *Manual de Tratados* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.02.V2), edición revisada de 2015, párr. 5.3.1, que puede consultarse en el sitio web de la Sección de Tratados (<https://treaties.un.org/doc/source/publications/THB/Spanish.pdf>).

³⁴⁵ *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrein* (véase la nota 48 *supra*), pág. 122, párr. 29.

vinculadas por un acuerdo internacional es un indicador más de que el acta no pretendía ser jurídicamente vinculante³⁴⁶.

i) *Práctica ulterior*

151. Un último indicador que se encuentra en la jurisprudencia es la práctica ulterior de los autores del acuerdo. La jurisprudencia parece un tanto ambigua en cuanto al papel que puede desempeñar este indicador.

152. En primer lugar, cabe señalar que la Corte Internacional de Justicia, al establecer los principios en que se sustenta su razonamiento, no parece tomar en consideración la práctica ulterior. En la causa relativa a la *Plataforma continental del mar Egeo*, señala que la cuestión depende “esencialmente de la naturaleza del acto” y que debe “tener en cuenta sobre todo los términos empleados y las circunstancias en las que se redactó el comunicado”³⁴⁷, lo que parece descartar, o al menos minimizar, el papel de los elementos ulteriores al comunicado. Por su parte, el pronunciamiento en la causa relativa a la *Obligación de negociar el acceso al océano Pacífico* es un tanto ambiguo. La Corte pide que se tengan en cuenta “todas las pruebas” para establecer la intención, pero también afirma que “los términos empleados por las partes, el objeto y las condiciones de la negociación deben demostrar la intención de las partes de vincularse jurídicamente”³⁴⁸. Por tanto, los elementos ulteriores quedan aparentemente excluidos de lo que puede utilizarse.

153. Sin embargo, esto no impide que se tenga en cuenta la práctica ulterior, al menos a efectos de confirmación. En la causa relativa a la *Plataforma continental del mar Egeo*, por ejemplo, la Corte declaró que “[l]a información presentada a la Corte sobre la correspondencia diplomática posterior a la publicación del comunicado de Bruselas parece confirmar que los dos Primeros Ministros no se comprometieron...”³⁴⁹. En la causa relativa a la *Isla de Kasikili/Sedudu (Botswana c. Namibia)*, se basó en primer lugar en los documentos cuya naturaleza se cuestionaba antes de invocar la práctica ulterior, pero pareció otorgarles la misma importancia e incluso dar mayor peso a dicha práctica. Sostuvo que “[d]el examen de los documentos mencionados, la Corte no puede inferir que, en 1984 y 1985, Sudáfrica y Botswana acordaran algo más que el envío de la comisión conjunta de expertos. Tampoco puede concluir que ambos Estados convinieran de algún modo en reconocerse jurídicamente vinculados por los resultados de la encuesta conjunta realizada en julio de 1985. Ni el acta de la reunión celebrada en Pretoria el 19 de diciembre de 1984 ni los términos del mandato otorgado a los expertos permiten establecer la existencia de tal acuerdo. Es más, la correspondencia posterior entre las autoridades de Sudáfrica y Botswana parece negar la existencia de todo acuerdo”³⁵⁰.

154. En el caso arbitral *Chagos*, el tribunal concluye que el acuerdo de 1965 “became a matter of international law between the Parties” y solo después de haber llegado a esa conclusión señala que el Reino Unido reiteró y reafirmó ulteriormente ese compromiso³⁵¹. Un planteamiento similar se desprende del laudo sobre la competencia en el caso del *Mar de China meridional*, donde el tribunal, tras afirmar que la intención de comprometerse “is determined” por los términos del instrumento y las circunstancias de su adopción, indica que “[t]he subsequent conduct of the parties to an instrument may also assist in determining its

³⁴⁶ *Delimitation of the maritime boundary in the Bay of Bengal* (véase la nota 54 *supra*), pág. 36, párr. 97.

³⁴⁷ *Aegean Sea Continental Shelf Case* (véase la nota 37 *supra*), pág. 39, párr. 96.

³⁴⁸ *Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean* (nota 37 *supra*), pág. 539, párr. 91.

³⁴⁹ *Aegean Sea Continental Shelf* (véase la nota 37 *supra*), págs. 43 y 44, párr. 106. Véase también (pero de manera ambigua) *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria* (nota 49 *supra*), pág. 431, párr. 267.

³⁵⁰ *Kasikili Island/Sedudu Island (Botswana v. Namibia)*, fallo, *I.C.J. Reports* 1999, pág. 1045, en especial pág. 1091, párr. 68 [sin cursiva en el original].

³⁵¹ *Arbitration regarding the Chagos Marine Protected Area between Mauritius and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland* (véase la nota 96 *supra*), pág. 538, párr. 428.

nature”³⁵². Más adelante afirma que, en el presente caso, “[t]he Parties’ subsequent conduct further confirms that the DOC is not a binding agreement”³⁵³.

155. El tribunal arbitral en el caso entre la Provincia de Terranova y la Provincia de Nueva Escocia propuso un análisis más detallado de ese indicador. En una sección de su decisión dedicada íntegramente a la “práctica ulterior de las partes”³⁵⁴, responde a los argumentos esgrimidos por Nueva Escocia en los siguientes términos:

The evidence Nova Scotia sought to rely on in the present case concerned two distinct legal issues: first, whether the “1964 Agreement” exists as such, and secondly, what line it established to the southeast of Point 2017. The latter could be considered a question of interpretation. As to the former, the question is not one of interpretation but of the conclusion of an agreement in the first place. It is true that evidence subsequent to the adoption of a document may help to establish its status as an agreement under international law. For example, the joint action of parties in registering a communiqué under Article 102 of the *United Nations Charter* would be evidence that they considered it as a treaty, or at any rate as giving rise to binding obligations. The International Court of Justice has taken into account subsequent practice of the parties in determining whether they considered a particular instrument as binding or not. On the other hand, although such evidence is not inadmissible, its probative value will often be limited. It is not enough to show that parties acted consistently with a document claimed by one of them to have the status of a binding agreement, since that may be explicable on other grounds. It would be necessary to show that the conduct was referable to the treaty and was adopted because of the obligations contained in it³⁵⁵.

