

EL ACUERDO INTERINSTITUCIONAL EN LA PRÁCTICA PERUANA DE DERECHO INTERNACIONAL: REEXAMEN DE “THE CONCEPT OF TREATY IN INTERNATIONAL LAW” DE KLABBERS

THE INTERINSTITUTIONAL AGREEMENT IN THE PERUVIAN PRACTICE OF INTERNATIONAL LAW: REEXAMINATION OF “THE CONCEPT OF TREATY IN INTERNATIONAL LAW” OF KLABBERS

O ACORDO INTERINSTITUCIONAL NA PRÁTICA PERUANA DE DIREITO INTERNACIONAL: REEXAME DE “THE CONCEPT OF TREATY IN INTERNATIONAL LAW” DE KLABBERS

* Profesor de Derecho Internacional Público, Universidad Nacional Mayor de San Marcos e Pontificia Universidad Católica del Perú.

Pablo César Rosales Zamora*

SUMARIO: *Introducción; 2 El acuerdo interinstitucional; 2.1 Estructura de la definición; 2.2 Consenso en el plano internacional; 2.3 Partes; 2.4 Materia; 2.5 Marco jurídico; 2.6 Modo de manifestar el consentimiento; 2.7 Elementos secundarios; 3 Revisión de las críticas de de Klabbbers: hacia una comprensión más profunda del acuerdo interinstitucional; 3.1 La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados no define con exactitud qué es un estado; 3.2 Negación de la subjetividad internacional de las entidades públicas y la inexistencia de un tercer orden jurídico; 3.3 Dificultades de reconciliar el acuerdo interinstitucional con la teoría de la responsabilidad internacional; 3.4 La incertidumbre jurídica que conlleva el acuerdo interinstitucional; 4 Conclusiones; Referencias.*

RESUMEN: El derecho internacional ofrece a la comunidad internacional varios tipos de instrumentos internacionales, y no todos han sido explorados completamente por la doctrina. En ese contexto, el presente artículo tiene como objetivo reexaminar el análisis planteado por Jan Klabbbers en su libro *“The Concept of Treaty in International Law”*¹ sobre los *administrative agreements*, que en la legislación peruana reciben el nombre de “acuerdos interinstitucionales” (AI). En ese sentido, se revisarán cuatro críticas que Klabbbers plantea sobre tales tipos de acuerdos: i) la textura abierta de la definición de Estado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT); ii) el rechazo hacia la hipótesis sobre la subjetividad internacional de las entidades públicas y la existencia de un tercer orden jurídico distinto al derecho interno y al derecho internacional; iii) las dificultades de reconciliar los AI con la teoría de la responsabilidad internacional; y iv) la facilidad de repudio de los *administrative agreements*. Siguiendo este propósito, el artículo explora soluciones a los principales problemas identificados por el jurista holandés, revisando esos dilemas a través del caso del AI peruano, mediante una metodología analítica.

Autor correspondiente:

Pablo César Rosales Zamora

E-mail: pablo.rosales@unmsm.edu.pe

¹ KLABBERS, J. *The Concept of Treaty in International Law* (Developments of International Law). Boston: Kluwer Law International, 1996.

PALABRAS CLAVE: Acuerdo interinstitucional; Sujeto de derecho internacional; Entidad pública; Derecho internacional; Responsabilidad internacional.

ABSTRACT: International law offers to the international community several types of international instruments, and not all of them have been fully explored by doctrine. In this context, the present article aims to reexamine the analysis proposed by Jan Klabbers in his book “The Concept of Treaty in International Law” on administrative agreements, which in our legislation are called “interinstitutional agreements” (IA). In this sense, four criticisms that Klabbers raises about such types of agreements will be reviewed: i) the open texture of the definition of the State in the Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT); ii) the rejection of the hypothesis about the international subjectivity of public entities and the existence of a third legal order different from domestic law and international law; iii) the difficulties of reconciling IAs with the theory of international responsibility and; iv) the ease of repudiation of administrative agreements. Following this purpose, the article explores solutions to the main problems identified by the Dutch jurist, reviewing these dilemmas through the case of the Peruvian AI, using an analytical methodology.

KEY WORDS: Interinstitutional agreement; Subject of international law; Public entity; International law; International responsibility.

RESUMO: O direito internacional oferece à comunidade internacional diversos tipos de instrumentos internacionais, e nem todos eles foram plenamente explorados pela doutrina. Nesse contexto, este artigo tem como objetivo reexaminar a análise proposta por Jan Klabbers em seu livro “The Concept of Treaty in International Law” (1996) sobre os acordos administrativos, que no direito peruano são chamados “acordos interinstitucionais” (AI). Nesse sentido, se analisa quatro críticas que Klabbers formula sobre tais tipos de acordos: i) a textura aberta da definição de Estado na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (CVDT); ii) a rejeição da hipótese sobre a subjetividade internacional das entidades públicas e a existência de um terceiro ordenamento jurídico diferente do direito interno e do direito internacional; iii) as dificuldades de conciliar os AI com a teoria da responsabilidade internacional; e iv) facilidade de repúdio dos acordos administrativos. Seguindo esse propósito, o artigo explora soluções para os principais problemas identificados pelo jurista holandês, revisando esses dilemas no caso do acordo interinstitucional peruano, por meio de uma metodologia analítica.

PALAVRAS-CHAVE: Acordo interinstitucional; Sujeito de direito internacional; Entidade pública; Direito internacional; Responsabilidade internacional.

INTRODUCCIÓN

Muchas veces sucede que cuando un mecanismo funciona, su cuestionamiento se vuelve escaso. Esto ocurre con los acuerdos interinstitucionales, cuya utilización viene en aumento por parte de las entidades públicas de la región latinoamericana y cuya naturaleza jurídica no ha quedado del todo esclarecida, pese a los esfuerzos en ese sentido por la propia Organización de los Estados Americanos, a través de su Comité Jurídico Interamericano (CJI)².

En el marco de los recientes trabajos de la CJI, cabe destacar el documento “Las Directrices del Comité Jurídico Interamericano para los Acuerdos Vinculantes y No Vinculantes”³, el cual señala:

estas Directrices no aspiran de ninguna manera a una condición jurídica propia. No es su finalidad codificar el derecho internacional ni ofrecer una vía para su desarrollo progresivo. En cambio, señalan en varias instancias las áreas en las cuales el derecho internacional no es claro o es motivo de controversias⁴.

Como lo muestra el citado documento, el asunto sobre la naturaleza jurídica del acuerdo interinstitucional (AI) no ha quedado resuelto. Ante este problema, el presente artículo pretende identificar y examinar algunos dilemas que el AI genera, con el propósito de delimitar su naturaleza jurídica en el marco del derecho internacional. Aunque ya se haya escrito definiendo qué es un AI⁵, poco se ha podido avanzar sobre la razón de su fuerza jurídica y tampoco se ha podido dar una respuesta definitiva a algunos problemas que plantea el AI, bajo la óptica del derecho internacional. El presente artículo tiene la pretensión de contribuir a proponer algunas soluciones ante tales preocupaciones, que no solo incumben a la reflexión doctrinaria, sino también a las necesidades del día a día de las diversas entidades públicas.

