

INFORME PRELIMINAR SOBRE ACUERDOS VINCULANTES Y NO VINCULANTES

(Presentado por el doctor Duncan B. Hollis)

Introducción

18. En su 89° período ordinario de sesiones, el Comité Jurídico Interamericano celebró una reunión inaugural con asesores jurídicos de los ministerios de relaciones exteriores de Estados Miembros. Asistieron a la reunión representantes de Brasil, Chile, Estados Unidos, México, Paraguay, Perú y Uruguay²⁶⁰. Durante las deliberaciones, el representante de Brasil sugirió que el Comité estudiara “la práctica de los Estados relativa a los memorandos de entendimiento que diversas dependencias de los países adoptan y envían al Parlamento para su aprobación” con miras a establecer principios generales o buenas prácticas²⁶¹. Los representantes de Chile, Paraguay y Perú expresaron apoyo a la idea. Los representantes de Chile y Perú observaron que había cuestiones pendientes acerca de la existencia y la situación de acuerdos celebrados por agentes que no eran el Estado mismo, sino instituciones (u organismos) del gobierno del Estado o agentes subnacionales tales como gobiernos provisionales o municipales. El representante de Paraguay recalcó el problema que se plantea para determinar si estos acuerdos constituirían tratados y cuándo.

19. El Comité trató el tema posteriormente cuando examinó su temario para el futuro²⁶². El Presidente observó que la “naturaleza jurídica de los acuerdos interinstitucionales” era uno de los temas “más urgentes” indicados por los asesores jurídicos y sobre el cual sería muy útil para los Estados Miembros recibir orientación del Comité. El Comité señaló la práctica de los acuerdos entre organismos gubernamentales y unidades subnacionales, así como las dificultades jurídicas y logísticas que planteaban. Desde un punto de vista jurídico, se suscitaban cuestiones acerca de la condición y los efectos de tales acuerdos de conformidad con el derecho internacional (concretamente, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969). Desde el punto de vista logístico, se suscitaban cuestiones sobre la forma de lograr un equilibrio entre la necesidad de los Estados de supervisar los acuerdos internacionales y la necesidad de no abrumar a los ministerios de relaciones exteriores o de frenar innecesariamente el ritmo de la cooperación sobre temas importantes (como los acuerdos entre compañías de electricidad estatales). Se señaló que Uruguay ha redactado un decreto sobre los procedimientos para examinar esta práctica, en tanto que se ha conversado sobre una acción similar en Paraguay. Como resultado de estas deliberaciones, el Comité decidió formalmente agregar a su temario el tema “Naturaleza jurídica y efectos de acuerdos interinstitucionales de carácter internacional”.

²⁶⁰ Véase *Informe Anual 2016 del Comité Jurídico Interamericano (CJI) al Cuadragésimo Séptimo Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General*, OEA/Ser.G CP/doc.5261/17 (31 enero 2017), p. 10.

²⁶¹ *Acta Resumida*, Reunión con los Asesores Jurídicos de los Ministerios de Relaciones Exteriores, 5 de octubre de 2016, en *Informe Anual supra*, nota 1, p. 167.

²⁶² *Reflexión sobre los trabajos del Comité Jurídico Interamericano: compilación de temas de Derecho Internacional Público y Privado*, en *Informe Anual supra*, nota 1, p. 125.

20. En su 90º período ordinario de sesiones, el Comité volvió a abordar el tema. Se señaló que el tema implicaba otras cuestiones relativas a las diferentes prácticas de los Estados en lo que se refiere a la celebración de “acuerdos ejecutivos” o “simplificados”, así como memorandos de entendimiento “no vinculantes”. El Comité replanteó el tema como “acuerdos vinculantes y no vinculantes” y nombró al autor del presente documento para que sirviera en calidad de Relator²⁶³.

21. A primera vista, el tema de los acuerdos vinculantes y no vinculantes es amplio y abarca varios asuntos (y problemas) para los Estados Miembros. En el presente informe, señalo cuatro conjuntos discretos de asuntos: i) diferenciación, ii) capacidad, iii) efectos; y iv) procedimientos:

- i. *Diferenciación*: ¿Qué categorías de compromisos vinculantes o no vinculantes existen en el contexto internacional? ¿Cómo podemos identificarlos de manera fidedigna y hacer una distinción entre ellos en la práctica?
- ii. *Capacidad*: ¿En qué medida otros actores, además de los Estados mismos (por ejemplo, dependencias de un gobierno nacional o gobiernos subnacionales), tienen capacidad para ser partes en uno o más de estos tipos de acuerdos?
- iii. *Efectos*: ¿Cuáles son los efectos jurídicos, si los hubiere, de la celebración de algún tipo particular de acuerdo internacional?
- iv. *Procedimientos*: ¿Qué procedimientos, si los hubiere, utiliza un Estado para coordinar, autorizar o administrar cada uno de los distintos tipos de acuerdo internacional?

Examino cada uno de estos temas a continuación. Sin embargo, como explico, el análisis resultante es necesariamente preliminar debido a que no contamos con información completa sobre las prioridades, prácticas y preferencias de los Estados. En consecuencia, concluyo este informe inicial con una recomendación sobre los próximos pasos. Concretamente, propongo que el Comité apruebe y envíe a los Estados Miembros un cuestionario sobre el tema de los acuerdos vinculantes y no vinculantes (el anexo contiene un borrador de cuestionario). Además, solicito la orientación del Comité sobre la procedencia de redactar principios generales o prácticas óptimas sobre uno o más de los asuntos pendientes en relación con los acuerdos vinculantes y no vinculantes.

I. Diferenciación entre acuerdos internacionales

22. Los Estados que están interesados en celebrar compromisos internacionales tienen por lo menos tres medios para hacerlo: *tratados*, *compromisos políticos* y *contratos*²⁶⁴. Dos de estas categorías —los tratados y los contratos— implican acuerdos “vinculantes”, mientras que los acuerdos de la otra categoría —los compromisos políticos, incluidos los memorandos de entendimiento— se clasifican como “no vinculantes” porque estos instrumentos tratan de evitar el manto del derecho. Los tratados y contratos están bien definidos en el derecho internacional y en el derecho interno, mientras que los compromisos políticos se definen con más frecuencia en contraposición a los otros dos instrumentos. En conjunto, estas definiciones parecen indicar una serie de criterios subjetivos u objetivos para identificar un acuerdo internacional y asignarlo a la categoría correcta. Sin embargo, subsisten varias cuestiones relacionadas con la forma de aplicar

²⁶³ *Temario anotado del Comité Jurídico Interamericano*, 91o período ordinario de sesiones, 7 al 16 de agosto de 2017, p. 60.

²⁶⁴ Los Estados también pueden asumir compromisos por medio de declaraciones unilaterales. Véase *Ensayos nucleares (Australia y Nueva Zelandia contra Francia)* [1974] Informe de la CIJ 267-68 [43]-[50]; Comisión de Derecho Internacional, *Principios rectores aplicables a las declaraciones unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas y los comentarios correspondientes* (2006) 58o período de sesiones, A/61/10. Sin embargo, en vista de que nuestro tema central es los “acuerdos”, he excluido las declaraciones unilaterales del ámbito del presente informe.

estos criterios y las reglas supletorias apropiadas para los casos en que no haya pruebas de la condición de un acuerdo.

A. Tratados

23. Los tratados son acuerdos internacionales de origen antiguo. En el derecho internacional, un tratado por lo general se define por referencia a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969:

Para los efectos de la presente Convención: a) se entiende por “tratado” un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular²⁶⁵ [...].

Esta definición está ampliamente aceptada. La Corte Internacional de Justicia (CIJ) ha señalado que refleja el derecho internacional consuetudinario, la mayoría de los Estados la refrendan y los expertos la citan con frecuencia²⁶⁶.

24. De acuerdo con la definición contenida en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, un tratado tiene cuatro elementos básicos, a saber, a) un acuerdo internacional; b) celebrado entre Estados; c) por escrito; d) regido por el derecho internacional. Al mismo tiempo, se descarta la pertinencia de los otros dos posibles elementos: el número de instrumentos contenidos en un acuerdo y el título.

25. Para empezar, el requisito de un “acuerdo internacional” es crítico pero suele pasarse por alto. En calidad de “acuerdos,” los tratados implican necesariamente compromisos recíprocos: un intercambio entre dos o más participantes. Asimismo, el intercambio debe ser normativo, es decir, expresar una expectativa común con respecto a un comportamiento futuro. Un instrumento que se limita a describir la posición de cada participante o incluso sus “puntos de vista comunes” probablemente no reúna las condiciones para ser considerado como un tratado. Habiendo dicho esto, los tratados pueden ser unilaterales. A diferencia de la contraprestación que se exige en el derecho contractual interno de algunos Estados, para los tratados no se requiere un intercambio de compromisos. El significado del calificativo “internacional” es más difícil de discernir. Especifica los tratados como un subconjunto de los acuerdos. En otras palabras, todos los tratados son acuerdos pero no todos los acuerdos son tratados. Sin embargo, el adjetivo “internacional” no se ha entendido en el sentido de limitar los tratados a temas particulares, sino que por lo general se entiende que los tratados están relacionados con ciertos agentes y con el derecho internacional mismo, a pesar de que esos dos asuntos se abordan expresamente en la definición de la Convención²⁶⁷.

²⁶⁵ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (abierta a la firma el 23 de mayo de 1969; entró en vigor el 27 de enero de 1980) 1155 UNTS 331, art. 2(a).