156. Es preciso hacer una última observación en relación con la práctica ulterior. Podría darse la situación de que los acuerdos jurídicamente no vinculantes ulteriores se combinaran con acuerdos jurídicamente no vinculantes previos. Sin embargo, la jurisprudencia no se inclina a considerar que la suma de acuerdos jurídicamente no vinculantes baste por sí misma para convertirlos en jurídicamente vinculantes. En el caso del *Mar de China meridional*, el tribunal descartó esta posibilidad: “The Tribunal does not accept the argument of China that the bilateral statements mutually reinforce each other so as to render them legally binding. Repetition of aspirational political statements across multiple documents does not per se transform them into a legally binding agreement”³⁵⁶. La Corte Internacional de Justicia se pronunció en el mismo sentido en la causa relativa a la *Obligación de negociar el acceso al océano Pacífico*: “La Corte observa que el argumento del demandante de que los actos sucesivos de Chile tienen un efecto acumulativo se basa en la hipótesis de que una obligación puede surgir por el efecto acumulativo de una serie de actos aunque ello no tenga un fundamento jurídico específico. Dado que del análisis precedente se desprende con claridad que ninguno de los fundamentos jurídicos invocados por el demandante, tomado aisladamente, ha generado obligación alguna para Chile de negociar el acceso soberano de Bolivia al océano Pacífico, considerarlos de manera conjunta no puede alterar ese resultado”³⁵⁷.

2. Práctica relativa a los indicadores

157. La práctica seguida por la Secretaría de las Naciones Unidas en materia de registro de tratados o acuerdos internacionales en virtud del Artículo 102 de la Carta solo ofrece breves indicaciones en cuanto a la cuestión de los indicadores pertinentes (que la consulta de todos los volúmenes del *Repertorio de la práctica seguida por los órganos de las Naciones Unidas*

³⁵² *The South China Sea Arbitration between the Republic of the Philippines and the People’s Republic of China* (véase la nota 56 *supra*), pág. 86, párr. 213 [sin cursiva en el original].

³⁵³ *Ibid.*, pág. 89, párr. 218.

³⁵⁴ Arbitraje *ad hoc* entre la provincia de Terranova y la provincia de Nueva Escocia (véase la nota 105 *supra*), págs. 483 y ss., párrs. 6.1 y ss.

³⁵⁵ *Ibid.*, págs. 483 y 484, párr. 6.3 [se omiten las notas a pie de página].

³⁵⁶ *The South China Sea Arbitration between the Republic of the Philippines and the People’s Republic of China* (véase la nota 56 *supra*), pág. 98, párr. 244.

³⁵⁷ *Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean* (véase la nota 37 *supra*), pág. 543, párr. 107, en especial pág. 563, párr. 174.

no ha permitido realmente aclarar). No obstante, la sección 5.3 del *Manual de Tratados* publicado por la Secretaría afirma al menos que “el título y la forma de un documento presentado a la Secretaría para su registro serán menos importantes que su contenido para determinar si es un tratado o acuerdo internacional” y que “[u]n tratado o acuerdo internacional deberá imponer a las partes obligaciones jurídicas vinculantes con arreglo al derecho internacional, a diferencia de meros compromisos políticos. Deberá deducirse claramente del texto del instrumento, cualquiera que sea su forma, la intención de las partes de obligarse jurídicamente con arreglo al derecho internacional”³⁵⁸.

158. De los debates celebrados del año pasado en la Sexta Comisión se desprende que pueden tenerse en cuenta varios tipos de indicadores, que ninguno de ellos suele ser decisivo por sí solo y que existen variaciones en las prácticas nacionales, que, no obstante, pueden ser más aparentes que reales.

159. Según la Unión Europea, deben tenerse en cuenta tanto criterios subjetivos como objetivos. Los primeros se desprenderían del texto de los instrumentos. Los segundos podrían incluir la redacción del texto, su forma y las circunstancias que rodearon la formación del instrumento³⁵⁹. Finlandia (en nombre de los países nórdicos) afirma que hay que tener en cuenta la intención de las partes, el texto, la forma y la terminología del instrumento, así como las circunstancias en las que se ha celebrado³⁶⁰. Letonia (en nombre de los Estados bálticos) considera que la terminología utilizada en el título no es determinante. Un criterio esencial sería la intención expresada en el texto del acuerdo. Además, un instrumento jurídicamente no vinculante no suele contener determinados tipos de cláusula (como cláusulas relativas al derecho aplicable, cláusulas sobre el registro en la Secretaría de las Naciones Unidas y cláusulas de arreglo de controversias)³⁶¹. El Brasil considera que debe tenerse en cuenta la intención de las partes, reflejada en el lenguaje del acuerdo, y la forma del instrumento³⁶². Tras recordar que la intención indicada en el texto del instrumento es el criterio clave, Polonia añade que la presencia de cláusulas finales, incluidas las relativas a los mecanismos de ratificación o de arreglo de controversias, tiene un valor significativo³⁶³. Según Belarús, la intención de las partes indicada en el texto del documento basta para determinar su estatus, junto con los aspectos lingüísticos del documento, su estructura particular y la formulación de sus disposiciones. Todos los demás elementos cumplen una función puramente asistencial en la determinación de la intención de las partes, cuando esa intención no se puede determinar sobre la base de las circunstancias referentes a la firma del documento, las declaraciones de las partes y toda correspondencia entre ellas, y su práctica en relación con el cumplimiento de sus obligaciones internacionales³⁶⁴. Sudáfrica declara que, aunque el factor determinante sería siempre la intención de las partes, la práctica de su país es utilizar términos específicos que considera que denotan un texto no vinculante³⁶⁵. Según Israel, la intención queda reflejada y expresada por el texto y la práctica de las partes y es preferible determinarla de ese modo en lugar de interpretarla a partir de otras pruebas objetivas³⁶⁶. Australia, por su parte, acogió con satisfacción los indicadores señalados en el primer informe del Relator Especial, incluido el texto del instrumento, el contexto que rodeó su celebración, si se habían seguido los procedimientos internos de elaboración de tratados y si el instrumento contenía mecanismos de solución de controversias³⁶⁷. En opinión de Argelia, la intención de las partes se refleja en la redacción y forma final del texto³⁶⁸.