Es curioso que la literatura dedicada al estudio del AI a nivel del Perú no haya identificado, ni por asomo, el libro “*The Concept of Treaty in International Law*”⁶, de autoría de Jan Klabbbers, y cuyas reflexiones cobran vigencia al día de hoy, a propósito de acercarnos a desentrañar lo que realmente es el AI. En ese sentido, este autor plantea cuatro dudas importantes sobre la efectividad de los *administrative agreements*. La primera identificando la textura abierta de la definición de Estado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT), sin que este texto haya cerrado la opción de la actuación internacional de sus órganos. La segunda cuestionando una supuesta subjetividad internacional de las entidades públicas y descartando la existencia de un tercer orden jurídico. La tercera sobre las dificultades de reconciliar los AI con la teoría de la responsabilidad internacional, principalmente, en términos de la atribución del Estado por los actos de uno de sus órganos; y, por último, la facilidad con la que los *administrative agreements* podrían ser desconocidos por una siguiente administración.

Todos estos problemas no han sido examinados con la seriedad que merecen. La presencia de tales críticas en el libro de Klabbbers reviste una oportunidad valiosa para remediar esa omisión a nivel de la literatura peruana producida en la materia y, en ese contexto, proponer algunas posibles soluciones a todos estos dilemas. En tal

² HOLLIS, D. *Acuerdos vinculantes y no vinculantes: Sexto Informe*, CJI/doc. 600/20, 2020.

³ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Comité Jurídico Interamericano. *Directrices del Comité Jurídico Interamericano para los Acuerdos Vinculantes y no Vinculantes*. 2020. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/cji/docs/Directrices_para_los_Acuerdos_Vinculantes_y_No_Vinculantes_publicacion.pdf. Acceso en: 10 set. 2022.

⁴ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Comité Jurídico Interamericano. *Directrices del Comité Jurídico Interamericano para los Acuerdos Vinculantes y no Vinculantes*. 2020. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/cji/docs/Directrices_para_los_Acuerdos_Vinculantes_y_No_Vinculantes_publicacion.pdf. Acceso en: 10 set. 2022.

⁵ ABUGATTAS, G. Acuerdos Internacionales Administrativos y Acuerdos Interinstitucionales: Comentarios a las regulaciones española, mexicana y peruana, *Ars Iuris Salmanticensis: Revista Europea e Iberoamericana de Pensamiento y Análisis de Derecho, Ciencia Política y Criminología*, v. 3, p. 257-261, 2015; BONIFAZ, G. Los acuerdos interinstitucionales. *Política Internacional*, n. 122, p. 9-42, 2016; MEZARINA, S.; ROSALES, P. Los acuerdos interinstitucionales en la práctica peruana de derecho internacional. *Revista Derecho PUCP*, n. 82, p. 371-406, 2019.

⁶ KLABBERS, J. *The Concept of Treaty in International Law* (Developments of International Law). Boston: Kluwer Law International, 1996.

sentido, se busca sostener, fundamentalmente, que la fuerza jurídica del AI no se explica por sí misma, sino sobre la base de constituir un desarrollo de un tratado previo en vigor o, en todo caso, de una costumbre internacional en consolidación, a nivel de la región latinoamericana.

2 EL ACUERDO INTERINSTITUCIONAL

Según el artículo 2.1.a de la CVDT, el tratado es “un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”. Mientras que esta noción es identificable en el plano del derecho internacional, la regulación sobre los acuerdos interinstitucionales se encuentra, en el caso particular de la República del Perú, plasmada en su legislación interna, a través del artículo 6 (Acuerdos Interinstitucionales) del Decreto Supremo n° 031-2007-RE, “Adecuan normas nacionales sobre el otorgamiento de Plenos Poderes al derecho internacional contemporáneo”⁷, del modo siguiente:

Para la suscripción de Acuerdos Interinstitucionales no se requerirá del otorgamiento de plenos poderes. Se entiende por Acuerdo Interinstitucional, el convenio regido por el derecho internacional público y/o por el ordenamiento interno de las partes, celebrado por escrito, entre cualquier entidad o entidades de la Administración Pública y uno o varios órganos gubernamentales extranjeros u organizaciones internacionales, cualquiera sea su denominación, sea que se derive o no de un tratado previamente adoptado. El ámbito material de los acuerdos interinstitucionales y la capacidad de quienes los suscriban, deberán circunscribirse exclusivamente a las atribuciones propias de las entidades de la Administración Pública que son partes de los acuerdos, y bajo ninguna circunstancia podrán versar sobre las materias a que se refiere el artículo 56 de la Constitución Política ni estar inmersos dentro de las causales señaladas en el segundo párrafo de dicho artículo. Para efectos del presente artículo se entiende por entidades de la Administración Pública a aquellas señaladas en el Artículo I del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

464

Conviene, en ese sentido, identificar los principales elementos del AI, teniendo en mente aquellos que corresponden al tratado. Este ejercicio comparativo entre estas dos clases de instrumentos internacionales se hace considerando que el texto normativo que se va a analizar, el artículo 6 del Decreto Supremo n° 031-2007-RE, es uno que constituye la base de la actual práctica peruana del derecho internacional⁸, por lo que conviene saber cuáles son las diferencias y semejanzas entre tratado y AI.

2.1 ESTRUCTURA DE LA DEFINICIÓN

Según Hollis⁹, la definición que figura en el artículo 2.1.a de la CVDT sobre tratado responde al esquema de definición por composición que ofrece la teoría del Derecho. En efecto, no es una definición por finalidad (o teleológica), lo cual no hubiese sido aconsejable, porque el objetivo de cada tratado varía conforme al deseo de las partes; y tampoco constituye una definición por comparación, porque el artículo citado no compara con ningún otro instrumento internacional para denotar la esencia de un tratado.

Este esquema por composición del tratado se repite *mutatis mutandi* en el caso del AI, donde no se define a este tipo de instrumento por un determinado objetivo, sino que se identifica que tal instrumento posee también una serie de componentes, que son los siguientes: (i) es un acuerdo internacional; (ii) “regido por el derecho internacional

⁷ MEZARINA, S.; ROSALES, P. Los acuerdos interinstitucionales en la práctica peruana de derecho internacional. *Revista Derecho PUCP*, n. 82, p. 375, 2019.

⁸ MEZARINA, S.; ROSALES, P. Los acuerdos interinstitucionales en la práctica peruana de derecho internacional. *Revista Derecho PUCP*, n. 82, p. 375, 2019.

⁹ HOLLIS, D. *The Oxford Guide to Treaties*. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 11-13.

público y/o por el ordenamiento interno de las partes”; (iii) entre una entidad pública peruana y una entidad extranjera (o una organización internacional); (iv) cualquiera que sea su denominación; (v) y sea que derive o no de un tratado.

Es importante observar que este rasgo estructural definicional en común con los tratados se debe al hecho que la noción del AI que figura en el artículo 6 del decreto supremo citado tiene su raíz en la Ley sobre Celebración de Tratados de 1992 de los Estados Unidos Mexicanos. En ese sentido, los elementos esenciales del AI mexicano aparecen en el AI regulado bajo el sistema jurídico peruano. Es cierto que, desde el Perú, se tuvo la oportunidad de no proceder a la importación jurídica del AI mexicano, pero ello sí se hizo, conservando sus principales características, siguiendo el esquema de definición por composición expuesto.

2.2 CONSENSO EN EL PLANO INTERNACIONAL

El AI es un “convenio”, conforme a la legislación peruana. Ello implica que posee una naturaleza jurídica consensual, del mismo modo que ocurre con el tratado. En efecto, el artículo 2.1.a de la CVDT señala que el tratado es un “acuerdo internacional”. Pese a que el artículo 6 del Decreto Supremo n.º 031-2007-RE definiría al AI como “convenio”, en realidad, es una clase de “acuerdo internacional”.