²⁶⁶ Véase, por ejemplo, *Fronteras terrestres y marítimas entre el Camerún y Nigeria (El Camerún contra Nigeria; intervención de Guinea Ecuatorial)* [2002] Informe de la CIJ 249 [263]; *Texaco v. Libyan Arab Republic* (1977) 53 ILR 389, 474; Duncan B. Hollis, “A Comparative Approach to Treaty Law and Practice”, en *National Treaty Law and Practice* (DB Hollis et al., eds., Nijhoff, 2005) (en adelante “NTLP”) 9 (en una encuesta de 19 Estados, entre ellos Canadá, Chile, Colombia, México y Estados Unidos, “prácticamente todos los Estados encuestados” aceptan la definición de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados); Jan Klabbbers, *The Concept of Treaty in International Law* (Kluwer, 1996) 40; Anthony Aust, *Modern Treaty Law & Practice* (2a edición CUP, Cambridge 2007) 14; Malgosia Fitzmaurice y Olufemi Elias, *Contemporary Issues in the Law of Treaties* (Eleven Int’l Publishing, 2005) p. 6-25.

²⁶⁷ Véase H. Waldock, *Primer informe sobre el derecho relativo a los tratados* [1962] Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, volumen II, 32 artículo 1(a) (en el cual se define un “acuerdo internacional” como “todo acuerdo destinado a regirse por el derecho internacional y concluido entre dos o más Estados u otros sujetos de derecho internacional”) (énfasis añadido).

26. Segundo, más allá de un “acuerdo internacional”, en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados se define un tratado según la índole de quienes lo celebran, a saber, los Estados²⁶⁸. Es evidente, no obstante, que la Convención presenta a los Estados como ejemplo ilustrativo y no como la única categoría de suscriptores de tratados. Como se indica claramente en el artículo 3 de la Convención, “otros sujetos de derecho internacional” podrían tener capacidad para celebrar tratados²⁶⁹. ¿Quiénes son estos “otros sujetos”? Las organizaciones internacionales son los candidatos más obvios y en la práctica se reconoce ampliamente su capacidad para celebrar tratados²⁷⁰. Sin embargo, otros agentes no estatales, además de las organizaciones internacionales, han celebrado tratados, entre ellos territorios de ultramar, grupos insurgentes y —se podría argumentar incluso— particulares (en el contexto de arbitrajes entre inversionistas y Estados). A continuación presento un análisis de la capacidad específica de los organismos gubernamentales, los ministerios y las unidades subnacionales, como una provincia o municipio, para celebrar tratados.

27. Tercero, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados indica que un tratado debe celebrarse por escrito. En otras palabras, debe haber una constancia permanente y legible del acuerdo. La forma de escritura no parece importar. En la práctica, los Estados no han exigido la firma o publicación de tratados. En el artículo 3 de la Convención también se reconoce que puede haber tratados que no se celebren por escrito²⁷¹. Por lo tanto, en teoría subsiste la posibilidad de que los Estados celebren tratados verbales, aunque son muy raros en la práctica²⁷². Asimismo, es posible que el derecho interno de algunos Estados Miembros impida que el Estado celebre tratados de ese tipo aunque estén permitidos en el derecho internacional²⁷³.

28. No cabe duda de que el elemento más importante (y el más controvertido) de un tratado es el cuarto: el requisito de que esté “regido por el derecho internacional”. Si surgen dudas acerca de si un texto particular constituye un tratado, este es casi siempre el criterio que se debate. La razón radica en la ambigüedad con respecto a si este criterio puede satisfacerse con pruebas objetivas o subjetivas. La Comisión de Derecho Internacional, de las Naciones Unidas, favorece el uso de una prueba subjetiva —las intenciones de los negociadores del acuerdo— para determinar

²⁶⁸ Un tratado por lo general se considera “celebrado” cuando las partes adoptan el texto o se abre a la firma.

²⁶⁹ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, artículo 3 (“El hecho de que la presente Convención no se aplique ni a los acuerdos internacionales celebrados entre Estados y otros sujetos de derecho internacional [...] no afectará: a) al valor jurídico de tales acuerdos”).

²⁷⁰ Véase, por ejemplo, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales (adoptado el 21 de marzo de 1986, todavía no ha entrado en vigor) [1986] 25 ILM 543.

²⁷¹ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, artículo 3 (“El hecho de que la presente Convención no se aplique ni a los acuerdos internacionales celebrados entre Estados y otros sujetos de derecho internacional [...] no afectará: [...] b) a la aplicación a los mismos de cualquiera de las normas enunciadas en la presente Convención a que estuvieren sometidos en virtud del derecho internacional independientemente de esta Convención”).

²⁷² Una ley de Estados Unidos, por ejemplo, prevé la existencia de acuerdos internacionales verbales, con la condición de que un instrumento de ese tipo se plasme por escrito con prontitud. Véase la Ley Case-Zablocki, 1 USC §112b.

²⁷³ Véase, por ejemplo, Germán Cavalier, *National Treaty Law & Practice: Colombia*, en NTL, *supra*, nota 266, en 196 (“En asuntos internacionales, el Estado colombiano y sus dependencias no están obligados por acuerdos verbales porque los ciudadanos y los funcionarios públicos no están obligados a observar reglas que no hayan sido promulgadas debidamente en forma impresa en la Gaceta Oficial”).

su condición de tratado²⁷⁴. En la actualidad, muchos Estados y expertos parecen encarar esta condición de manera análoga, suponiendo que el requisito de que los participantes tengan la intención de crear un tratado quede subsumido en el criterio de “regido por el derecho internacional”. Desde este punto de vista, si las partes calificadas tienen la intención de que su acuerdo sea un tratado, será un tratado; si no tienen esta intención (o si positivamente tienen la intención de *no* crear un tratado), se le negará al acuerdo la condición de tratado.

29. A pesar de este énfasis tan generalizado, la prueba de la intención no está desprovista de controversias. Como señalara una vez Roberto Ago, hay sólidos argumentos en el sentido de que los acuerdos sobre ciertos temas (por ejemplo, límites territoriales) deberían ser tratados independientemente de la intención de las partes²⁷⁵. Asimismo, en varios casos la Corte Internacional de Justicia (CIJ) hizo caso omiso de las pruebas de la intención de las partes al asignar la condición de tratado a un instrumento. En *Qatar contra Bahrein*, la Corte llegó a la conclusión de que las partes habían suscrito un acuerdo jurídicamente vinculante mediante el cual aceptaban la competencia de la Corte, a pesar de las protestas del Ministro de Relaciones Exteriores de Bahrein en el sentido de que esa no había sido su intención²⁷⁶. La Corte basó la existencia del acuerdo en los “términos del instrumento en sí y las circunstancias de su celebración, no en una intención manifestada por las partes *a posteriori*”²⁷⁷. Por consiguiente, pueden invocarse como mínimo el marco y el contenido de un instrumento como mejor prueba de las intenciones “manifiestas” de los participantes que las declaraciones que hagan posteriormente con respecto a su intención. También se podría dar un paso más e interpretar el fallo de la Corte en el sentido de que un instrumento podría considerarse como un tratado si su estructura y texto indican objetivamente dicha condición independientemente de la intención.

30. La definición de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados también contiene aclaraciones útiles de ciertos criterios que no deben ser determinantes de la condición de tratado. Aclara, por ejemplo, que la existencia de un tratado no depende del número de

²⁷⁴ Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, Segundo período de sesiones, *Actas resumidas de las sesiones plenarias*, A/CONF.39/11, Add.1, 225 [13] (El Comité de Redacción “ha considerado que la expresión « acuerdo ... regido por el derecho internacional » [...] ya abarca el elemento de la intención de crear derechos y obligaciones en derecho internacional”); [1966] Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, volumen II, 189 [6] (la Comisión de Derecho Internacional “llegó a la conclusión de que, en la medida en que sea pertinente, el elemento de la intención queda comprendido en la frase « regido por el derecho internacional », y decidió no mencionarlo en la definición).

²⁷⁵ Véase [1962] Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, volumen I, 52 [19] (en el cual se resiste a la idea de que los Estados siempre podrían elegir entre diversos ordenamientos jurídicos, ya que el derecho internacional podría considerar los acuerdos sobre ciertos temas, como límites o mares territoriales, como tratados independientemente de la intención de los Estados partes).

²⁷⁶ *Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein (Qatar contra Bahrein)* (competencia y admisibilidad) [1994] Informe de la CIJ 112 [27]. Sin embargo, el razonamiento que sustenta la decisión de la Corte sigue siendo controvertido. Los expertos debaten si la CIJ a) estaba dando efecto a las intenciones manifestadas por las partes en el texto en vez de dar efecto a declaraciones posteriores en contrario, b) estaba adoptando un enfoque objetivo de la identificación de un tratado, o c) estaba formulando una regla *sui generis* para los acuerdos que aceptaran la jurisdicción de la Corte. Véase Duncan B. Hollis, “Defining Treaties”, en *The Oxford Guide to Treaties* (DB Hollis, ed., OUP, 2012) 28 (en el cual se examinan opiniones en pugna de Aust, Klabbbers, Chinkin, Fitzmaurice y Elias).