³⁵⁸ *Manual de Tratados* (véase la nota 344 *supra*), párrs. 5.3.2 y 5.3.4.

³⁵⁹ Unión Europea (A/C.6/79/SR.28, párr. 16).

³⁶⁰ Finlandia (en nombre de los países nórdicos) (A/C.6/79/SR.28, párr. 26).

³⁶¹ Letonia (en nombre de los Estados bálticos) (A/C.6/79/SR.28, párrs. 30 y 31).

³⁶² Brasil (A/C.6/79/SR.28, párr. 35).

³⁶³ Polonia (A/C.6/79/SR.28, párr. 51).

³⁶⁴ Belarús (A/C.6/79/SR.28, párr. 85).

³⁶⁵ Sudáfrica (A/C.6/79/SR.28, párr. 107).

³⁶⁶ Israel (A/C.6/79/SR.28, párr. 116).

³⁶⁷ Australia (A/C.6/79/SR.29, párr. 26).

³⁶⁸ Argelia (A/C.6/79/SR.30, párr. 93).

160. Portugal reitera que los indicadores deben valorarse caso por caso y evaluarse en su conjunto, y aporta las siguientes aclaraciones en la versión escrita de su declaración:

the primary elements typically qualifying an international instrument as non-legally binding are its *signatories and contents*, not least the use of differentiated terminology and final clauses – while the form, modalities of conclusion and title of the instrument seem to play a more residual role in some cases. Namely a clause noting that the instrument does not constitute a legally binding one and thus does not create new rights nor obligations under international law, and the absence of clauses that are typical of international legally binding instruments (such as provisions on the settlement of disputes and registration with the Secretariat of the United Nations).

When it comes to the use of differentiated terminology from that of international legally binding instruments we note, e.g.: “signatories” instead of “parties”, “clause”/“section” instead of “article”, use of verbs such as “will” and “decide” instead of “shall” and “agree”³⁶⁹.

161. La República Islámica del Irán ha declarado lo siguiente sobre su práctica:

ciertas expresiones y términos que suelen utilizarse en la redacción de tratados, como *celebrar, entrada en vigor, partes, artículo* e, incluso, el término *acuerdo*, suelen reemplazarse por sus equivalentes no vinculantes para evitar la inferencia errónea de que los signatarios tienen la intención de vincularse jurídicamente por el derecho internacional. Por otra parte, las disposiciones relativas a la solución de controversias se limitan a referencias a “consultas o negociaciones entre las dos partes”. Aunque la presencia o ausencia de esos términos y expresiones no es en sí misma un indicio definitivo de la intención de las partes, puede ser un indicador importante, a falta de una declaración clara y explícita de dicha intención. En otras palabras, la delegación iraní opina que solo las dos partes en el instrumento tienen autoridad para expresar su intención en cuanto a la naturaleza o las implicaciones jurídicas del instrumento, si las hubiera³⁷⁰.

162. El texto de la declaración formulada por Colombia en la Sexta Comisión también contiene información valiosa sobre su práctica:

cuando nos vemos frente a un instrumento de esta naturaleza nos aseguramos de que estos instrumentos:

a) estén formulados en términos no exhortativos, de buenas intenciones o de aspiraciones;

b) no cuenten con disposiciones finales referentes, por ejemplo, a la ratificación o a la entrada en vigor, ya que se entiende que sus efectos, por ser generalmente políticos, se hacen efectivos de inmediato y se producen desde la suscripción; y

c) no cuenten con un cuerpo de normas que regulen su creación, aplicación, interpretación, modificación, terminación y validez.

[...]

Así mismo es importante destacar que para el caso colombiano no es el nombre del instrumento el que determina su naturaleza jurídica, sino su contenido. [...]

[...] el nombre del instrumento no es definitivo y es solo una indicación de cuál podría haber sido la intención de los firmantes al celebrarlo, es decir, si querían acordar un instrumento vinculante o uno no vinculante.

[...]

[...] tanto los tratados como los instrumentos no vinculantes implican alcanzar un acuerdo, es decir, no se trata de una imposición o un contrato de adhesión. Todos estos

³⁶⁹ Portugal (28ª sesión, página 4 de la declaración escrita, en <https://www.un.org/en/ga/sixth/79/summaries.shtml>).

³⁷⁰ República Islámica del Irán (A/C.6/79/SR.29, par. 133).

instrumentos, vinculantes o no, requieren que haya un acuerdo de voluntades entre los celebrantes.

Sin embargo, y para evitar confusiones, la práctica colombiana en la materia ha llevado a preferir referirse siempre a “instrumentos” en lugar de “acuerdos”, considerando que el segundo término podría dar a entender que existe un compromiso jurídicamente vinculante para las partes³⁷¹.

163. Malasia hizo observaciones similares en la versión escrita de su declaración:

[...] The parties' intention is critical in distinguishing such agreements from treaties. However, Malaysia also recognises the limitations of relying solely on intent, as it is not always clearly expressed. This is why Malaysia supports the hybrid approach, which combines both subjective intent and objective indicators to provide a more reliable and nuanced framework for interpreting agreements.

In Malaysia's own drafting practice, specific linguistic cues such as “shall” to denote binding obligations, or “may” and “will” to indicate non-binding commitments, often provide clear indications of whether an instrument is legally binding. Similarly, terms like “agree” are typically used for binding agreements, while “accept” or “decide” are more common in our non-binding instruments. However, Malaysia recognises that other States or parties, across different jurisdictions and legal traditions, may have varied interpretations of such terms. Nonetheless, the key point is that these indicators serve as important tools in understanding the intent behind agreements and in distinguishing between binding and non-binding commitments³⁷².