Es importante discernir aquí que el hecho que la CVDT señale que el tratado sea un acuerdo internacional, no implica que todos los acuerdos internacionales sean tratados necesariamente. La relación entre uno y otro es de especie (el tratado) y género (acuerdo internacional). Dentro de este último, se encontrarían los acuerdos verbales, los acuerdos tácitos, pero también los AI, dado que todos estos se basan en el consenso.

2.3 PARTES

Las partes de un tratado, según el artículo 1 de la CVDT, son los Estados. En el plano del derecho internacional, también es posible sostener que celebran tratados las organizaciones internacionales, como se desprende del texto de la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales y entre Organizaciones Internacionales”, adoptado el 21 de marzo de 1986. Por lo tanto, las partes de un tratado son, sin duda, sujetos de derecho internacional con capacidad de *ius tractatum*. En contraste, las partes de un AI, según la legislación peruana, son una o varias entidades públicas peruanas y entidades públicas extranjeras (u organizaciones internacionales). Por ese motivo, se sostiene en doctrina que el AI solo concierne a la entidad pública peruana que lo celebra, no al Estado peruano como un todo.

Veremos la discusión sobre este punto, más adelante, en el análisis de las críticas de Klabbers.

2.4 MATERIA

La materia de un tratado depende del consenso alcanzado por los sujetos de derecho internacional. No hay un límite, salvo que el tratado vulnere normas de *ius cogens*, conforme al artículo 53 de la CVDT. Cuando una entidad pública peruana celebra un AI, no puede actuar sino en el marco de su propia representación y dentro de sus respectivas competencias. No puede conducirse a nombre de otras entidades que no participen en el acuerdo ni en materias que no le corresponden. Tampoco podrían vulnerar normas perentorias del derecho internacional general¹⁰. En síntesis, la capacidad de celebración de un tratado por el Estado es mucho más amplia, en virtud del principio de soberanía.

Si una entidad pública decide celebrar un AI, solo puede hacerlo en el marco de sus competencias. El artículo 6 del Decreto Supremo n.º 031-2007-RE es sumamente explícito en ello.

¹⁰ BONIFAZ, G. Los acuerdos interinstitucionales. *Política Internacional*, n. 122, p. 9-42, 2016. p. 15.

2.5 MARCO JURÍDICO

El marco jurídico de un tratado es, indudablemente, el derecho internacional. El artículo 2.1.a de la CVDT señala que aquel “está regido por el derecho internacional” (“*governated by international law*”). En cambio, en el caso del AI, este está “regido por el derecho internacional público y/o por el ordenamiento interno de las partes”.

Este es un aspecto problemático, porque tanto los tratados como los AI estarían siendo regidos por el derecho internacional y, con ello, se podría concluir que, en ambos casos, estaríamos ante un tratado. En la práctica peruana no se sigue esta interpretación¹¹. La razón de ello es que la frase “regido por el derecho internacional público” no se interpreta entendiendo que el AI genere obligaciones internacionales, como sí lo ha manifestado la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas¹² respecto de los tratados. La frase haría alusión al *marco jurídico en el cual se desenvuelve* el AI.

Tal marco jurídico del cual no puede prescindir el AI se conforma por el ordenamiento jurídico internacional y las legislaciones internas de los Estados cuyos órganos están involucrados. En ambos planos del Derecho se encuentra el Estado peruano y sus órganos, por lo que el artículo 6 del Decreto Supremo n° 031-2007-RE seguiría moviéndose dentro de esa división.

Por lo tanto, la práctica y la consideración que la CVDT se ha incorporado como norma interna a nuestro ordenamiento jurídico permitiría discernir que el AI no genera obligaciones internacionales. Con relación a este último punto, no tendría sentido admitir que AI y tratado sean lo mismo, puesto que el Decreto Supremo n° 031-2007-RE no hace alguna alusión de que el AI sea un acuerdo con naturaleza de tratado.

2.6 MODO DE MANIFESTAR EL CONSENTIMIENTO

En el caso de los tratados, las reglas relativas a la manifestación del consentimiento provienen del derecho internacional (i.e. la CVDT) y del derecho interno (incluyendo el *treaty making power*), las cuales deben ser leídas conjuntamente. Bajo el primer esquema jurídico, el tratado que vaya a ser celebrado determinará qué instrumento representa la voluntad de vincularse por el tratado. En la práctica peruana, usualmente, son instrumentos de ratificación o adhesión, pero sin dejar de considerar lo que norme el tratado al respecto.

Considerando conjuntamente el artículo 7 de la CVDT y la legislación peruana, se reconoce que el presidente de la República (artículo 118, inciso 11 de la Constitución Política del Perú) y el ministro de Relaciones Exteriores (artículo 5, inciso 6, y artículo 9 de la Ley 29357, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Relaciones Exteriores) son plenipotenciarios naturales para la celebración de un tratado; ostentan, por tanto, el *treaty making power*. En caso sea una persona distinta, se procedería a otorgarle plenos poderes, conforme al artículo 7 de la CVDT y al procedimiento establecido en el Decreto Supremo n.° 031-2007-RE, salvo el caso del AI.

Para su aprobación interna, el tratado debe ir por una de las vías previstas en los artículos 56 y 57 de la Constitución Política del Perú. Sin embargo, estos mecanismos de aprobación no determinan si la celebración del tratado se hará por el presidente de la República o el ministro de Relaciones Exteriores, o por una persona a quien se le otorgue plenos poderes. Esto se debe a que lo previsto en los citados dispositivos refiere a una actividad interna de aprobación a cargo del Congreso de la República; en cambio la celebración recibe un enfoque internacional, porque se involucra más directamente con la externalización de la voluntad del Estado de consentir un tratado.

¹¹ MEZARINA, S.; ROSALES, P. Los acuerdos interinstitucionales en la práctica peruana de derecho internacional. *Revista Derecho PUCP*, n. 82, p. 376-377, 2019.

¹² ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU). Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. *Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries*. Yearbook of the International Law Commission, 1966.

En el caso de los AI, el artículo 6 del Decreto Supremo n° 031-2007-RE excluye de manera determinante que se requiera plenos poderes para la celebración de un AI. Por ello, también el AI no requiere pasar por las vías de aprobación de los artículos 56 y 57 antes citados.

2.7 ELEMENTOS SECUNDARIOS

¿Cuáles serían elementos secundarios de ambas definiciones? Básicamente, nos referimos a la denominación y al número de instrumentos en el cual se plasma.

Respecto al primer aspecto, tanto para los tratados como para los AI, es indistinto como los denominen las partes. Esto implicaría que podría haber tratados o AI denominados como memorándum de entendimiento, sin que eso implique que su naturaleza es la de un instrumento no vinculante. La frase “cualquiera que sea su denominación particular” en el caso de la CVDT, o la redacción “cualquiera sea su denominación” para los AI, constituye un criterio orientador para los asesores jurídicos de los ministerios de Relaciones Exteriores. En ese sentido, conduce a sostener que no se puede determinar la naturaleza jurídica de un tratado o de un AI solo con la lectura de su título o denominación.

Por otro lado, respecto al segundo aspecto, la CVDT, en su artículo 2, inciso 1, literal a, sí regula que un tratado puede constar en “un instrumento único o en dos más instrumentos conexos”. El Decreto Supremo n° 031-2007-RE guarda silencio en este aspecto. La libertad de formas en el derecho internacional deja a las partes que sean ellas las que determinen si el documento que contenga su acuerdo será unitario o se descompondrá en varios instrumentos. En el plano de la celebración de tratados, se admite la posibilidad del intercambio de notas por ser una práctica diplomática de antiguo cuño. Aun dada su antigüedad en el derecho internacional¹³, no necesariamente el intercambio de notas se reserva para los tratados. El artículo 13 de la CVDT permite entender que podría utilizarse para otros propósitos.