²⁷⁷ *Qatar contra Bahrein*, 1994 Informe de la CIJ en [27]. En el caso de la plataforma continental del Mar Egeo, la CIJ no encontró la intención de someter una controversia a la Corte en el acuerdo presentado, aunque no resultó claro si la Corte razonó que el texto no era jurídicamente vinculante o si su ámbito no daba lugar a la jurisdicción de la CIJ sobre los hechos presentados. *Compárese* Aust, *supra*, nota 266, en 51-2, *con* Christine Chinkin, “A Mirage in the Sand? Distinguishing Binding and Non-Binding Relations Between States” 10 *Leiden J. Int'l L.* 223, 234 (1997).

instrumentos utilizados. Un tratado puede consistir en un texto sencillo o en una serie de instrumentos. El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), por ejemplo, consiste en un acuerdo original y una serie de notas subsiguientes, firmadas el 8, 11, 14 y 17 de diciembre de 1992²⁷⁸. Entretanto, aunque la denominación de un texto (es decir, su título) podría facilitar su clasificación, no es un factor determinante. Los tratados tienen toda clase de títulos, entre ellos acta acordada, carta, convención, pacto, declaración, memorando de acuerdo, memorando de entendimiento, nota verbal, protocolo, estatuto y, por supuesto, tratado. Al mismo tiempo, algunos de estos títulos (especialmente “memorando de entendimiento”) se usan en compromisos políticos. En consecuencia, es importante no suponer que un instrumento tiene la condición de tratado (o no la tiene) sobre la base de su título.

B. Compromisos políticos

31. Durante su trabajo preparatorio sobre el derecho de los tratados, la Comisión de Derecho Internacional tuvo cuidado de excluir del concepto de tratado los acuerdos que no están regidos por el derecho²⁷⁹. En la actualidad, esos acuerdos se denominan “compromisos políticos”. Son acuerdos entre Estados (o entre agentes internacionales en términos más generales) cuya finalidad es plasmar compromisos que no son de índole jurídica sino exclusivamente política o moral. Por lo tanto, establecen expectativas normativas con respecto al comportamiento futuro de los participantes pero invocan relaciones morales o políticas, en vez del derecho, como base para toda obligación. En consecuencia, los compromisos políticos existen en contraposición a la índole “vinculante” de los tratados y contratos y abarcan acuerdos que no están comprendidos en el cuerpo del derecho, sea internacional o interno.

32. En comparación con los tratados, los compromisos políticos son una categoría de acuerdos relativamente nueva que se reconoció por primera vez en los “acuerdos de caballeros” de fines del siglo XIX y principios del siglo XX²⁸⁰. Estos compromisos han adquirido mayor visibilidad con el tiempo, desde el Comunicado de Shanghai y los Acuerdos de Helsinki hasta textos más recientes como el “trato con Irán” sobre la no proliferación nuclear²⁸¹. En la actualidad hay indicios crecientes de que, en muchas circunstancias, los Estados prefieren contraer compromisos políticos en vez de celebrar tratados²⁸². Ceden la credibilidad que acompaña a un tratado a cambio de la flexibilidad de los compromisos políticos, que por lo general pueden celebrarse, enmendarse y abandonarse con más rapidez que los tratados. Aunque en el fondo pueden abordar asuntos tan importantes (o tan insustanciales) como el texto de un tratado, los

²⁷⁸ TLCAN (Canadá-México-Estados Unidos) (firmado el 8, 11, 14 y 17 de diciembre de 1992, entró en vigor el 1 de enero de 1994) [1993] 32 ILM 296 y [1993] 32 ILM 605.

²⁷⁹ Véase, por ejemplo, [1959] Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, volumen II, 96-97 [8] (“no se considerarán como tratados los instrumentos que, aunque tengan apariencia de tratados, no contengan sino declaraciones de principio o exposiciones de orden político, o expresiones de opinión o « vœux »”); sin embargo, los intentos de explicitar esta distinción en la Conferencia de Viena fueron infructuosos. Conferencia de las Naciones Unidas, segundo período de sesiones, *supra*, nota 274, en [13], [21]-[22].

²⁸⁰ Sin embargo, la práctica histórica de tratados “personales”, garantías y acuerdos informales parece indicar que los compromisos políticos tienen un origen más antiguo. Véanse Hugo Grotius, *The Rights of War and Peace* 167 (K. Haakonssen & R. Tuck, eds., Liberty 2005) (1626); Emerich de Vattel, *The Law of Nations* §§ 209-11.

²⁸¹ *Joint Comprehensive Plan of Action among China, France, Germany, Iran, Russian Federation, United Kingdom and United States* (14 de julio de 2015), en <http://www.state.gov/e/eb/tfs/spi/iran/jcpoa/>; *The Final Act of the Conference on Security and Cooperation in Europe*, 73 Dep’t. St. Bull. 323 (1975); U.S.-China Joint Communiqué, 66 Dep’t. St. Bull. 435 (1972).

²⁸² Véase Joost Pauweln, Ramses Wessel y Jan Wouters, eds., *Informal International Law-Making* (OUP, 2012).

compromisos políticos generalmente no están supeditados a procedimientos de aprobación internos y no requieren publicación, de modo que pueden mantenerse confidenciales si eso es lo que se desea.

33. Igual que los tratados, los compromisos políticos pueden tener distintos nombres, entre ellos “memorando de entendimiento”, título que se usa regularmente en los países del Commonwealth para denominar un compromiso político. Sin embargo, aquí yo uso la frase “compromiso político” porque hay ejemplos de instrumentos de ese tipo que no se titulan “memorando de entendimiento”. No obstante, como se señaló en el análisis de la definición de tratado, también hay tratados que se titulan “memorando de entendimiento”.

34. Evidentemente, varios Estados Miembros de la OEA, entre ellos Canadá y Estados Unidos, acostumbran contraer compromisos políticos²⁸³. Sin embargo, debido a la falta de procedimientos internos para catalogar estos acuerdos es difícil determinar cabalmente la profundidad y el alcance de esta costumbre. Tampoco resulta claro si otros Estados Miembros de la OEA contraen compromisos políticos y con qué frecuencia. Podríamos suponer que, además de Canadá, los once Estados Miembros de la OEA que integran el *Commonwealth* lo hacen, pero se trata solo de una suposición. Asimismo, aunque de la reunión de octubre de 2016 con los asesores jurídicos se infiere que algunos de los demás Estados Miembros de la OEA conocen los compromisos políticos (especialmente los memorandos de entendimiento), no tenemos ni datos empíricos ni declaraciones formales de Estados Miembros sobre su opinión acerca de este fenómeno.

35. ¿Qué hace que un acuerdo sea un compromiso político? Igual que los tratados, los compromisos políticos requieren alguna forma de reciprocidad y una expectativa común con respecto al comportamiento futuro. Sin embargo, la intención manifiesta, a diferencia de su papel controvertido en el contexto de los tratados, pasa a primer plano en la definición del compromiso político. Los Estados parecen suponer que pueden crear un compromiso político expresando positivamente la intención de hacerlo o dejando en claro que su acuerdo no se propone dar lugar a derechos y obligaciones en el ámbito del derecho internacional.

C. Contratos

36. La existencia de un acuerdo internacional vinculante podría impedir que el acuerdo se considere como un compromiso político, pero no siempre ese acuerdo constituirá un tratado. En su obra sobre los tratados, la Comisión de Derecho Internacional recalcó que los Estados (y supuestamente las organizaciones internacionales y otros sujetos de derecho internacional) pueden elegir otros ordenamientos jurídicos, además del derecho internacional, para regir la formación, la aplicación y la interpretación de un acuerdo²⁸⁴. Por lo tanto, los contratos celebrados de conformidad con el derecho interno de uno o más Estados constituyen una alternativa frente a la celebración de tratados. En esos casos, el acuerdo se rige exclusivamente por el derecho interno (digo “exclusivamente” para tener en cuenta el hecho de que muchos tratados tienen validez jurídica de conformidad tanto con el derecho interno como con el derecho internacional).

37. Por lo menos en algunos Estados Miembros de la OEA se acostumbra celebrar contratos entre organismos gubernamentales. Estados Unidos, por ejemplo, tiene un régimen

²⁸³ Véanse Duncan B. Hollis y Joshua Newcomer, “‘Political’ Commitments and the Constitution”, 49 *Va J. Int’l L.* 507 (2009) (con ejemplos de la práctica en Estados Unidos); Maurice Copithorne, “National Treaty Law & Practice: Canada”, en NTLP, *supra*, nota 266, en 91, 92-93 (donde se señala, con respecto a los memorandos de entendimiento canadienses, que Canadá “ha considerado tradicionalmente que tales documentos no crean una relación jurídica”).

²⁸⁴ Véase [1966] Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, volumen II, 189 [6].

jurídico interno completo para los contratos de ventas militares al exterior, mientras que el derecho colombiano “reconoce y reglamenta la adopción, la aprobación y el efecto de los contratos celebrados por el Gobierno de Colombia con organismos gubernamentales extranjeros”, incluida la posibilidad de que el derecho de otro país rija en ciertos contextos²⁸⁵.

D. ¿Cómo distinguir entre tratados, contratos y compromisos políticos?

38. ¿Cómo pueden los Estados determinar si un acuerdo internacional es un tratado, un compromiso político o un contrato? Con ese fin, propongo un proceso de dos pasos. Primero debemos determinar si el texto es vinculante o no es vinculante. Si no es vinculante, es un acuerdo político, pero si es vinculante se necesita un segundo paso para determinar si el instrumento es un tratado o un contrato.