164. La naturaleza de las formas de arreglo de controversias previstas no sería necesariamente decisiva porque

[...] even in instances where Malaysia enters into legally binding agreements, amicable dispute resolution mechanisms, such as consultations or negotiations through diplomatic channels, are often favoured over third-party adjudication in international tribunals. This underscores that legally binding force does not always necessitate strict enforcement through judicial means but can also rely on mutually agreeable mechanisms that respect the parties' intent³⁷³.

165. Además de lo anterior, la información transmitida por los Estados miembros y las prácticas nacionales identificadas hasta el momento y que se exponen a continuación permiten extraer las siguientes conclusiones en la presente fase: los indicadores potencialmente pertinentes son diversos; a algunos se les concede una mayor importancia práctica (no necesariamente en el sentido de que tengan más peso que otros, pero sí en el sentido de que se les debe prestar especial atención); y las prácticas nacionales no se formulan exactamente de la misma manera, pero esto no significa que sean forzosamente discrepantes. Se perfilan claramente tendencias importantes que parecen converger con la jurisprudencia expuesta más arriba³⁷⁴.

166. Varios Estados dicen conceder una especial importancia a la forma en que está redactado el texto³⁷⁵, lo que también se desprende en otros Estados de la afirmación de que la intención se deduce de los términos del acuerdo³⁷⁶. Sin embargo, la redacción del acuerdo no es el único factor que se tiene en cuenta. Los Estados también se refieren, por ejemplo, al

³⁷¹ Colombia (30ª sesión de la Sexta Comisión celebrada en 2024, véanse las páginas 2 y 3 del texto de la declaración en: <https://www.un.org/en/ga/sixth/79/summaries.shtml>).

³⁷² Malasia (30ª sesión de la Sexta Comisión celebrada en 2024, párrafos 18 y 19 de la declaración escrita, que puede consultarse en: <https://www.un.org/en/ga/sixth/79/summaries.shtml>).

³⁷³ *Ibid.*, par. 25.

³⁷⁴ Véase también la jurisprudencia nacional citada en la sección A.1 d) del presente capítulo, *supra*.

³⁷⁵ Véase, por ejemplo, la información transmitida por el Reino Unido, párr. 7 (“While terminology of itself may sometimes not be entirely definitive of the instrument's status, it is normally a clear indication of the intention of the parties”).

³⁷⁶ Véase, por ejemplo, la información transmitida por México, sección II. Véanse también las respuestas de Chipre e Irlanda a la pregunta 4 del cuestionario del CAHDI.

terminología idéntica de un acuerdo a otro en la práctica nacional de un mismo Estado es voluntario y revela una intención particular³⁸⁶.

169. En lo que respecta más concretamente a la redacción del título del instrumento, hay acuerdo general en que no es determinante, ya que un tratado puede adoptar cualquier forma y denominarse de cualquier manera³⁸⁷. Dicho esto, algunos Estados precisan que puede tenerse en cuenta como un indicador más³⁸⁸ o que conviene evitar el uso de ciertos títulos que tendrían demasiadas connotaciones³⁸⁹.

170. Algunas prácticas nacionales indican además que la naturaleza (o la formulación) de las cláusulas incluidas en el acuerdo es un indicador pertinente (como es el caso de las cláusulas de arreglo de controversias, las cláusulas relativas al derecho aplicable y, más en general, las cláusulas finales o las cláusulas de compromiso financiero)³⁹⁰. En cambio, el hecho de que el documento se haya firmado o no de manera formal no parece revestir gran importancia³⁹¹.

171. La naturaleza de los sujetos que quedan obligados puede ser un indicador pertinente del carácter del compromiso. Algunas prácticas nacionales ponen de manifiesto que un acuerdo no puede ser un tratado si las partes no son sujetos de derecho internacional³⁹² o indican de manera expresa qué autoridades nacionales pueden celebrar tratados o acuerdos

págs. 67643 y ss., 22 CFR Parte 181, párrs. 181.2 y 181.4; Nueva Zelanda, *International Treaty Making: Guidance for Government Agencies on Practice and Procedures for Concluding International Treaties and Arrangements*, septiembre de 2021, págs. 34 y ss. y cuadro de la pág. 36; Reino Unido, *Treaties and Memoranda of Understanding (MOUs): Guidance on Practice and Procedures*, marzo de 2022, *Foreign Commonwealth and Development Office*, véase el párrafo 5, el apartado iv), el cuadro y el glosario; Suiza, Departamento Federal de Asuntos Exteriores, *Guide de la pratique en matière de traités internationaux*, 2023, párrs. 5, 6 y 18 a 23, y el anexo B sobre las sugerencias terminológicas. Véase también Brunei Darussalam, *Treaties and Memorandum of Understanding: Current Trends and Practices* (<https://www.agc.gov.bn/Law%20Seminar%202021%20Documents/9%20Law%20Seminar%20IAD%20Presentation%20on%20MOU%202021.pdf>), pág. 5. Véase también la información transmitida por Irlanda a la Comisión, pág. 3 (donde señala que en su práctica nacional existe un glosario de términos recomendados que compara y distingue entre los términos empleados en los acuerdos internacionales vinculantes y en los instrumentos jurídicamente no vinculantes).

³⁸⁶ Por ejemplo, el Sr. Paparinskis señaló en el 75° período de sesiones de la Comisión, en relación con la cincuentena de acuerdos celebrados por las autoridades chinas con socios extranjeros en el marco de la Iniciativa de la Franja y la Ruta (véase http://fi.china-embassy.gov.cn/eng/xwdt/201904/t20190429_9889501.htm), que esos acuerdos “por lo general emplean una terminología coherente y prevén de manera explícita la ausencia de efectos jurídicamente vinculantes” (A/CN.4/SR.3683, pág. 4).