Con relación al silencio plasmado en el artículo 6 del Decreto Supremo n° 031-2007-RE, ello no se interpreta como un impedimento para poder pactar intercambio de notas, aunque esa no sea la práctica registrada en el Perú. Como se ha sostenido, tal intercambio de notas no influye en la esencia jurídica de la operación, solo es un formato que se emplea por las cancillerías.

3 REVISIÓN DE LAS CRÍTICAS DE KLABBERS: HACIA UNA COMPRENSIÓN MÁS PROFUNDA DEL ACUERDO INTERINSTITUCIONAL

Klabbers es uno de los más renombrados juristas del derecho internacional contemporáneo. Su producción bibliográfica es gigantesca y su experticia es indudable en dos grandes temas, que son las organizaciones internacionales y los instrumentos internacionales. Sobre este último aspecto, Klabbers escribió su tesis doctoral sobre el tratado en derecho internacional y la publicó en el libro “*The Concept of Treaty in International Law*”, bajo la editorial *Kluwer Law International*.

En su interesante contribución, Klabbers analiza los *administrative agreements*, es decir, aquellos instrumentos que no los suscribiría el jefe de Estado, sino las *agencias* o *governmental departments*¹⁴. Aunque por una evidente distancia temporal, el autor no conocía del AI del Decreto Supremo n° 031-2007-RE, sí llegó a examinar lo relativo al AI regulado en México en su Ley sobre Celebración de Tratados de 1992.

La referencia a la experiencia en la cual se basó el AI de la legislación peruana, permite entablar un diálogo con la mirada que Klabbers planteó sobre los *administrative agreements*.

¹³ ROBERTS, I. *Satow's Diplomatic Practice*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

¹⁴ KLABBERS, J. *The Concept of Treaty in International Law* (Developments of International Law). Boston: Kluwer Law International, 1996. p. 98.

La argumentación de Klabbers¹⁵ se basa en la crítica a Ludwig Bittner, quien planteaba que era posible, fuera del propio jefe de Estado, que otros funcionarios pudieran celebrar acuerdos administrativos. Para Klabbers, tal posibilidad parece padecer de serios cuestionamientos como la falta de definición de Estado en la CVDT; la negada personalidad jurídica internacional de las entidades públicas; la inexistencia de un orden jurídico distinto a la legislación interna y al derecho internacional en el que se construirían las obligaciones que se producen mediante el AI; la problemática de la responsabilidad internacional; y la incertidumbre jurídica que plantea el AI, fácilmente irreconocible por una siguiente administración.

Estas críticas serán reexaminadas para nutrir la discusión sobre el AI en el Perú. Por lo tanto, se adelanta que el propósito de esta sección es entablar un diálogo con el libro de Klabbers¹⁶, en especial con su capítulo IV, sin que ello implique *ab initio* concordar en todo lo que el profesor holandés ha argumentado.

3.1 LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS NO DEFINE CON EXACTITUD QUÉ ES UN ESTADO

Las dificultades que arroja la posibilidad de un acuerdo interadministrativo (o un AI) se relacionan con la indefinición del concepto “Estado” comprendido por la CVDT y el régimen de textura abierta respecto a la capacidad de los representantes estatales de actuar en su representación¹⁷. El primer asunto se relaciona, fundamentalmente, con los artículos 1, 3 y 6 de la CVDT, y el segundo con el artículo 46 de la CVDT.

468

El artículo 1 de la CVDT indica que su ámbito de aplicación comprende los tratados entre Estados, no es para todos los tratados¹⁸. Se ha explicado constantemente que eso no atenta contra el valor jurídico de otros acuerdos internacionales (aquellos que los Estados celebran con otros sujetos de derecho internacional, o entre estos) o acuerdos no celebrados por escrito (artículo 3). La limitación en el ámbito de aplicación se debió al mandato dado por la Asamblea General a la CDI en su tarea de codificación y desarrollo progresivo; no obedeció a un motivo de declarar que estos otros tipos de acuerdos internacionales sean inválidos.

Si bien este aspecto se ha examinado con profundidad por la doctrina¹⁹, lo referido a la noción de Estado en el marco de la CVDT no ha recibido demasiada atención. La CVDT asume el concepto de Estado, sin dar una definición exacta de qué es. La respuesta ante esta situación se encuentra, en todo caso, en los *travaux préparatoires* de la CVDT, que nos dicen lo siguiente:

El término “Estado” es usado aquí con el mismo significado que en la Carta de las Naciones Unidas, el Estatuto de la Corte, las Convenciones de Ginebra sobre el Derecho del Mar y la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas; i.e., esto significa un Estado para los propósitos del derecho internacional²⁰.

Esta es una referencia que va en la línea de la definición planteada de Estado en el artículo I de la Convención de Montevideo sobre Derechos y Deberes de los Estados de 1933. Esta enunciación, que alude a la población permanentemente asentada en un territorio bajo determinado gobierno con capacidad de relacionarse con otros

¹⁵ KLABBERS, J. *The Concept of Treaty in International Law* (Developments of International Law). Boston: Kluwer Law International, 1996. p. 98.

¹⁶ KLABBERS, J. *The Concept of Treaty in International Law* (Developments of International Law). Boston: Kluwer Law International, 1996.

¹⁷ KLABBERS, J. *The Concept of Treaty in International Law* (Developments of International Law). Boston: Kluwer Law International, 1996. p. 99-100.

¹⁸ VILLIGER, M. *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2009. p. 58.

¹⁹ DÖRR, O.; SCHMALENBACH, K. *Vienna Convention on the Law of Treaties: a commentary*. 2. ed. Heidelberg: Springer, 2018; VILLIGER, M. *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2009. p. 98-106.

²⁰ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU). Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. *Report of the International Law Commission covering the work of its Fourteenth Session*. Official Records of the General Assembly, Seventeenth Session, Supplement n° 9 (A/5209), 1962. p. 164.

Estados, no da pistas sobre la participación del Estado para celebrar un acuerdo internacional y su administración interna para ese objetivo, solo menciona, a secas, el término “gobierno”.

Si bien la crítica de Klabbers es interesante sobre la falta del desarrollo del concepto de Estado en la CVDT, esta termina de comprenderse con la referencia al artículo 46 de la CVDT, disposición de la cual se deduce que la determinación de la competencia para celebrar tratados es un asunto concerniente al derecho interno del Estado²¹. Este artículo remite la cuestión al *treaty making power* de cada Estado, disposición que, además de asumir la teoría de la relevancia²² para fines de la causal de nulidad relativa planteada por el artículo – aunque no del todo pacíficamente –, no define cuál es el modo en el que se produce la representación internacional, abriendo la posibilidad que el derecho interno de cada Estado sea el que defina este aspecto.

El *treaty making power* es un aspecto que la CVDT no regula más profundamente, por lo que permite que sea cada legislación interna la que defina los alcances del tema, según sus propias disposiciones.