39. Para determinar si un acuerdo es vinculante (o no), podríamos refrendar y utilizar la prueba de la intención, es decir, buscar manifestaciones de las intenciones comunes de los Estados en el texto o en las circunstancias en que se haya celebrado el acuerdo. En algunos casos, los Estados evitan esta averiguación incluyendo una cláusula expresa para indicar si consideran que el acuerdo es vinculante o no vinculante. Los tratados por lo general no contienen expresiones de intención de ese tipo, pero los contratos y los compromisos políticos a veces contienen tales expresiones. Por ejemplo, en un acuerdo celebrado en 1998 entre la Administración Nacional de Aeronáutica y del Espacio (NASA), de Estados Unidos, y la Agencia Espacial Brasileña (AEB) se indica lo siguiente en el artículo 9.0:

Por el presente, las Partes designan las leyes federales de Estados Unidos para regir el presente Acuerdo con cualquier fin, incluida la determinación de la validez de este Acuerdo, el significado de sus disposiciones y los derechos, las obligaciones y los recursos de las Partes [...]²⁸⁶.

En un memorando de entendimiento celebrado en 2008 entre el Departamento del Interior de Estados Unidos y Medio Ambiente Canadá sobre las poblaciones compartidas de osos polares se señala: “El presente memorando de entendimiento no es jurídicamente vinculante y no crea obligaciones jurídicamente vinculantes para los Participantes”²⁸⁷. En cambio, el Documento de la Conferencia de Estocolmo sobre medidas destinadas a fomentar la confianza y la seguridad y sobre desarme en Europa, emanado de la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa de 1986, dice: “Las medidas adoptadas en este documento son políticamente vinculantes y entrarán en vigor a partir del 1 de enero de 1987”²⁸⁸.

40. En otros casos podrían encontrarse indicaciones de la intención en las palabras concretas utilizadas. En inglés, por ejemplo, el uso del auxiliar verbal “shall” casi siempre significa la intención de crear derechos u obligaciones jurídicos. En cambio, el auxiliar “should” expresa con

²⁸⁵ Véase el programa de Estados Unidos de ventas militares al exterior en <http://www.dsca.mil/programs/foreign-military-sales-fms>; Cavalier, *supra*, nota 273, en 196 (donde se cita la Ley 80 de 1993, art. 13). Canadá también reconoce que los Estados pueden elegir entre un tratado y un contrato para reglamentar los tratos de ventas interestatales o los arrendamientos de tierras. Copithorne, *supra*, nota 283, en 93.

²⁸⁶ *Agreement between the U.S. National Aeronautics and Space Administration (NASA) and the Brazilian Space Agency (AEB) on Training of NA AEB Mission Specialist* (19 de noviembre de 1998). Se encuentra en <http://www.aeb.gov.br/wp-content/uploads/2012/09/AcordoEUA1998-2.pdf>. Sin embargo, sigue pendiente la cuestión de qué ocurre si el derecho interno seleccionado no reconoce el acuerdo como contrato.

²⁸⁷ *Memorandum of Understanding between Environment Canada and the US Department of the Interior for the Conservation and Management of Shared Polar Bear Populations* (2008), en http://graphics8.nytimes.com/packages/pdf/national/20080515polar_memo.pdf.

²⁸⁸ Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa (CSCE), Documento de la Conferencia de Estocolmo sobre medidas destinadas a fomentar la confianza y la seguridad y sobre desarme en Europa (1986) [1987] 26 ILM 190, [101].

la misma frecuencia una preferencia que no implica ningún compromiso vinculante. En la práctica, hay muchas palabras y frases que se usan en tratados (por ejemplo, “artículo”, “acuerdan”, “auténtico”, “otorgado en”, “entrará en vigor”, “obligaciones”, “partes”) y que los negociadores avezados tratan de no usar cuando tienen la intención de contraer un compromiso político no vinculante. Con el tiempo, ciertas palabras y frases se han vuelto comunes en los compromisos políticos para expresar la intención de que el instrumento no sea vinculante. Por ejemplo, en vez de “partes” del tratado, en los compromisos políticos con frecuencia se habla de “participantes”; en vez de “entrar en vigor”, un compromiso político “surtirá efecto”; y en vez de “artículos”, los compromisos políticos podrían tener “párrafos”²⁸⁹.

41. Además de la terminología, hay otros aspectos de un acuerdo que pueden ofrecer indicios de las intenciones de los autores.

- Tanto los tratados como los compromisos políticos posiblemente contengan disposiciones relativas a la solución de controversias, pero la solución de controversias obligatoria por terceros por lo general es una señal de un tratado.
- Los tratados suelen contener disposiciones complejas para manifestar el consentimiento en obligarse (por lo general una cláusula específica que ofrece opciones tales como la firma definitiva, la firma sencilla seguida de la ratificación, la adhesión, la aceptación o la aprobación) que no se usan en un compromiso político. De hecho, aunque muchos compromisos políticos se firman, otros obvian la firma y el texto simplemente se da a conocer a la prensa o se publica por otros medios.
- Si se designa un depositario del acuerdo o si hay disposiciones relativas a su registro en las Naciones Unidas (de conformidad con lo dispuesto en el artículo 102 de la Carta), eso indica la intención de crear un tratado²⁹⁰.
- Los tratados por lo general contienen requisitos con respecto a avisos para la terminación o el retiro (por ejemplo, aviso por escrito con seis o doce meses de anticipación). En cambio, un compromiso político, como no es vinculante, podría tener una disposición que permita el retiro inmediato de un participante. No obstante, hay que tener cuidado, ya que en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados se reconoce la posibilidad de que un tratado no contenga una cláusula de retiro o terminación y se establecen normas supletorias para esos casos²⁹¹.

Estas prácticas deben entenderse como directrices, más que como reglas fijas. Hay ejemplos en que los Estados tienen la intención de crear un compromiso político pero aun así usan un lenguaje propio de los tratados (véase, por ejemplo, la referencia a la “entrada en vigor” en el documento de 1986 de la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa citado anteriormente). Por consiguiente, es aconsejable realizar una indagación completa, es decir, examinar el acuerdo en su totalidad y las circunstancias de su celebración para determinar la intención manifiesta de los autores.

42. Algunos acuerdos contienen una combinación de disposiciones claramente vinculantes y disposiciones claramente no vinculantes. En esos casos, debe considerarse que el acuerdo es vinculante, porque un compromiso político no puede, por definición, contener partes que sean

²⁸⁹ Véase una explicación más completa de la práctica desde el punto de vista del Reino Unido en Aust, *supra*, nota 266.

²⁹⁰ Nótese, sin embargo, que el hecho de registrar un acuerdo en las Naciones Unidas no es un factor determinante de su condición. Aunque la Carta parece indicar que los tratados que no estén registrados no pueden invocarse ante las Naciones Unidas o sus órganos, la CIJ no ha hecho mucho (si es que ha hecho algo) para exigir el cumplimiento de esa condición. Véase *Qatar contra Bahrein*, 1994 Informe de la CIJ en [17]-[29].

²⁹¹ Véase Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 56.

vinculantes. La práctica de los Estados parece corroborarlo. Considérese, por ejemplo, el Acuerdo de París sobre el Cambio Climático, tratado famoso por el uso del auxiliar “should” para definir la obligación central de las partes de establecer metas para la reducción de las emisiones en toda la economía mientras que para otras disposiciones sobre reuniones futuras e informes se usa el auxiliar “shall”²⁹². En otras palabras, los tratados pueden contener disposiciones que las partes no tienen la intención de que sean vinculantes junto a otras disposiciones que las partes sí tienen la intención de que sean vinculantes. Por supuesto, esta posibilidad complica toda aplicación de la prueba de la intención, ya que plantea la necesidad de evaluar la intención en cada disposición.

43. Lamentablemente, en la práctica de los Estados se observa que, en algunos casos, los negociadores no abordan (o intencionalmente evitan abordar) la clase de acuerdo que tienen la intención de celebrar. Eso puede dar lugar a controversias. Por ejemplo, durante muchos años, el Reino Unido y otros Estados del Commonwealth, como Canadá, usaban el auxiliar verbal “will” para expresar la intención de crear un acuerdo no vinculante, mientras que Estados Unidos insistía en que “will” podía indicar un acuerdo vinculante en el contexto apropiado. Eso llevó a Estados Unidos a considerar como tratados varios memorandos de entendimiento en el ámbito de la defensa que las otras partes (Australia, Canadá y el Reino Unido) consideraban como no vinculantes. La situación causó grandes tensiones entre los Estados del caso, en particular para Estados Unidos, ya que su derecho interno requería que esos acuerdos fuesen tratados. A la larga, las partes celebraron tratados “introductorios” nuevos que aclaraban el carácter vinculante de los compromisos contraídos²⁹³.

44. Tales controversias, combinadas con la posibilidad de que incluso un análisis exhaustivo no sea concluyente, indican la necesidad de una suposición supletoria. Cuando los Estados celebran un acuerdo sin manifestar explícitamente la intención de que sea vinculante o no vinculante, podrían presuponer su carácter vinculante o podrían presuponer que tales acuerdos son compromisos políticos. En cualquiera de los dos casos, la presunción podría superarse con pruebas compensatorias. Por consiguiente, el Comité podría considerar la posibilidad de apoyar una regla supletoria a la cual los Estados y otros agentes puedan recurrir para ayudar a resolver en parte la confusión que reina en la práctica actual.