³⁸⁷ Información transmitida por la Argentina, sección I; Alemania, directrices sobre los tratados de derecho internacional del Ministerio de Relaciones Exteriores (véase nota 141 *supra*), párr. 4.1); Francia, “Guide des bonnes pratiques en matière de négociation et de conclusion des engagements internationaux de la France” (véase la nota 224 *supra*), pág. 15.

³⁸⁸ “Guidelines/SoP on the conclusion of international treaties in India”, 16 de enero de 2018, págs. 2 a 5. Véanse también las respuestas a la pregunta 3 del cuestionario del CAHDI.

³⁸⁹ Información transmitida por Polonia, sección 3. Véase también Francia, *Circulaire de 1997 relative à l'élaboration et à la conclusion des accords internationaux*, sección I; Nueva Zelanda, *International Treaty Making: Guidance for Government Agencies on Practice and Procedures for Concluding International Treaties and Arrangements*, septiembre de 2021, págs. 34 a 36; Suiza, *Guide de la pratique en matière de traités internationaux*, 2023, párrs. 5 y 6.

³⁹⁰ Información presentada por Australia, párr. 9 (y “Guidance note: Australia’s practice for concluding less-than-treaty status instruments”, sección “Key provisions”); Francia (págs. 4 y 6); Guatemala, pág. 2; Polonia, pág. 3 (relativa a las cláusulas financieras) y pág. 4 (sobre las distintas cláusulas finales); el Reino de los Países Bajos (folleto sobre los memorandos de entendimiento, párr. 4.2); y Suiza, pág. 3. Véanse también la información sobre la práctica en Brunei Darussalam, *Treaties and Memoranda of Understanding: Current Trends and Practices* (nota 385 *supra*), págs. 9 y ss., y las respuestas de Albania, Bélgica, Estonia, Finlandia, Hungría, Lituania, el Reino Unido y el Consejo de Europa a la pregunta 5 del cuestionario del CAHDI.

³⁹¹ Véase, en particular, la información transmitida por Francia, pág. 7, y Polonia, págs. 4 y 5; y las respuestas a las preguntas 30 y 33 del cuestionario del CAHDI.

³⁹² Alemania, directrices sobre los tratados de derecho internacional del Ministerio de Relaciones Exteriores (véase nota 141 *supra*), párr. 4.7).

que no sean jurídicamente vinculantes³⁹³. Se exige la existencia de plenos poderes para un tratado³⁹⁴, pero no para los acuerdos jurídicamente no vinculantes³⁹⁵.

172. También hay referencias a indicadores distintos de los anteriores, como las circunstancias que rodearon la conclusión del texto y la práctica ulterior de las partes³⁹⁶.

3. Doctrina (incluida la labor de codificación) relativa a los indicadores

173. Las conclusiones recogidas en la resolución de 1983 del Instituto de Derecho Internacional antes citada indican que la naturaleza de un texto depende del examen de los términos empleados para expresar esa intención, las circunstancias en que se adoptó el texto y el comportamiento posterior de las partes, entre otras cosas (conclusiones 8 y 9)³⁹⁷.

174. Las Directrices del Comité Jurídico Interamericano (y sus comentarios) son más detalladas al respecto. La directriz 3.2 establece que hay que tener en cuenta “a) el texto; b) las circunstancias particulares, y c) los actos subsiguientes para identificar los distintos tipos de acuerdos vinculantes y no vinculantes”, aunque subraya que esos factores pueden dar resultados diferentes y ello puede causar confusión³⁹⁸. La directriz 3.4 dispone lo siguiente:

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

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

En el cuadro 2 se presentan la terminología y las cláusulas que los Estados deberían relacionar con mayor frecuencia con tratados y las que suelen usarse en compromisos políticos³⁹⁹.

175. En el comentario se ofrece información sobre esos cuatro elementos⁴⁰⁰. Además, en el cuadro 2 se muestra una lista no exhaustiva de “marcadores lingüísticos” deducidos de la

³⁹³ En este sentido, véase España, *Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales*, arts. 44 y 47. Véanse también la información transmitida por Irlanda (págs. 2 y 3) y las respuestas de Bosnia y Herzegovina y Hungría a la pregunta 4 del cuestionario del CAHDI.

³⁹⁴ Información transmitida por la Argentina, sección I.

³⁹⁵ Información transmitida por Guatemala, pág. 2; “Guide des bonnes pratiques en matière de négociation et de conclusion des engagements internationaux de la France” (véase la nota 224 *supra*), pág. 10 (véase también la información transmitida por Francia, págs. 2 y 7); respuestas a la pregunta 29 del cuestionario del CAHDI (que indican que no suele haber un procedimiento formal concreto para autorizar la firma de un acuerdo jurídicamente no vinculante, pero, cuando lo hay, no requiere la existencia de plenos poderes).

³⁹⁶ Véase la respuesta de Finlandia a la pregunta 5 del cuestionario del CAHDI. Véase también la respuesta a esa misma pregunta de la República de Corea (que incluye en los factores pertinentes el idioma del texto, el contexto, la situación y los procedimientos).

³⁹⁷ *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 60, t. II (período de sesiones de Cambridge, 1983), pág. 290.

³⁹⁸ Directrices del Comité Jurídico Interamericano (véase la nota 85 *supra*).

³⁹⁹ *Ibid.*

⁴⁰⁰ En su segundo informe, en el que se examinaban las diez respuestas recibidas de los Estados miembros al cuestionario, el relator afirmaba lo siguiente: “Si hay realmente una divergencia de opinión entre los Estados Miembros con respecto a la forma en que diferencian los tratados y los compromisos políticos, podría consistir en el peso que dan al lenguaje utilizado en un acuerdo. Por cierto, en algunas de las respuestas (como la de Colombia) se señala que cierta terminología determina la condición del acuerdo. En cambio, Jamaica y Estados Unidos adoptan un enfoque integral. Jamaica afirma que ‘no se usa una terminología específica para distinguir entre diversos tipos de acuerdos vinculantes y no vinculantes’. Estados Unidos pone de relieve un enfoque

práctica de los Estados (en cuatro idiomas: español, francés, inglés y portugués) en lo que se refiere a la manera de enunciar el título del acuerdo, designar a sus autores, formular los compromisos (terminología, verbos y adjetivos) y redactar las cláusulas. Por último, cabe señalar que varios elementos de la directriz 3 contienen formulaciones de carácter recomendatorio⁴⁰¹.