Haciendo un balance de la crítica de Klabbers sobre la base de estas consideraciones, no coincido totalmente con el primer punto de su argumento. Los *travaux préparatoires* son un recurso de la interpretación, como consagra el artículo 32 de la CVDT, y de ello podemos visualizar qué es el Estado según el derecho internacional. La crítica más importante vendría del lado del *treaty making power*. Aquí plenamente se observa una textura abierta en el diseño de la representación del Estado, asunto que cada Estado en su soberanía decidirá. Es un asunto de suma complejidad, porque no existe una única posición en la doctrina.

Para el caso peruano, la representación internacional coincide, por un lado, con lo planteado en el artículo 7 de la CVDT, al ser este tratado parte de nuestro ordenamiento jurídico nacional desde el 14 de octubre de 2000, según se deduce el efecto del artículo 55 de la Constitución Política. No obstante, el Estado peruano es libre de establecer las condiciones de manifestación de consentimiento en cuanto a otros acuerdos internacionales. El artículo 6 del Decreto Supremo n° 031-2007-RE señala que no se requiere plenos poderes para el AI. Eso explica que el AI se suscriba por el titular de cada entidad pública en representación suya.

Puede pensarse que el AI es un tratado en forma simplificada, por ser a la sola firma. Innegablemente, el AI lo suscriben entidades que pertenecen al Estado. Por lo que la inferencia de Klabbers, de concebir al Estado comprometido (al menos en uno de sus órganos) es entendible. Sin embargo, una razón de peso lleva a descartar esta posibilidad: el AI no genera obligaciones internacionales, por lo tanto, no es una fuente del derecho internacional²³. Si generase obligaciones internacionales sería un tratado, sin duda, y el asunto se resolvería sin dificultades en cuanto a la calificación de su naturaleza jurídica. No obstante, los compromisos que adquiere la entidad ocurren solo sobre la base de sus competencias y en el marco de la jurisdicción del Estado peruano.

3.2 NEGACIÓN DE LA SUBJETIVIDAD INTERNACIONAL DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS Y LA INEXISTENCIA DE UN TERCER ORDEN JURÍDICO

Según Klabbers²⁴, afirmar que las entidades públicas se vincularían bajo el derecho internacional, implicaría sostener o que (i) estas poseen subjetividad internacional o (ii) que existe un tercer orden jurídico distinto a los ordenamientos internos y al derecho internacional. En tal sentido, el profesor holandés rechaza ambas hipótesis. La primera porque ni la doctrina ni la jurisprudencia internacional respaldan tal posibilidad y porque el Estado posee una personalidad unitaria.

²¹ DÖRR, O.; SCHMALENBACH, K. *Vienna Convention on the Law of Treaties: a commentary*. 2. ed. Heidelberg: Springer, 2018. p. 838-842; VILLIGER, M. *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2009. p. 587-592.

²² DE LA GUARDIA, E. *Derecho de los tratados internacionales*. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo de Palma, 1997. p. 199-201.

²³ BONIFAZ, G. Los acuerdos interinstitucionales. *Política Internacional*, n. 122, p. 9-42, 2016. p. 13-14; MEZARINA, S.; ROSALES, P. Los acuerdos interinstitucionales en la práctica peruana de derecho internacional. *Revista Derecho PUCP*, n. 82, p. 401, 2019.

²⁴ KLABBERS, J. *The Concept of Treaty in International Law* (Developments of International Law). Boston: Kluwer Law International, 1996. p. 101.

Sobre el primer punto, tradicionalmente, se entiende que un sujeto de derecho internacional (SDI) es aquel que posee derechos y/u obligaciones internacionales²⁵. Si se opta por el enfoque de Barberis para comprender este punto es porque, en la práctica peruana, también se detecta una clara inclinación hacia el enfoque normativista para explicar la subjetividad internacional. Ser sujeto de derecho internacional supone, bajo esa mirada, que el ordenamiento jurídico internacional le ha reconocido tales derechos u obligaciones. En ese sentido, si no existe una norma que otorgue algún derecho u obligación internacional, no podría deducirse que se esté ante un SDI.

Sin lugar a dudas, el Estado ha sido considerado el SDI con plenitud de competencias. Sin embargo, no es el único y se suman otras entidades como las organizaciones internacionales, el individuo, los beligerantes, los movimientos de liberación nacional, etc.

Las entidades públicas no poseen derechos y/u obligaciones internacionales reconocidos por el ordenamiento jurídico internacional. En eso, podemos concordar con Klabbers. Las entidades públicas tienen su autonomía bajo el derecho administrativo, no bajo el derecho internacional. En el caso del Perú, el artículo I del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento Administrativo General es el pertinente para explorar cuáles serían entidades públicas peruanas.

Que las entidades públicas peruanas gocen de autonomía jurídica administrativa, no significa que ostenten personalidad jurídica internacional y que sean considerados, por lo tanto, sujetos de derecho internacional. Su autonomía administrativa no les da tampoco la capacidad para desligarse de los compromisos internacionales que su Estado haya asumido. Es decir, siguen siendo órganos del Estado. Tal autonomía administrativa no es una base jurídica para considerarlas SDI.

El segundo punto también resulta sumamente importante. Se refiere a la negación del tercer orden jurídico. En palabras de Barberis²⁶:

Ocurre que en cierto momento aparece una entidad que se coloca, si se permite la expresión “al lado” de los miembros de la comunidad internacional. En general, se trata de una entidad nueva, aunque puede tratarse también de un sujeto ya existente del derecho de gentes que, por razones particulares, pretende abandonar la comunidad internacional y situarse al margen de ella. Por hipótesis, se supone que la entidad en cuestión mantiene relaciones *jurídicas* con los miembros de la comunidad internacional, porque si así no fuera, no podría pensarse en la existencia de un tercer orden *jurídico* [...]. La relación jurídica de la entidad que se halla “al lado” de la comunidad internacional con los sujetos de esta puede tener la característica de una relación de subordinación o de coordinación.

Una relación de subordinación puede darse, por ejemplo, si una entidad con un poder muy superior al de los miembros de la comunidad internacional se erige en legislador y establece las normas jurídicas que regirán sus relaciones para con dichos miembros [...] [En este ejemplo], el derecho internacional habrá desaparecido para transformarse en el derecho interno de un Estado o Imperio mundial [...]. Una relación de coordinación se presenta si los miembros de la comunidad internacional, mediante acuerdos con la entidad marginada (que podrán llamarse “acuerdos especiales” para distinguirlos de los tratados del derecho de gentes), establecen normas para regir sus vinculaciones recíprocas. En este caso, las normas así establecidas formarán parte, indudablemente, del derecho internacional, debido a su modo de creación.

Si se trata de una relación de subordinación, las normas pertenecerán al derecho interno de un Estado mundial que se crea o al derecho interno de los miembros de la comunidad internacional. Si se trata de una relación de coordinación, las normas pertenecerán al derecho internacional. Hay, pues, una alternativa: subordinación o coordinación, que se traduce en derecho interno o

²⁵ BARBERIS, J. *Los sujetos del derecho internacional actual*. Madrid: Tecnos, 1984. p. 24-26.

²⁶ BARBERIS, J. *Los sujetos del derecho internacional actual*. Madrid: Tecnos, 1984. p. 31-32.

internacional. La hipótesis de un tercer orden jurídico queda enteramente excluida. La relación entre dos entidades, o se da en un plano de igualdad (coordinación) o se da en un plano de desigualdad (subordinación), *tertius non datur*. La hipótesis de un tercer orden jurídico es imposible.

Este es un pasaje muy importante en el texto propuesto por el jurista argentino y que, por ese motivo, lo hemos transcrito enteramente, a fin de reflejar con fidelidad su posición sobre el tema.