45. Suponiendo que un acuerdo sea vinculante, ¿cómo determinamos si las partes tenían la intención de crear un tratado o un contrato? Igual que en el primer paso, en este segundo paso podría ser necesario prestar atención a las intenciones de las partes. Como ya se dijo, los Estados que quieren celebrar un contrato pueden especificarlo al designar el ordenamiento jurídico (interno) que regirá el acuerdo. Sin embargo, surgen problemas cuando el texto guarda silencio²⁹⁴. Cuando dos Estados celebran lo que parece ser un acuerdo vinculante, ¿la presunción es que constituye un tratado o un contrato? La opinión mayoritaria parece ser que, ante la falta de una intención

²⁹² Compárese Naciones Unidas, Convención Marco sobre el Cambio Climático, Aprobación del Acuerdo de París, FCCC/CP/2015/L.9, 12 de diciembre de 2015, art. 4.4, con los arts. 4.9 y 4.12. La condición de tratado prevista para el Acuerdo de París es evidente también en la presencia de cláusulas sobre consentimiento, entrada en vigor y retiro o terminación.

²⁹³ J McNeill, “International Agreements: Recent US-UK Practice Concerning the Memorandum of Understanding”, 88 *Am. J. Int’l L.* 821 (1994).

²⁹⁴ Podrían surgir otros problemas si el ordenamiento jurídico interno no reconoce la validez del contrato. Asimismo, pueden surgir cuestiones de derecho internacional privado si no resulta claro si los Estados que están optando por un ordenamiento interno particular están seleccionando solo sus disposiciones de fondo o si también tienen la intención de seleccionar sus disposiciones relativas a conflictos entre normas correspondientes a diversos sistemas jurídicos.

manifiesta en contrario, el acuerdo será un tratado por defecto²⁹⁵. Sin embargo, puede haber acuerdos “híbridos” que por lo general se rigen por el derecho internacional pero que tienen ciertos aspectos específicos que se rigen por el derecho interno²⁹⁶.

46. Por supuesto, no es seguro que la prueba de la intención manifiesta vaya a aplicarse universalmente para distinguir los acuerdos vinculantes de los no vinculantes y menos todavía los tratados de los contratos. Como parece indicar el caso de *Qatar contra Bahrein*, hay quienes propugnan una prueba más objetiva para determinar la condición de un tratado, ya sea sobre la base de su contenido específico o del contexto de su celebración²⁹⁷. Existe también la posibilidad de que el derecho interno reconozca la existencia de un contrato “de hecho” o “de derecho” independientemente de las intenciones de las partes. Hasta ahora no hemos visto ninguna corte o tribunal internacional que desestimara las intenciones de las partes expresadas en el acuerdo mismo. Aun así, la posibilidad de usar pruebas en pugna para distinguir entre tipos de acuerdos parece indicar que podría haber margen para que el Comité presente sus puntos de vista sobre un enfoque preferido como principio general o como práctica óptima.

II. Capacidad: ¿Quiénes pueden celebrar acuerdos internacionales?

A. La capacidad para celebrar tratados: organismos gubernamentales y unidades subnacionales

47. En la sentencia de 1923 de la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso del vapor *Wimbledon* se describe la celebración de tratados como “un atributo de la soberanía del Estado”²⁹⁸. En consecuencia, los Estados tienen claramente capacidad para celebrar tratados. Sin embargo, el derecho internacional es menos claro en lo que respecta a quién puede representar a un Estado o actuar como agente del Estado en la celebración de tratados. La práctica de los Estados parece indicar que los ministerios nacionales (también conocidos como organismos gubernamentales) pueden hacerlo. Fuera de la región de la OEA, Estados como Alemania, Austria, China, India y Rusia acostumbran celebrar tratados en tres niveles: entre Estados, entre gobiernos y entre organismos²⁹⁹. Otros Estados, como Canadá, Estados Unidos, Suiza y el Reino Unido, autorizan a sus organismos gubernamentales a celebrar acuerdos internacionales que reconocen como tratados³⁰⁰. Al mismo tiempo, Estados como Egipto y Sudáfrica al parecer deniegan a sus organismos gubernamentales la capacidad para celebrar tratados, mientras que otros Estados, como Japón e Israel, los permiten solo si están debidamente autorizados por tratados vigentes o por el derecho interno³⁰¹.

²⁹⁵ El profesor Jan Klabbers dedicó un libro entero a la fundamentación de esta presunción. Véase Klabbers, *supra*, nota 266. Para otros que están a favor, véanse Anthony Aust, “The Theory & Practice of Informal International Instruments”, 35 *Int’l & Comp. L. Q.* 787, 798 (1986); K Widdows, “What is an Agreement in International Law”, 50 *Brit. Ybk Int’l L.* 117, 142 (1979); Hersch Lauterpacht, *Segundo informe sobre el derecho de los tratados*, [1954] Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, volumen II, 125. Otros expertos indican que la presunción debería ir en el sentido contrario (es decir, que no se ha celebrado un tratado en ausencia de una intención claramente manifiesta de hacerlo). Véase Oscar Schachter, “The Twilight Existence of Nonbinding International Agreements” 71 *Am. J. Int’l L.* 296, 297 (1977); JES Fawcett, “The Legal Character of International Agreements” 30 *Brit. Ybk Int’l L.* 381, 400 (1953).

²⁹⁶ Véase Paul Reuter, *Tercer informe sobre la cuestión de los tratados celebrados entre Estados y organizaciones internacionales o entre dos o más organizaciones internacionales* [1974] Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, volumen II (1), 139.

²⁹⁷ Véase *supra*, nota 276-277 y el texto acompañante.

²⁹⁸ *Wimbledon* [1923] Corte Permanente de Justicia Internacional, Ser. A, No. 1, en 25 (28 de junio).

²⁹⁹ Hollis, *supra*, nota 266, en 17.

³⁰⁰ *Íd.*

³⁰¹ *Íd.*

48. Por lo tanto, en la práctica actual, los Estados parecen reconocer que los organismos gubernamentales tienen capacidad para celebrar tratados solo en la medida en que el Estado del cual dependa el organismo reconozca dicha capacidad. En esas circunstancias, la celebración de tratados supuestamente requeriría el consentimiento de cualquier posible parte en el tratado. Por ejemplo, los Estados que no reconocen la capacidad de sus propios organismos para celebrar tratados podrían negarse a suscribir un tratado con un organismo gubernamental extranjero a pesar de que este organismo cuente con la autorización del gobierno del cual depende (en esos casos generalmente se celebra en cambio un tratado intergubernamental). La práctica de los Estados en conjunto parece indicar que el derecho internacional permite la celebración de tratados entre organismos en los casos en que haya tanto una autorización “interna” del Estado del cual el organismo dependa así como el consentimiento “externo” de las otras partes en el tratado.

49. Sin embargo, esta regla tiene varias salvedades. Para empezar, la práctica de los Estados que hemos estudiado es limitada. Particularmente entre los Estados Miembros de la OEA, no resulta claro qué Estados autorizan la celebración de tratados entre organismos y cuáles la impiden. Sería conveniente aclarar la posición y la práctica de los Estados Miembros antes que el Comité elabore principios generales o prácticas óptimas.

50. Segundo, no resulta claro si el derecho internacional aceptará por completo la opinión del Estado autorizante. Por ejemplo, el derecho internacional tradicionalmente ha atribuido responsabilidad jurídica al Estado incluso cuando el acuerdo es celebrado por uno de sus organismos. Sin embargo, varios Estados han autorizado a sus organismos a celebrar acuerdos internacionales con la condición de que tales acuerdos sean vinculantes solo para el organismo y no para el Estado en conjunto³⁰². México, por ejemplo, promulgó la Ley sobre la Celebración de Tratados, mediante la cual se autoriza el “acuerdo interinstitucional”, que se define de la siguiente manera:

el convenio regido por el derecho internacional público, celebrado por escrito entre cualquier dependencia u organismo descentralizado de la Administración Pública Federal, Estatal o Municipal y uno o varios órganos gubernamentales extranjeros u organizaciones internacionales, cualquiera que sea su denominación, sea que derive o no de un tratado previamente aprobado.

Estos acuerdos interinstitucionales están autorizados solo dentro del ámbito de actividad del organismo y, lo que es más importante, México los considera “vinculantes solo para dichos organismos que los han celebrado, y no para la federación”³⁰³. Sin embargo, no resulta claro si el derecho internacional permite que México limite el carácter vinculante del acuerdo, y menos todavía la responsabilidad jurídica, al organismo solamente. Por consiguiente, el derecho internacional podría limitar de manera independiente *la forma* en que un Estado puede autorizar la celebración de tratados entre organismos.

51. Tercero, surge otro problema cuando el derecho interno no autoriza los acuerdos entre organismos. No resulta claro cómo considera el derecho internacional estos acuerdos “extraconstitucionales”. Si se los considera a la par de los esfuerzos para asociar el carácter vinculante al organismo solamente, los acuerdos no autorizados entre organismos podrían indicar que estas entidades están operando no tanto como agentes del Estado sino como “otros sujetos” de derecho internacional por sí mismos. Actualmente hay poca información sobre cuán extendida está

³⁰² Francia permite que las dependencias gubernamentales celebren acuerdos, denominados *arrangements administratifs*, con sus contrapartes. Estos acuerdos están autorizados dentro del ámbito de actividad de los organismos y “no obligan al Estado sino solo a la dependencia signataria”. Pierre Michel Eiesmann y Raphaël Rivier, “National Treaty Law & Practice: France”, en NTLP, *supra*, nota 266, en 254-5.

³⁰³ Luis Miguel Díaz, “National Treaty Law & Practice: Mexico”, en NTLP, *supra*, nota 266, en 450.

la práctica de los acuerdos no autorizados entre organismos, de modo que es difícil juzgar sus implicaciones.