176. La doctrina respalda lo que antecede. A fin de que el volumen del presente informe sea razonable, el Relator Especial no considera indispensable ofrecer un resumen detallado de todos los puntos de vista expresados por los autores sobre la cuestión de los indicadores pertinentes. Bastaría con hacer las dos observaciones que figuran a continuación.

177. Por un lado, en los estudios generales sobre el tema, los autores examinan una serie de indicadores comparables a los identificados antes en relación con la jurisprudencia y la práctica, y los estudian de manera holística⁴⁰². Se exponen y debaten en ese marco indicadores como:

- a) el texto y los términos del acuerdo⁴⁰³;
- b) el contexto del acuerdo y las circunstancias en que se celebró⁴⁰⁴;

contextual, según el cual ‘el texto de un instrumento debe interpretarse de conformidad con el significado corriente de sus términos en contexto para derivar una interpretación definitiva de su significado y efecto’. Por consiguiente, para algunos Estados Miembros la estructura y la terminología podrían ser factores determinantes, mientras que para otros la presencia de verbos, palabras o cláusulas específicas no debe sustituir la búsqueda de las intenciones de las partes. En otras palabras, el uso del verbo ‘acordar’ o la existencia de una cláusula de ‘entrada en vigor’ podría bastar a algunos Estados Miembros para concluir que el acuerdo es vinculante. Otros Estados Miembros, en cambio, podrían considerar que un acuerdo con esas características no es vinculante, a pesar de la terminología, si ellos y sus ‘contrapartes no tenían la intención de que fuese un acuerdo vinculante’” (CJI/doc. 553/18, párr. 20).

⁴⁰¹ Véanse, por ejemplo, la directriz 3.1.2: “En caso de duda, un Estado debería consultar con los potenciales copartícipes para confirmar si una declaración o instrumento constituirá o no un acuerdo [...]”; o la directriz 3.2.2: “Todo Estado debería ser franco con otros Estados e interesados con respecto a la prueba [objetiva o subjetiva] que utilice. Asimismo, debería aplicarla de manera uniforme, en vez de aplicar una u otra según lo que le convenga en cada caso”. Véanse también las directrices 3.1.1, 3.1.3, 3.2.1, 3.2.3 y 3.6, así como la directriz 6 titulada “Capacitación y educación sobre acuerdos vinculantes y no vinculantes”.

⁴⁰² Véanse, por ejemplo, Pierre Michel Eisemann, “Engagements non contraignants”, *Répertoire de droit international*, Dalloz, enero de 2017, párr. 39 (en el apartado dedicado a los indicadores, el autor afirma que, salvo excepciones, ninguno de estos elementos constituye por sí solo la prueba de que se está en presencia de un compromiso no vinculante, pero sirven para restablecer la intención de los participantes en el momento de la adopción o de la conclusión del instrumento); Fitzmaurice, “Concept of a treaty in decisions of international courts and tribunals” (nota 242 *supra*), págs. 166 y 167; Fitzmaurice, “Treaties” (nota 234 *supra*), párr. 12 (“a whole set of indicators and circumstances is taken into account”); y Gautier, “Non-binding agreements” (nota 286 *supra*), párrs. 16 a 18.

⁴⁰³ Véanse, por ejemplo, Aust, “The theory and practice of informal international instruments” (nota 239 *supra*), págs. 800 y ss.; y Gautier, *Essai sur la définition des traités entre Etats. La pratique de la Belgique aux confins du droit des traités* (nota 196 *supra*), págs. 354 a 358, y págs. 364 y ss.; Hill, *Aust’s Modern Treaty Law and Practice* (nota 239 *supra*), págs. 46 y ss.; Martin Mändveer, “Non-legally binding agreements in international relations: an Estonian perspective”, *Baltic Yearbook of International Law*, vol. 20 (2021), págs. 7 a 24, en especial págs. 15 y ss.; Mensi, “The identification of international non-binding agreements through the lens of subjective and objective indicators: fiction or reality?” (nota 166 *supra*), págs. 429 a 434; Spagnolo, “The conclusion of bilateral agreements and technical arrangements for the management of migration flows: an overview of the Italian practice” (nota 284 *supra*), págs. 219 y 220; y Christian Tomuschat, “The concluding documents of world order conferences”, en Jerzy Makarczyk (ed.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century: Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski*, La Haya, Kluwer Law International, 1996, págs. 563 a 585, en especial págs. 570 y ss.

⁴⁰⁴ Véanse, por ejemplo, Aust, “The theory and practice of informal international instruments” (nota 239 *supra*), págs. 802 y 803; y Gautier, *Essai sur la définition des traités entre Etats. La pratique de la Belgique aux confins du droit des traités* (nota 196 *supra*), págs. 358 y ss.

- c) la existencia de plenos poderes⁴⁰⁵ o el nivel de autoridad de los signatarios⁴⁰⁶;
- d) el título o la forma del acuerdo (que en principio son irrelevantes, pero sí constituyen un indicador más)⁴⁰⁷;
- e) la posibilidad o no de revocar el acuerdo⁴⁰⁸;
- f) su registro o no en la Secretaría de las Naciones Unidas⁴⁰⁹ o en virtud de otra disposición convencional⁴¹⁰;
- g) la presencia o la formulación de cláusulas como las relativas al arreglo de controversias⁴¹¹; y
- h) la práctica ulterior⁴¹².

178. Por otra parte, el enfoque seguido por los estudios académicos que analizan la naturaleza de ciertos acuerdos en particular suele ser similar⁴¹³:

- a) se llevan a cabo caso por caso;

⁴⁰⁵ En este sentido, véase Spagnolo, “The conclusion of bilateral agreements and technical arrangements for the management of migration flows: an overview of the Italian practice” (nota 284 *supra*), pág. 220.