En la perspectiva de Barberis²⁷, las relaciones jurídicas en el plano internacional solo pueden ser de subordinación o de coordinación, no es posible una alternativa intermedia entre estas opciones. Podemos coincidir con ello: la presencia de cualquier otra entidad en el plano internacional siempre supondrá cualquiera de los dos escenarios y, en el caso de las entidades públicas, estas están subordinadas a un verdadero sujeto de derecho internacional, que es el Estado.

Pero el problema no queda resuelto solo en sostener que las entidades públicas se sujetan a su correspondiente ordenamiento jurídico (interno), sino que la complicación que genera el AI es admitir el relacionamiento internacional entre entidades específicas de dos a más Estados. El segundo ordenamiento jurídico que entra en juego es el derecho internacional. Eso explica la referencia del artículo 6 del Decreto Supremo n° 031-2007-RE al derecho interno y, a su vez, al derecho internacional. Esta definición que maneja la legislación peruana es una reafirmación de la teoría del *tertius non datur* de Barberis: para la regulación del AI, solo puede buscarse respuestas en los ordenamientos jurídicos comprometidos en medio de la celebración del referido acuerdo o en el derecho internacional.

Pero queda claro que nadie, ni los propios defensores del AI²⁸, sostienen que las entidades públicas sean consideradas por sí mismas como sujetos de derecho internacional o que puedan crear un ordenamiento jurídico distinto a los clásicamente existentes. Las entidades públicas pertenecen a sus Estados y son estos los que autorizan la posibilidad de la celebración del *administrative agreement*. Tal clase de acuerdo, en ese sentido, se sustenta en una autorización previa o implícita de los Estados para que sus entidades públicas puedan vincularse jurídicamente a través del mismo.

Como habíamos manifestado en el 3.1, el AI *no genera* obligaciones internacionales, pero ello no quiere decir que *no se base o enmarque* en obligaciones internacionales. El texto del artículo 6 examinado dice, en efecto, que los AI pueden derivar o no “de un tratado previamente adoptado”. La fórmula en este último extremo resulta problemática, porque un tratado adoptado no es, por el hecho de la adopción, vinculante; su fuerza jurídica recién se producirá con la entrada en vigor general del tratado. La fórmula debiese decir “de un tratado previo en vigor”.

No obstante, lo que más llama la atención es que la fórmula “sea que se derive o no de un tratado [...]” pareciera implicar que un AI es vinculante sin la necesidad de un tratado que lo preceda. ¿Si no genera obligaciones internacionales, cómo puede ser vinculante un AI si no tiene un respaldo jurídico convencional? En España, que regulan el *administrative agreement* bajo la denominación del “acuerdo internacional administrativo” (AIA), han solucionado el problema, señalando que la “celebración [del AIA] está prevista en el tratado que ejecuta o concreta” (artículo 2, literal b de la Ley 25/2014). Por lo tanto, bajo la legislación española no se da posibilidad que su AIA sea autónomo al tratado, ello con el propósito de evitar posibles problemas de justificación en torno a la obligatoriedad de dicha modalidad de acuerdo internacional.

En el Perú, se ha regulado el fundamento jurídico del tema, admitiendo que la base de la juridicidad del AI es independiente a si un tratado lo precede o no. Debe sostenerse que no es posible admitir, en realidad, tal autonomía, puesto que supondría reconocer la presencia de un tercer orden jurídico (distinto al derecho internacional y al derecho interno), lo cual no sería tolerable como ya quedó demostrado, o que el AI es una fuente del derecho internacional, lo cual ha sido también descartado.

²⁷ BARBERIS, J. *Los sujetos del derecho internacional actual*. Madrid: Tecnos, 1984.

²⁸ MEZARINA, S.; ROSALES, P. Los acuerdos interinstitucionales en la práctica peruana de derecho internacional. *Revista Derecho PUCP*, n. 82, p. 371-406, 2019; BONIFAZ, G. Los acuerdos interinstitucionales. *Política Internacional*, n. 122, p. 9-42, 2016.

El cuestionamiento sobre la autonomía jurídica del AI genera dos posibles opciones en la búsqueda de su justificación, tomando en consideración que el AI es finalmente un acuerdo internacional y debe contar con una base jurídica en el propio derecho internacional. Tal como lo señala el artículo 6 del Decreto Supremo n.º 031-2007-RE, la primera posibilidad es que el AI desarrolle lo plasmado en un tratado y la segunda alternativa es que el AI no cuente con una base convencional previa.

Bajo el primero escenario, la presencia del AI es un mecanismo para ejecutar el tratado, debiendo cuidarse que el texto no contravenga las obligaciones internacionales que contiene el tratado que lo precede. En cambio, con el segundo, si la base no es un tratado, probablemente, sea otra fuente del derecho internacional. Asumir el *tertius non datur* de Barberis no da lugar a otra posibilidad.

La pregunta a dilucidar sería ¿cuál fuente de derecho internacional que no sea un tratado podría ser el soporte de la celebración de los AI? Aquí se plantearían dos posibilidades. Por un lado, que el artículo 6 del Decreto Supremo n.º 031-2007-RE se entienda como un acto unilateral del Estado por el cual reconoce que el AI es vinculante si lo celebra una de sus entidades. No obstante, la sostenibilidad del acto unilateral *strictu sensu* es un asunto problemático²⁹ y estaría, más que ligado a la exigibilidad del acuerdo - que involucra la participación de otra entidad ajena al control del Estado -, a la capacidad de la entidad pública peruana de poder celebrar un AI, sin que ello comprometa a todo el Estado.

La otra posibilidad sería la de una costumbre internacional en formación que valide la celebración de AI, a nivel de la región. Esta sería una alternativa que se daría en el marco de otra de las fuentes clásicas del derecho internacional (artículo 38, inciso 1, literal b, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia). Se contaría con elementos para sostener esta hipótesis.

472

La primera razón es de índole comparado, dado que no solo el Estado peruano regula el AI, sino también se encuentran disposiciones o prácticas similares en México (Ley sobre Celebración de Tratados de 1992, que regula el concepto de AI, que sirvió de base para la legislación peruana analizada en esta oportunidad); Chile (como observa Bonifaz³⁰, este país no cuenta con una ley especializada en la materia, pero sí celebra en su práctica acuerdos interinstitucionales); Colombia (Ley 80 de 1993, modificada parcialmente por Ley 1150 de 2007); Bolivia (Decreto Supremo n.º 2476, que lo denomina “acuerdo interinstitucional internacional”); Ecuador (no se cuenta con una ley especializada en materia de acuerdos interinstitucionales, no obstante, se registra práctica en la materia); y España (Ley 25/2014, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales). Una segunda razón es que no ha habido un objetor persistente en la región respecto al uso del *administrative agreement* en la región. Implícitamente, se ha aceptado su uso sin negarle lugar en el plano de los instrumentos internacionales. Un tercer motivo radica en su funcionalidad, como explica Bonifaz³¹: se acepta el empleo del AI en los gabinetes binacionales que celebra el Perú, e incluso en ciertos foros, como la Alianza del Pacífico. En este extremo, los AI surgen como respuesta a las necesidades de la comunidad internacional de instrumentos jurídicos ágiles, que permitan arribar a compromisos con la celeridad que carecen los procesos de aprobación de un tratado.

Sin embargo, la doctrina no deja de discutir su naturaleza jurídica, más si no se cuenta con jurisprudencia internacional sobre la materia que respalde la existencia de estos acuerdos. Lo interesante es que todo parece indicar que, pese a sus distintas aproximaciones en cada una de las experiencias señaladas, la fuerza jurídica del AI, al menos, se encontraría en una costumbre internacional *in status nascendi*.