52. Un conjunto similar de cuestiones rodea la capacidad para celebrar tratados que tienen las unidades subnacionales, entre ellas los estados federales, las provincias, los municipios y las entidades territoriales semiautónomas, todas las cuales dependen jurídicamente de un Estado soberano o están asociadas al mismo³⁰⁴. Igual que ocurre con los acuerdos entre organismos, el derecho internacional ha favorecido durante mucho tiempo dos requisitos previos para la celebración de tratados subnacionales: 1) el consentimiento del Estado responsable por la unidad subnacional; y 2) la voluntad de las partes en el tratado de aceptar la capacidad de la unidad subnacional para celebrar tratados³⁰⁵. El primer elemento generalmente es el más importante porque la voluntad de la parte de suscribir un tratado se desprende de la existencia del tratado o de una disposición en la que consienta en la futura celebración de tratados subnacionales³⁰⁶. Asimismo, varios Estados parecen restringir la celebración de tratados subnacionales. Por ejemplo, el artículo 126 de la Constitución de la Nación Argentina dice: “Las provincias no ejercen el poder delegado a la Nación. No pueden celebrar tratados parciales de carácter político”³⁰⁷.

53. En los casos en que los Estados autorizan la celebración de tratados subnacionales, dicha autorización puede ser *ad hoc* o general. En 1981, Canadá autorizó a Quebec a celebrar un tratado por separado con Estados Unidos sobre los pagos de pensiones como parte de su propio tratado con Estados Unidos³⁰⁸. Por su parte, Estados Unidos procedió de manera similar a delegar esa atribución cuando autorizó a Puerto Rico a incorporarse al Banco de Desarrollo del Caribe en 1986³⁰⁹. En otros casos, la autorización es más categórica. La Ley sobre la Celebración de Tratados decretada en México en 1991 que se mencionó anteriormente autoriza la celebración de acuerdos interinstitucionales entre dependencias u organismos de la administración pública estatal o municipal además de las dependencias u organismos de la administración pública federal. Entretanto, la Constitución de los Estados Unidos autoriza a los estados a celebrar “convenios o pactos” con potencias extranjeras siempre que el Congreso de los Estados Unidos dé su

³⁰⁴ Aquí me concentro en la capacidad de la unidad subnacional para celebrar tratados en nombre propio. En algunos ordenamientos jurídicos internos, la unidad subnacional puede desempeñar un papel importante también en la celebración de tratados nacionales. Véase, por ejemplo, J.G. Brouwer, “National Treaty Law & Practice: The Netherlands”, en NTLP, *supra*, nota 266, en 497 (donde se describe el papel de las Antillas Neerlandesas y de Aruba en los tratados holandeses); Copithorne, *supra*, nota 266, en 97-98 (donde se describe el papel de las provincias en los tratados canadienses).

³⁰⁵ Oliver J. Lissitzyn, *Territorial Entities in the Law of Treaties*, III *Recueil des Cours* 66-71, 84 (1968); [1966] Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, volumen II, 172, 191, A/CN.4/SER.A/1966/Add.1 (en el borrador del artículo 5.2 redactado por la Comisión de Derecho Internacional se reconocía que los miembros de una unión federal podían tener capacidad para celebrar tratados).

³⁰⁶ Para ejemplos de tratados con cláusulas que invitan a la participación subnacional, véanse el Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, 15 de abril de 1994, art. XII, 1867 U.N.T.S. 3, 162, y la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, abierto a la firma el 10 de diciembre de 1982, arts. 305(1)(c)-(e), 306, 1833 U.N.T.S. 396, 517-18.

³⁰⁷ Constitución de la Nación Argentina. Se encuentra en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>.

³⁰⁸ Véase *Agreement With Respect to Social Security*, 11 de marzo de 1981, Estados Unidos-Canadá, art. XX, 35 U.S.T. 3403, 3417; *Understanding and Administrative Arrangement with the Government of Quebec*, 30 de marzo de 1983, Estados Unidos-Quebec, T.I.A.S. No. 10,863.

³⁰⁹ “Self-Governing and Non-Self-Governing Territories”, 1981-1988 Cumulative Digest of U.S. Practice on International Law, vol. 1, § 5, en 436, 438-40. Puerto Rico posteriormente se retiró del Banco.

consentimiento³¹⁰. Los estados de los Estados Unidos han ejercido esta atribución en contadas ocasiones a lo largo de la historia, y menos todavía en los últimos años³¹¹.

54. Sin embargo, lo que están haciendo los estados de los Estados Unidos es celebrar acuerdos no autorizados con potencias extranjeras³¹². En mi propio estudio de 2009 encontré 340 acuerdos celebrados por estados de los Estados Unidos con potencias extranjeras, de los cuales solo un puñado habían recibido el consentimiento del Congreso de los Estados Unidos. Es posible que algunos de estos acuerdos hayan sido compromisos políticos, pero varios de ellos contienen textos que parecen indicar la intención de un carácter vinculante. Por ejemplo, en 2000, el estado de Misuri celebró un memorando de acuerdo con la provincia canadiense de Manitoba para oponerse a ciertos proyectos de transferencia de agua entre cuencas previstos en las leyes federales de Estados Unidos³¹³. Otros estados soberanos están teniendo problemas similares. Según se informa, antes de fines del siglo XX, por ejemplo, Quebec había celebrado alrededor de 230 *ententes* con gobiernos extranjeros, casi 60% de ellas con otros Estados³¹⁴.

55. Por lo tanto, igual que ocurre con los acuerdos entre organismos, toda descripción de la capacidad para celebrar tratados subnacionales adolece de dificultades logísticas y jurídicas. Desde el punto de vista logístico, hay cuestiones pendientes con respecto a si las unidades subnacionales están celebrando acuerdos internacionales y de qué forma, si están autorizadas a hacerlo como “tratados” o qué condición prevén las unidades subnacionales para tales acuerdos. Desde el punto de vista jurídico, subsisten cuestiones con respecto a la situación de los acuerdos celebrados por unidades subnacionales, en particular si son vinculantes o no³¹⁵. También está la cuestión de si el derecho internacional considera estas unidades subnacionales simplemente como agentes del Estado (en cuyo caso el Estado asume la responsabilidad por los compromisos contraídos) o como autoridades más “independientes” que celebran tratados en calidad de “otros sujetos de derecho internacional” (en cuyo caso la responsabilidad corresponde a la unidad subnacional misma)³¹⁶. Tradicionalmente, los abogados que actúan en el ámbito del derecho internacional han favorecido la opinión de que el Estado es quien asume la responsabilidad³¹⁷, pero

³¹⁰ Constitución de los Estados Unidos, artículo 1, décima sección, párrafo 3 (“Sin dicho consentimiento del Congreso ningún Estado podrá [...] celebrar convenio o pacto alguno [...] con una potencia extranjera”). Asimismo, la Constitución de los Estados Unidos prohíbe que los estados celebren “tratados”. Constitución de los Estados Unidos, artículo 1, décima sección, párrafo 1 (“Ningún Estado celebrará tratado, alianza o confederación algunos”). Sin embargo, se ha interpretado que esta prohibición se aplica únicamente a los acuerdos denominados “tratados” de conformidad con la Constitución de los Estados Unidos (para los que se recibe el asesoramiento y el consentimiento del Senado) y *no* a todos los tratados en el sentido del derecho internacional.

³¹¹ Duncan B. Hollis, “Unpacking the Compact Clause”, 88 *Tex. L. Rev.* 741 (2010); Duncan B. Hollis, “The Elusive Foreign Compact”, 73 *Mo. L. Rev.* 1071 (2008).

³¹² Véase, por ejemplo, Aust, *supra*, nota 35, en 48-49.

³¹³ Véase “Role of Individual States of the United States: Analysis of Memorandum of Understanding Between Missouri and Manitoba”, 2001 *Cumulative Digest of U.S. Practice on International Law*, § A, en 179-98.

³¹⁴ Babak Nikravesh, *Quebec and Tatarstan in International Law*, 23 *Fletcher F. World Aff.* 227, 239 (1999).

³¹⁵ Canadá, por ejemplo, niega el efecto jurídico internacional de los acuerdos celebrados por Quebec, mientras que Francia ha considerado que son vinculantes de conformidad con el derecho internacional. *Íd.* en 242, 250-51.

³¹⁶ Lissitzyn fue el primero en plantear esta cuestión. Véase Lissitzyn, *supra*, nota 305, en 15.

³¹⁷ “Self-Governing and Non-Self-Governing Territories”, *supra*, nota 309, en 431 (“el gobierno federal es responsable en el plano internacional por los asuntos de los territorios y los *commonwealths* exactamente de la misma manera que por los estados de la Unión. Por lo tanto, el gobierno federal es responsable del cumplimiento de los compromisos relacionados con ellos y de asegurar que se cumplan las obligaciones de otras naciones con ellos”); pero véase Díaz, *supra*, nota 54, en 111

podría encontrarse una respuesta diferente a medida que se cuente con más información. Si llegamos a la conclusión de que la mayoría de los acuerdos subnacionales que reúnen los requisitos para ser considerados como tratados están autorizados por el Estado correspondiente, eso respaldaría la caracterización de las unidades subnacionales como meros agentes del Estado³¹⁸. En cambio, si observamos que la mayoría de los acuerdos subnacionales no han sido autorizados por los Estados (y esos acuerdos son, por lo demás, tratados), eso respaldaría el reconocimiento de la personería jurídica independiente por lo menos de algunas unidades subnacionales.