⁴⁰⁶ Sobre algunos aspectos de esta cuestión, véase, por ejemplo M. Loja, *International Agreements between Non-State Actors as a Source of International Law*, Hart, 2022, en especial págs. 112 a 129.

⁴⁰⁷ Véanse Chinkin, “A mirage in the sand? Distinguishing binding and non-binding relations between States” (nota 239 *supra*), págs. 229 y 230 y nota 56; y Gautier, *Essai sur la définition des traités entre Etats. La pratique de la Belgique aux confins du droit des traités* (nota 196 *supra*), págs. 360 y ss. Hill, *Aust’s Modern Treaty Law and Practice* (nota 239 *supra*), págs. 43 y 44; o Palma, *La natura degli atti finali dei vertici internazionali* (nota 115 *supra*), págs. 40 y ss.

⁴⁰⁸ Véanse Michael Bothe, “Legal and non-legal norms – A meaningful distinction in international relations?”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. XI (1980), págs. 65 a 95, en especial pág. 89; o Bradley, Goldsmith y Hathaway, “The rise of nonbinding international agreements: an empirical, comparative, and normative analysis” (nota 240 *supra*), págs. 1294 y 1311.

⁴⁰⁹ Véanse Aust, “The theory and practice of informal international instruments” (nota 239 *supra*), pág. 803; Chinkin, “A mirage in the sand? Distinguishing binding and non-binding relations between States” (nota 239 *supra*), págs. 239 y 240; Fawcett, “The legal character of international agreements” (nota 238 *supra*), págs. 389 y 390; P. Gautier, *Essai sur la définition des traités entre États. La pratique de la Belgique aux confins du droit des traités* (nota 196 *supra*), pág. 367; D. N. Hutchinson, “The significance of the registration or non-registration of an international agreement in determining whether it is or not a treaty”, *Current Legal Problems*, vol. 46 (1993), págs. 257 a 290; y Mändveer, “Non-legally binding agreements in international relations: an Estonian perspective” (nota 403 *supra*), pág. 13.

⁴¹⁰ Véase, por ejemplo, sobre el tema del registro como “arreglo” en el sentido del artículo 83 del Convenio de Chicago sobre Aviación Civil Internacional, Aust, “The theory and practice of informal international instruments” (nota 239 *supra*), pág. 790 (parece que, en la práctica, se entiende que el artículo 83 solo exige el registro de los acuerdos jurídicamente vinculantes).

⁴¹¹ Aust, “The theory and practice of informal international instruments” (véase la nota 239 *supra*), pág. 791; Fawcett, “The legal character of international agreements” (nota 238 *supra*), pág. 388.

⁴¹² Véase, por ejemplo, Chinkin, “A mirage in the sand? Distinguishing binding and non-binding relations between States” (nota 239 *supra*), págs. 237 a 241; Fitzmaurice, “Concept of a treaty in decisions of international courts and tribunals” (nota 242 *supra*), pág. 167; Mensi, “The identification of international non-binding agreements through the lens of subjective and objective indicators: fiction or reality?” (nota 166 *supra*), págs. 437 y ss.

⁴¹³ Véanse, por ejemplo, Asada, “How to determine the legal character of an international instrument: the case of a note accompanying the Japan-India Nuclear Cooperation Agreement” (nota 166 *supra*), págs. 200 y ss.; James J. Busuttill, “The Bonn Declaration on International Terrorism: a non-binding international agreement on aircraft hijacking”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 31 (1982), págs. 474 a 487, en especial págs. 484 y ss.; William Edeson, “The International Plan of Action on Illegal Unreported and Unregulated Fishing: the legal context of a non-legally binding instrument”, *The International Journal of Marine and Coastal Law*, vol. 16 (2001), págs. 603 a 624, en especial págs. 608 y 609; Philippe Gautier, “Accord et engagement politique en droit des gens : à propos de l’Acte fondateur sur les relations, la coopération et la sécurité mutuelles entre l’OTAN et la Fédération de Russie signé à Paris le 27 mai 1997”, *Annuaire français de droit international*, vol. 43 (1997), págs. 82 a 92, en especial págs. 85 a 89; Thomas D. Grant, “The Budapest Memorandum of 5 December 1994: political engagement or legal obligations?”, *Polish Yearbook of International Law*, vol. 34 (2014), págs. 89 a 114, en especial págs. 98 y ss.; Kazuki Hagiwara, “Enhanced *de facto*

- b) tratan de establecer la intención de los autores del acuerdo;
- c) para ello, recurren a una evaluación de conjunto de los indicadores pertinentes⁴¹⁴, aunque a veces algunos indicadores se consideren más o menos importantes que otros⁴¹⁵;
- d) entre los indicadores pertinentes suelen figurar los términos del acuerdo, las circunstancias en que se celebró, el nivel de autoridad de las personas que lo adoptaron, la presencia y formulación de cláusulas finales, la práctica ulterior y el registro o no del acuerdo en la Secretaría de las Naciones Unidas.

179. Para concluir esta sección sobre los indicadores pertinentes con miras a distinguir los tratados de los acuerdos internacionales jurídicamente no vinculantes, el Relator Especial desea reiterar que no tiene la intención de presentar proyectos de texto al respecto en el actual período de sesiones, ya que previamente debería celebrarse un debate general sobre la manera de abordar esta cuestión en el proyecto de conclusiones⁴¹⁶.

V. Organización de la labor y calendario de trabajo

180. Los proyectos de conclusión propuestos en el presente informe figuran en el anexo adjunto. El Relator Especial propone remitirlos al Comité de Redacción sobre la base y a la luz de los debates que tendrán lugar en sesión plenaria.