²⁹ KASSOTI, E. *The Juridical Nature of Unilateral Acts of States in International Law*. Boston: Brill Nijhoff, 2015. p. 14-29; SAGANEK, P. *Unilateral Acts of States in Public International Law*. Boston: Brill Nijhoff, 2016. p. 19-24.

³⁰ BONIFAZ, G. Los acuerdos interinstitucionales. *Política Internacional*, n. 122, p. 9-42, 2016. p. 33.

³¹ BONIFAZ, G. Los acuerdos interinstitucionales. *Política Internacional*, n. 122, p. 9-42, 2016. p. 9.

3.3 DIFICULTADES DE RECONCILIAR EL ACUERDO INTERINSTITUCIONAL CON LA TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL

Klabbers³² sostiene que la celebración de un *administrative agreement* es de difícil reconciliación con la teoría de la responsabilidad internacional. Como señala la Corte Internacional de Justicia en el caso del Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros³³, las dos ramas fundamentales del derecho internacional público son, por un lado, el derecho de los tratados y, por otro lado, el derecho de la responsabilidad internacional. La CDI identificó la importancia de ambos temas y codificó el segundo de ellos bajo el Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos (2001) (en adelante, el PAREHII) y el Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de las Organizaciones Internacionales (2011), interesándonos, en esta ocasión, el primero.

El hecho ilícito internacional (HII) genera la responsabilidad internacional del Estado (artículo 1 del PAREHII). Tal HII se compone de dos elementos, uno objetivo y otro subjetivo. El primero concierne a la violación de una obligación internacional (artículo 2, literal b, del PAREHII), el segundo a la atribución de ese comportamiento antijurídico a un Estado (artículo 2, literal a, del PAREHII)³⁴.

El artículo 12 del PAREHII aclara que la obligación internacional proviene de cualquiera de las fuentes del derecho internacional. En ese esquema, si, por una parte, importa poco cuál es el origen de la obligación internacional, sí interesa, por otra, que la fuente de derecho internacional preexista al comportamiento incumplidor, puesto que sin una obligación no habría posibilidad de incumplimiento. Si sostenemos que los AI basan su exigibilidad jurídica en algún tratado en vigor previo o una costumbre internacional en formación, estos acuerdos en cuanto tales no crean obligaciones internacionales, pero tampoco se desentienden de las obligaciones internacionales que los enmarcan. En esa línea, el incumplimiento de un AI puede suponer también el incumplimiento de un tratado o una costumbre internacional, fuentes de derecho internacional que le preceden.

Respecto a la atribución, se refiere a que el comportamiento de incumplimiento del derecho internacional le sea atribuible al Estado. Naturalmente, cualquier acto que proviene de un órgano del Estado le es atribuible a este en el plano del derecho internacional, como lo revela el artículo 4 del PAREHII. Un órgano del Estado carece, por el hecho de desprenderse del aparato público de un Estado, de una personalidad jurídica internacional independiente por sí misma. La entidad pública pertenece al esquema del Estado, sin duda alguna. En este contexto, cabe recordar que Klabbers cita a Blix³⁵, quien ofrece el siguiente ejemplo:

Si, por ejemplo, un tribunal internacional fuera a sentenciar daños sobre la base de un acuerdo postal [un acuerdo entre los servicios postales de los Estados], está presumiblemente fuera de controversia que el Estado como persona jurídica sería responsable en último término por el pago de los daños.

Bajo el ejemplo citado, en caso que se configure un incumplimiento de un AI, quien tendría que asumir el pago por los daños sería, en último término, el Estado. No obstante, Klabbers sostiene que ello sería así en caso se entienda que el acuerdo administrativo diera origen a obligaciones internacionales³⁶. En su texto, el profesor holandés no aprecia la consideración que las obligaciones internacionales provengan de otro lado.

³² KLABBERS, J. *The Concept of Treaty in International Law* (Developments of International Law). Boston: Kluwer Law International, 1996. p. 99.

³³ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA (CIJ). *Sentencia sobre el caso del Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros (Hungría vs. Eslovaquia)*. 1997. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/en/case/92>. Acceso en: 10 set. 2022.

³⁴ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA (CIJ). *Sentencia sobre el caso del Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros (Hungría vs. Eslovaquia)*. 1997. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/en/case/92>. Acceso en: 10 set. 2022.

³⁵ BLIX, 1960 *apud* KLABBERS, J. *The Concept of Treaty in International Law* (Developments of International Law). Boston: Kluwer Law International, 1996.

³⁶ KLABBERS, J. *The Concept of Treaty in International Law* (Developments of International Law). Boston: Kluwer Law International, 1996. p. 99.

La tesis propuesta relativa al origen de la fuerza jurídica del AI (tratados o costumbre internacional preexistente) brinda mayores posibilidades de reconciliación con la teoría de la responsabilidad internacional, por tres razones. Primero, porque se utiliza elementos jurídicos que responden a la teoría tradicional de las fuentes del derecho internacional; segundo, porque se salva la necesidad de tener que explicar que el AI sea una fuente de derecho internacional; tercero, porque no se niega el carácter de instrumento internacional que posee el AI. De este modo, se logra un balance que permite entrar en sintonía con las exigencias básicas de la teoría de la responsabilidad internacional.

3.4 LA INCERTIDUMBRE JURÍDICA QUE CONLLEVA EL ACUERDO INTERINSTITUCIONAL

Klabbers³⁷ refiere a McNair, considerado como uno de los más notables tratadistas británicos en derecho de los tratados³⁸, quien arguye que “sostener que alguna entidad distinta al Estado podría llegar a vincularse jurídicamente por medio de la celebración de acuerdos administrativos abriría una virtual caja de Pandora” (Traducción libre).

En la región, esta caja de Pandora ya ha sido abierta desde la presencia de la Ley sobre celebración de tratados (1992) en México y, concretamente en el caso peruano, con el artículo 6 del Decreto Supremo n° 031-2007-RE. Hemos convivido con un misterioso instrumento internacional, sin entrar a determinar con exactitud su naturaleza jurídica, porque nos hemos interesado más por la flexibilidad que brinda la figura del AI para lograr acuerdos específicos, céleres y secretos. Lo primero porque son las entidades públicas las que directamente se comprometen en celebrar los AI, escapando de los mecanismos clásicos de representación del Estado; lo segundo, porque el AI se libra del proceso de aprobación del tratado, el cual puede producir un resultado incierto o de demora, al pasar por el examen del Congreso de la República; y lo tercero, porque no se le exige la publicidad de la cual goza toda norma (artículo 51 de la Constitución Política).

Uno de los problemas que surgirían de las inexactitudes que conlleva el concepto es la posibilidad de repudio o desconocimiento de los acuerdos por un cambio de autoridades o por el cambio de nombre de la entidad, nos dice Klabbers³⁹. Esta advertencia no es menor, puesto que el costo de la especificidad, celeridad y secretismo podría suponer que se actúe de espaldas a los intereses del Estado, se proceda a aceptar obligaciones que pueden comprometer al Perú y que no haya ningún tipo de transparencia ni fiscalización por la modalidad que supone el AI, respectivamente.