B. La capacidad para contraer compromisos políticos

56. Aunque los estudios han tendido a concentrarse en los compromisos políticos entre Estados, en gran medida lo han hecho por razones prácticas³¹⁹. Como los compromisos políticos se definen como acuerdos que *no* son tratados o contratos, no están supeditados a las limitaciones de la capacidad que se aplican a los acuerdos vinculantes. Por lo tanto, por el momento no parece haber limitaciones en lo que respecta a los agentes que pueden contraer un compromiso político, entre los cuales pueden contarse toda clase de agentes y entidades. Por ejemplo, en 1999, la Comunidad Andina, una organización internacional, asumió un compromiso político con Canadá para la cooperación en materia de comercio e inversiones³²⁰. Hay indicios similares de acuerdos no vinculantes con unidades subnacionales, como el memorando de cooperación para los derrames de combustible entre la Columbia Británica y varios estados de los Estados Unidos³²¹. Ya hemos visto también varios ejemplos de compromisos políticos entre organismos, como el Acuerdo de 1998 entre la NASA y la AEB o el memorando de entendimiento de 2008 entre el Departamento del Interior de Estados Unidos y Medio Ambiente Canadá sobre las poblaciones compartidas de osos polares³²². De hecho, no hay nada que limite los compromisos políticos a agentes públicos, y las empresas privadas y las organizaciones no gubernamentales supuestamente también podrían negociar y celebrar compromisos políticos. Por lo tanto, el Comité podría considerar la posibilidad de recomendar la forma del compromiso político en circunstancias que requieran un acuerdo entre una combinación de entidades públicas y privadas.

C. La capacidad para celebrar contratos

57. La capacidad para contratar es una función del derecho contractual. Cada ordenamiento jurídico interno tiene sus propias normas con respecto a quiénes pueden celebrar un contrato válido. En consecuencia, la capacidad de un Estado (o un organismo o una unidad subnacional) para celebrar un contrato dependerá de un análisis jurídico interno de la normativa aplicable (es decir, el derecho seleccionado por las partes o, en circunstancias apropiadas, el derecho aplicable determinado sobre la base de los principios del derecho internacional privado).

III. Efectos: ¿Qué consecuencias tiene la existencia de un acuerdo internacional?

(donde se señala que México no considera que los acuerdos internacionales subnacionales sean vinculantes para la federación mexicana).

³¹⁸ Hay indicios de que, a veces, los Estados-nación podrían intervenir para ratificar un acuerdo. Véase, por ejemplo, *Treaty Between the United States of America and Canada Relating to the Skagit River and Ross Lake, and the Seven Mile Reservoir on the Pend D'Oreille River*, 2 de abril de 1984, Estados Unidos-Canadá, T.I.A.S. No. 11,088.

³¹⁹ Véase Hollis y Newcomer, *supra*, nota 283, en 521.

³²⁰ Entendimiento de Cooperación en materia de Comercio e Inversiones entre la Comunidad Andina y el Gobierno de Canadá (31 de mayo de 1999). Se encuentra en http://www.sice.oas.org/TPD/AND_CAN/Negotiations/andeanTICA_s.pdf.

³²¹ *Oil Spill Memorandum of Cooperation* (entre Alaska, Columbia Británica, California, Hawaii, Oregón y Washington), 8 de mayo de 2001. Se encuentra en <http://oilspilltaskforce.org/wp-content/uploads/2014/06/2001-OSTF-Memorandum-of-Cooperation.pdf>.

³²² Véase *supra*, notas 286-287 y el texto acompañante.

A. Tratados: efectos jurídicos y no jurídicos

58. El efecto primordial de la existencia de un tratado radica en el principio de *pacta sunt servanda*: “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”³²³. Por lo tanto, los efectos primordiales de un tratado radican en sus propios términos. Los Estados deben conformar su comportamiento a lo que el tratado requiera, prohíba o permita. Si el tratado provee vehículos para su aplicación, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los Estados están obligados a aceptarlos. Asimismo, como cuestión de derecho interno, muchos textos de tratados (si se aprueban de conformidad con los procedimientos internos correspondientes) pueden tener los mismos efectos jurídicos que una ley escrita o, en algunos casos, una disposición constitucional³²⁴.

59. Además del texto del tratado, hay por lo menos tres fuentes de efectos de un tratado: 1) el derecho de los tratados; 2) los actos de retorsión; y 3) el derecho de la responsabilidad del Estado. En los casos en que un acuerdo sea un tratado, se aplican todas las normas de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, incluidas las disposiciones sobre validez, interpretación, aplicación, violación y terminación. Por ejemplo, el artículo 29 de la Convención dispone que “[u]n tratado será obligatorio para cada una de las partes por lo que respecta a la totalidad de su territorio, salvo que una intención diferente se desprenda de él o conste de otro modo”. Esta disposición da margen, *si* todas las partes están de acuerdo, para que los tratados contengan cláusulas “federales” o “territoriales” que permitan a un Estado designar las unidades territoriales subnacionales a las cuales se aplica (o no se aplica) un tratado³²⁵. Por otro lado, los Estados también pueden rechazar las cláusulas territoriales, como lo han hecho en muchos tratados de derechos humanos, e insistir en que los Estados partes apliquen el tratado en todo el territorio³²⁶.

60. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados también autoriza la terminación de un tratado o la suspensión de su aplicación por una parte afectada como consecuencia de una “violación grave” cometida por la otra parte³²⁷. Además, los Estados tienen libertad para realizar actos de *retorsión*, es decir, actos poco amigables pero intrínsecamente lícitos que un Estado podría realizar para incentivar al Estado infractor para que cumpla el tratado. Por ejemplo, un Estado podría optar por suspender la asistencia financiera (que por lo demás no está obligado a proveer) a un Estado como respuesta a la infracción del tratado por dicho Estado.

³²³ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 26. Algunas de las cláusulas de los tratados, como aquellas sobre consentimiento, aplicación provisional y entrada en vigor, tienen efectos jurídicos antes de la entrada en vigor del tratado.

³²⁴ Véase, por ejemplo, Constitución de la Nación Argentina, *supra*, nota 307, art. 31 (“Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales”); *id.*, art. 75(22) (donde se señala que los tratados de derechos humanos “tienen jerarquía constitucional”); Constitución Política del Perú, art. 55 (“Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”). Se encuentra en <http://www4.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Constitu/Cons1993.pdf>.

³²⁵ Véase, por ejemplo, Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (adoptada el 11 de abril de 1980, entró en vigor el 1 de enero de 1988) 1489 UNTS 3, art. 93(1); Convenio Europeo de Derechos Humanos, art. 56(1); Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (9 de octubre de 1946) 15 UNTS 35, artículo 19(7).

³²⁶ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (adoptado el 16 de diciembre de 1966, entró en vigor el 23 de marzo de 1976) 999 UNTS 171, art. 50; Convención Americana sobre Derechos Humanos (adoptada el 22 de noviembre de 1969, entró en vigor el 18 de junio de 1978), 1144 UNTS 123, art. 28(2).

³²⁷ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 60.

61. Además de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y la retorsión, el derecho de la responsabilidad del Estado, que se detallada en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado, de 2001, proporciona otros recursos frente a hechos internacionalmente ilícitos, entre ellos las infracciones de los tratados. En particular, los artículos sobre la responsabilidad del Estado confieren a los Estados el derecho a tomar “contramedidas”: actos ilícitos que se justifican (es decir, que son lícitos) porque el Estado resultó perjudicado por el hecho internacionalmente ilícito anterior³²⁸. Al autorizar un comportamiento que en otras circunstancias sería ilícito en razón de la violación de un tratado, las contramedidas proporcionan a los suscriptores de tratados un recurso importante que no está al alcance de los compromisos políticos o los contratos.

62. Asimismo, los artículos sobre la responsabilidad del Estado proporcionan orientación adicional y tal vez dispositiva sobre la cuestión de quién asume la responsabilidad jurídica por los tratados celebrados por organismos gubernamentales y unidades subnacionales. El artículo 4, párrafo 1, dispone lo siguiente:

Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado³²⁹.

Por lo tanto, el derecho internacional parece indicar que, cuando un organismo gubernamental o una unidad subnacional celebra un tratado, el derecho internacional atribuye la responsabilidad al Estado en conjunto.

B. Los efectos de un compromiso político

63. A diferencia de los tratados, los compromisos políticos no están supeditados a ningún régimen jurídico particular y no se les aplican ni el derecho de los tratados ni los artículos sobre la responsabilidad del Estado. No obstante, sería un error suponer que eso significa que los compromisos políticos no tienen ningún efecto. Los compromisos políticos pueden ser bastante creíbles e influir en los participantes para que actúen en conformidad debido al contexto político en el cual existen o, en términos más generales, debido a la fuerza moral de cualquier promesa. Por lo tanto, los compromisos políticos pueden influir directamente en el comportamiento de los Estados, como ocurre con los compromisos del Grupo de Acción Financiera para combatir el financiamiento del terrorismo³³⁰. Aunque los compromisos políticos pueden ser de corta duración, algunos, como los Acuerdos de Helsinki, han resultado ser duraderos³³¹.

64. Asimismo, los compromisos políticos pueden tener efectos políticos; los mismos actos de retorsión que los Estados suelen emplear para restablecer el cumplimiento tras la infracción de un tratado pueden emplearse para el incumplimiento de un compromiso político. De hecho, excepto

³²⁸ Comisión de Derecho Internacional, “Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos”, en *Informe sobre la labor realizada en su quincuagésimo primer período de sesiones* (3 de mayo a 23 de julio de 1999), A/56/10 55 [3]. De acuerdo con los artículos sobre la responsabilidad del Estado, todas las contramedidas deben ser temporarias, reversibles y proporcionales (en el sentido de ser proporcionales al perjuicio sufrido). Asimismo, las contramedidas no podrán ser violatorias de las normas obligatorias de derecho internacional ni de acuerdos anteriores para la solución de controversias.