181. El objetivo del Relator Especial es dedicar su tercer informe, que presentará en 2026, a dos cuestiones. Por una parte, y teniendo en cuenta el debate de este año, proseguirá la labor relativa a los indicadores para distinguir los tratados de los acuerdos internacionales jurídicamente no vinculantes. Por otra parte, empezará a examinar las repercusiones o consecuencias jurídicas que puede tener un acuerdo internacional jurídicamente no vinculante⁴¹⁷.

constraints imposed by non-legally binding instruments and interactions with normative environment: an analysis of the Joint Statements for the Conservation and Management of Japanese Eel Stock”, *Asian Journal of International Law*, vol. 14 (2024), págs. 293 a 323, en especial págs. 299 y ss.; Mika Hayashi, “Benefits of a Legally Non-Binding Agreement: The Case of the 2013 US-Russian Agreement on the Elimination of Syrian Chemical Weapons”, *International Community Law Review*, vol. 20 (2018), págs. 252 a 277, en especial págs. 259 y ss.; Jiménez García, *Derecho internacional líquido: ¿Efectividad frente a legitimidad?* (nota 245 *supra*), págs. 165 y ss.; Jerry Z. Li, “The legal status of three Sino-US joint communiqués”, *Chinese Journal of International Law*, vol. 5 (2006), págs. 617 a 645, en especial págs. 620 y ss.; Lyubomir L. Sakaliyski, “The JCPoA and its legal status: if it walks like a treaty, does it quack like a treaty?”, *Czech Yearbook of Public and Private International Law*, vol. 13 (2022), págs. 250 a 264; Tamada, “The Japan-South Korea Comfort Women Agreement: unfortunate fate of a non-legally binding agreement” (nota 247 *supra*), págs. 223 y ss.

⁴¹⁴ Véase, por ejemplo, Busuttil, “The Bonn Declaration on International Terrorism: a non-binding international agreement on aircraft hijacking” (nota 413 *supra*), pág. 487 (“after weighing all the factors set out above”).

⁴¹⁵ Véase, por ejemplo, Tamada, “The Japan-South Korea Comfort Women Agreement: unfortunate fate of a non-legally binding agreement” (nota 247 *supra*), págs. 227 y 228 (los términos del acuerdo tienen más peso que las circunstancias que rodearon su celebración). Véase también Fitzmaurice, “Concept of a treaty in decisions of international courts and tribunals” (nota 242 *supra*), pág. 167 (aunque deban tenerse en cuenta tanto los elementos relacionados con la forma como los relativos al fondo del acuerdo, en la mayoría de los casos “quite sensibly, *substance takes precedence over form*”).

⁴¹⁶ Véase la introducción a la sección C del capítulo IV *supra*.

⁴¹⁷ De conformidad con las conclusiones extraídas de los debates celebrados en el 75º período de sesiones de la Comisión (A/79/10, párr. 292), el Relator Especial utiliza los términos más neutros “consecuencias” y “repercusiones” en lugar de “régímenes” y “efectos” empleados en el primer informe.

Anexo: Proyectos de conclusión propuestos por el relator especial⁴¹⁸

Primera parte. Introducción

Proyecto de conclusión 1. Objeto

1. El presente proyecto de conclusiones se refiere a los acuerdos internacionales jurídicamente no vinculantes.
2. El presente proyecto de conclusiones no pretende ser preceptivo. Tiene por objeto aportar aclaraciones sobre los acuerdos internacionales jurídicamente no vinculantes.
3. El presente proyecto de conclusiones se entiende sin perjuicio del papel que desempeñan los acuerdos internacionales jurídicamente no vinculantes en la cooperación internacional y la flexibilidad que caracteriza sus modalidades de negociación y adopción.
4. El presente proyecto de conclusiones se entiende sin perjuicio de la fuerza obligatoria que tienen los tratados en virtud del principio *pacta sunt servanda* y su régimen.

Proyecto de conclusión 2. Términos empleados

1. A los efectos del presente proyecto de conclusiones, por la expresión “acuerdo internacional jurídicamente no vinculante” se entiende en general cualquier compromiso mutuo contraído a nivel internacional que, como tal, no crea derechos u obligaciones ni tiene efectos jurídicos vinculantes.
2. El uso del término “acuerdo” en el presente proyecto de conclusiones se entenderá sin perjuicio de:
 - a) el uso del término y el sentido que se le pueda atribuir en el derecho interno o la práctica de un Estado;
 - b) el sentido atribuido a ese término en un instrumento internacional determinado.

Proyecto de conclusión 3. Ámbito de aplicación

1. El presente proyecto de conclusiones abarca los acuerdos bilaterales y multilaterales:
 - a) escritos;
 - b) de carácter internacional;
 - c) entre Estados, entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales.
2. Los acuerdos celebrados por autoridades subestatales quedan incluidos en el ámbito de aplicación del presente proyecto de conclusiones en la medida en que se hayan adoptado a nivel internacional.

Proyecto de conclusión 4. Cláusula sin perjuicio de las normas o prácticas aplicables a nivel interno

El presente proyecto de conclusiones se entiende sin perjuicio de las normas o prácticas aplicables a nivel interno en materia de acuerdos internacionales jurídicamente no vinculantes.

⁴¹⁸ Los proyectos de conclusión se han redactado en francés. El Relator Especial también ha enviado a la Secretaría una versión en inglés.

Segunda parte. Distinción entre tratados y acuerdos internacionales jurídicamente no vinculantes

Proyecto de conclusión 5. Evaluación del carácter jurídicamente vinculante o no de un acuerdo

1. El carácter jurídicamente vinculante o no de un acuerdo se evalúa caso por caso.
2. El carácter jurídicamente vinculante o no de un acuerdo depende de la intención de las partes. Si las partes no tienen la intención de quedar jurídicamente obligadas por el acuerdo, este no es jurídicamente vinculante.
3. La intención puede manifestarse de manera expresa.
4. A falta de indicación expresa, la intención puede establecerse recurriendo a los elementos pertinentes señalados en los proyectos de conclusión [XX a XX]. Esos elementos se evalúan en su conjunto.

Proyecto de conclusión 6. Existencia de una indicación expresa

Para determinar la intención de las partes en un acuerdo, basta con que todas ellas indiquen expresamente si lo consideran o no jurídicamente vinculante en virtud del derecho internacional.