Aun así, no dejamos de estar ante un instrumento internacional y no podemos olvidar que el propio derecho administrativo reconoce que cuando un individuo actúa en el cargo de titular de una entidad pública, su actuación representa a esa institución, no a la persona. Por lo tanto, las personas que pueden ir ocupando los diversos puestos públicos deberían responder a la institucionalidad que toda entidad pública debe respetar. Al estar enmarcado en un tratado o en una costumbre internacional en formación, el desconocimiento del AI podría conducir al incumplimiento de estas fuentes del derecho internacional.

Entonces, ¿habría incertidumbre jurídica? Sí y no, a la vez. Sí, porque el AI puede presentar los problemas identificados a lo largo del presente artículo. Y no, porque el AI termina siendo el desarrollo de un tratado que lo precede, en el mejor de los casos, o prevé obligaciones, cuyo respaldo es consuetudinario.

³⁷ KLABBERS, J. *The Concept of Treaty in International Law* (Developments of International Law). Boston: Kluwer Law International, 1996. p. 102.

³⁸ HERNÁNDEZ, A. Los 50 años de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. *Revista Peruana de Derecho Internacional*, t. LXIX, n. 163, p. 49-79, 2019.

³⁹ KLABBERS, J. *The Concept of Treaty in International Law* (Developments of International Law). Boston: Kluwer Law International, 1996. p. 102.

4 CONCLUSIONES

El *administrative agreement* es un instrumento internacional cuya regulación y utilización ha ido en aumento a nivel de la región latinoamericana. La presencia de esta clase de instrumento internacional, cuya aceptación en la práctica y en la legislación de los Estados se debe, básicamente, a su especificidad, celeridad y secretismo, no debe cerrar las puertas a continuar con el análisis que la figura en sí demanda. El hecho que el propio Comité Jurídico Interamericano (CJI) en sus “Directrices para los Acuerdos Vinculantes y No Vinculantes” no haya admitido que estas sean muestra de codificación o desarrollo progresivo en la materia, demuestra que el examen de los *administrative agreements* y, por tanto, del AI peruano, no ha quedado cerrado.

El caso del AI regulado por el artículo 6 del Decreto Supremo n.º 031-2007-RE ha sido estudiado por varios autores peruanos, sin haberse llegado a resolver el principal problema que este instrumento internacional encierra a la luz del derecho internacional, que es su naturaleza jurídica. En el presente artículo, se ha buscado atender a esta necesaria cuestión, relejendo el texto “*The Concept of Treaty in International Law*”⁴⁰.

En ese contexto, la manera como se resuelvan varias de las inquietudes planteadas por Klabbers se encuentran a través del sustento de la fuerza jurídica del AI en tratados en vigor o en una costumbre internacional en formación que los precedan. Esta resulta ser la manera más sólida de abordar el problema, considerando la vuelta al uso tradicional de las fuentes del derecho internacional y, con ello, un mayor nivel de seguridad jurídica con el empleo del AI, con la consiguiente superación del problema relativo a conceptuar a las entidades públicas como sujetos de derecho internacional, lo cual no tiene ningún respaldo jurisprudencial o doctrinario.

Por lo tanto, se puede concluir que la figura del AI, no siendo confundible con los tratados, en el plano del derecho internacional, es un acuerdo cuya autonomía jurídica no es real: la autonomía administrativa que gozan las entidades públicas peruanas es innegable, pero no es posible tampoco entenderla como una autarquía, por la cual se desconozca los límites que el propio Estado debe imponer a sus órganos. El estatus jurídico del AI no puede ser explicado escapando de la legislación doméstica y el derecho internacional. Asumir lo contrario introduciría incongruencias que la seguridad jurídica nos debe llevar a evitar.

Por último, pensando en el futuro del AI, parece ser que esta clase de instrumento internacional va a seguir siendo útil a la política exterior peruana, como se atestigua de su constante celebración por las entidades públicas de nuestro Estado. En ese contexto, de las varias recomendaciones que se pueden formular respecto a la regulación peruana del AI, dos pueden considerarse inmediatas y centrales. La primera es que el Ministerio de Relaciones Exteriores de la República del Perú asuma la tarea de fijar un documento con directrices sobre los principales aspectos del diseño del AI, con el propósito de orientar a las entidades públicas y conseguir una práctica uniforme en la materia. La segunda tarea es que la doctrina siga profundizando y discutiendo acerca de los problemas y desafíos que el AI ofrece al derecho internacional. La asunción de ambas sugerencias permitirá la consolidación de un mecanismo jurídico, cuya presencia se hace cada vez más notoria en nuestra región.

REFERENCIAS

ABUGATTAS, G. Acuerdos Internacionales Administrativos y Acuerdos Interinstitucionales: Comentarios a las regulaciones española, mexicana y peruana, *Ars Iuris Salmanticensis*: Revista Europea e Iberoamericana de Pensamiento y Análisis de Derecho, Ciencia Política y Criminología, v. 3, p. 257-261, 2015.

BARBERIS, J. *Los sujetos del derecho internacional actual*. Madrid: Tecnos, 1984.

BONIFAZ, G. Los acuerdos interinstitucionales. *Política Internacional*, n. 122, p. 9-42, 2016.

⁴⁰ KLABBERS, J. *The Concept of Treaty in International Law* (Developments of International Law). Boston: Kluwer Law International, 1996.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA (CIJ). **Sentencia sobre el caso del Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros (Hungria vs. Eslovaquia)**. 1997. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/en/case/92>. Acceso en: 10 set. 2022.

DE LA GUARDIA, E. **Derecho de los tratados internacionales**. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo de Palma, 1997.

DÖRR, O.; SCHMALENBACH, K. **Vienna Convention on the Law of Treaties: a commentary**. 2. ed. Heidelberg: Springer, 2018.

HERNÁNDEZ, A. Los 50 años de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. **Revista Peruana de Derecho Internacional**, t. LXIX, n. 163, p. 49-79, 2019.

HOLLIS, D. **The Oxford Guide to Treaties**. Oxford: Oxford University Press, 2014.

HOLLIS, D. **Acuerdos vinculantes y no vinculantes: Sexto Informe**", CJI/doc. 600/20, 2020.

KASSOTI, E. **The Juridical Nature of Unilateral Acts of States in International Law**. Boston: Brill Nijhoff, 2015.

KLABBERS, J. **The Concept of Treaty in International Law (Developments of International Law)**. Boston: Kluwer Law International, 1996.

MEZARINA, S.; ROSALES, P. Los acuerdos interinstitucionales en la práctica peruana de derecho internacional. **Revista Derecho PUCP**, n. 82, p. 371-406, 2019.

476

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU). Comité Jurídico Interamericano de la Organización de los Estados Americanos. **Directrices del Comité Jurídico Interamericano para los Acuerdos Vinculantes y no Vinculantes**. Washington: OEA, 2020.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU). Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. **Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries**. Yearbook of the International Law Commission, 1966.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU). Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. **Report of the International Law Commission covering the work of its Fourteenth Session**. Official Records of the General Assembly, Seventeenth Session, Supplement n° 9 (A/5209), 1962.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Comité Jurídico Interamericano. **Directrices del Comité Jurídico Interamericano para los Acuerdos Vinculantes y no Vinculantes**. OEA, 2020. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/cji/docs/Directrices_para_los_Acuerdos_Vinculantes_y_No_Vinculantes_publicacion.pdf. Acceso en: 10 set. 2022.

ROBERTS, I. **Satow's Diplomatic Practice**. Oxford: Oxford University Press, 2009.

SAGANEK, P. **Unilateral Acts of States in Public International Law**. Boston: Brill Nijhoff, 2016.

VILLIGER, M. **Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties**. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2009.