³²⁹ *Id.*; véase también “Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos”, art. 4(2) (“Se entenderá que órgano incluye toda persona o entidad que tenga esa condición según el derecho interno del Estado”).

³³⁰ Véase, por ejemplo, Grupo de Acción Financiera (GAFI), en <http://www.fatf-gafi.org> (el GAFI emite “recomendaciones” no vinculantes que se han convertido en la norma mundial para combatir el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo).

³³¹ Véase Acuerdos de Helsinki, *supra*, nota 281.

por las contramedidas, las posibles consecuencias del incumplimiento de un compromiso político posiblemente no difieran mucho de los tratados. Por ejemplo, cuando Corea del Norte incumplió su compromiso político de suspender el enriquecimiento de uranio, Estados Unidos suspendió la asistencia que le había prometido en el marco del compromiso y promovió la aplicación de sanciones internacionales³³².

65. Lo que es más importante, a pesar de que los compromisos políticos no son vinculantes, a veces pueden tener efectos jurídicos, aunque indirectamente. Los términos de algunos compromisos políticos, como el Proceso Kimberley sobre los diamantes de zonas en conflicto y el Arreglo de Wassenaar, se codificaron en leyes internas³³³. Existe incluso la posibilidad de que los compromisos políticos generen efectos jurídicos en el marco del derecho internacional. Si las circunstancias de un compromiso político llevan a otros a contar con un comportamiento determinado de un Estado, el principio de la buena fe podría crear una circunstancia en la cual el Estado se viera impedido de la posibilidad de cambiar su comportamiento. Aunque en la práctica internacional no hay ejemplos claros hasta la fecha, es el mismo principio que explica la fuerza vinculante de las declaraciones unilaterales. En consecuencia, no hay ninguna razón por la cual no pueda aplicarse por lo menos a algunos compromisos políticos³³⁴. En ese caso, la índole “no vinculante” de un compromiso político podría dar lugar a confusión. El asunto sigue siendo tema de debates y el Comité podría abordarlo si fuese posible alcanzar una posición de consenso.

C. Efectos de un contrato

66. Igual que ocurre con las cuestiones de capacidad, los efectos primordiales de un contrato dependerán del derecho interno aplicable. En el derecho contractual interno se explica la forma en que operan los contratos y los recursos disponibles para el incumplimiento, incluida la vía judicial. Sin embargo, igual que con los compromisos políticos, la infracción de un contrato podría tener consecuencias de alcance internacional. En ciertas circunstancias, un Estado podría tomar medidas de retorsión. Un contrato también podría crear condiciones de dependencia razonable que podrían dar lugar a los mismos argumentos relativos a la preclusión que se mencionaron anteriormente en el contexto del compromiso político.

IV. Procedimientos: ¿Cómo autorizan los Estados los acuerdos vinculantes y no vinculantes?

67. Los Estados, de la misma forma que deben determinar la forma de resolver las cuestiones de fondo relativas a los acuerdos vinculantes y no vinculantes (cómo diferenciarlos, quiénes tienen capacidad para celebrarlos y qué efectos jurídicos y no jurídicos tienen), deben establecer procedimientos apropiados para su formación. ¿Qué pasos internos se necesitan para que un Estado pueda celebrar un acuerdo vinculante o no vinculante?

68. De las tres categorías —tratados, compromisos políticos y contratos—, los procedimientos son más visibles (y desarrollados) en el contexto de los tratados. Los Estados por lo

³³² Selig S. Harrison, *Time to Leave Korea?*, *Foreign Affairs* (marzo/abril de 2001).

³³³ Véanse, por ejemplo, Ley de Comercio Limpio de Diamantes, Ley Pública 108-19 (25 de abril de 2003) (mediante la cual se implementa el “Proceso Kimberley”, que incluía el compromiso político de reglamentar el comercio internacional de diamantes en bruto a fin de que no se usaran para financiar conflictos armados), y Arreglo de Wassenaar, en <http://www.wassenaar.org>.

³³⁴ Véanse, por ejemplo, Schachter, *supra*, nota 166, en 301 (donde se indica que la preclusión o doctrina de los actos propios podría aplicarse en los casos en que haya un acuerdo de caballeros y una aceptación razonable del mismo); Aust, *supra*, nota 166, en 807, 810-11 (donde se indica que la preclusión o doctrina de los actos propios podría aplicarse a ciertos compromisos políticos pero no a meras declaraciones de voluntad política).

general asignan la facultad para negociar y celebrar tratados al poder ejecutivo, sea el jefe de Estado (por ejemplo, el monarca), el jefe de gobierno (por ejemplo, el primer ministro) o ambos (por ejemplo, el presidente). El jefe de Estado suele delegar este poder al jefe de gobierno, que a su vez lo delega al ministro de relaciones exteriores.

69. Asimismo, los Estados por lo general requieren que el poder ejecutivo coordine la celebración de por lo menos algunos de sus tratados con otros agentes gubernamentales (por ejemplo, la legislatura, los tribunales, unidades subnacionales o incluso la población en general por medio de un referendo). Los procedimientos específicos varían de un Estado a otro y algunos están establecidos por ley (por ejemplo, distribución constitucional de facultades)³³⁵. En otros casos, los procedimientos han surgido en forma de práctica “política”. En Canadá, por ejemplo, el Primer Ministro, aunque podría celebrar un tratado sobre cualquier tema, acostumbra abstenerse de dar su consentimiento con respecto a tratados que requieren leyes de instrumentación hasta que se promulguen tales leyes³³⁶. En Estados como Estados Unidos, de la combinación del derecho y la práctica han surgido no menos de cuatro procedimientos diferentes para determinar en qué casos el poder ejecutivo puede dar su consentimiento con respecto a un tratado: 1) con la anuencia de dos tercios del Senado; 2) de conformidad con una ley federal (aprobada por mayoría simple de ambas cámaras del Congreso); 3) de conformidad con los poderes “únicos” que posee exclusivamente el poder ejecutivo; y 4) en los casos en que un tratado esté autorizado por un tratado anterior sobre el cual el Senado haya dado su anuencia y su consentimiento anteriormente.

70. Los Estados también pueden imponer requisitos para la notificación con respecto a los tratados que el poder ejecutivo puede celebrar sin intervención legislativa (o judicial). De esta forma se informa a la legislatura sobre los tratados que el Estado celebre independientemente de sus propios procesos de aprobación. Algunos Estados, como Estados Unidos, han establecido incluso procedimientos para coordinar la celebración de tratados *dentro* de la rama ejecutiva, incluso por organismos gubernamentales. Mediante el procedimiento establecido en la Circular 175 se aplica una disposición de la legislación estadounidense que impone restricciones a la firma o celebración de acuerdos internacionales por organismos gubernamentales de Estados Unidos salvo que hayan consultado primero con el Secretario de Estado³³⁷. Estos procedimientos (que generalmente consisten en enviar al Secretario de Estado o a la persona que este designe un memorando autorizado por todas las oficinas y organismos gubernamentales pertinentes) desempeñan varias funciones. Ante todo, confirman que el acuerdo propuesto constituirá un tratado

³³⁵ En estudios anteriores observé por lo menos cuatro enfoques diferentes de la intervención del poder legislativo en la celebración de tratados. Primero, muchos Estados requieren que la legislatura completa (es decir, una cámara o ambas, según el sistema) dé su aprobación a un tratado. Para un segundo grupo de Estados, ambas cámaras de la legislatura participan en el proceso de aprobación pero una tiene mayores atribuciones que la otra. Un tercer enfoque consiste en que una de las dos cámaras dé su aprobación, como en Estados Unidos o en México, donde el Senado aprueba algunos de los tratados o todos ellos, respectivamente. El cuarto y último enfoque es el de los Estados cuya legislatura se concentra en la aplicación en vez de la aprobación (por ejemplo, Canadá); en estos casos, la legislación de instrumentación sigue los procedimientos parlamentarios normales. Hollis, *supra*, nota 266, en 36.

³³⁶ Copithorne, *supra*, nota 283, en 95-6.

³³⁷ Ley Case-Zablocki, 1 U.S.C. §112b(c). (“Sin perjuicio de cualquier otra disposición de la ley, no se puede firmar o celebrar un acuerdo internacional de cualquier otra forma en nombre de los Estados Unidos sin consultar previamente con el Secretario de Estado.”) El procedimiento de la Circular 175 en sí implica la autorización por el Secretario de Estado de la negociación o conclusión de uno o más acuerdos internacionales por el Departamento de Estado u otro organismo del Gobierno de Estados Unidos. Los procedimientos se encuentran en <https://fam.state.gov/FAM/11FAM/11FAM0720.html>.

(en el sentido del derecho internacional). Además, se examina el contenido del acuerdo para asegurar que se pueda llevar a cabo dentro de los límites de la Constitución y otras leyes del país. Se detallan las consultas necesarias con el Congreso de los Estados Unidos y el método de autorización particular que se usará antes que Estados Unidos se sume al tratado. Lo interesante es que el procedimiento de la Circular 175 puede usarse para aprobar la negociación o celebración de un solo acuerdo o de una clase completa de compromisos vinculantes. Sin embargo, no resulta claro si otros Estados tienen procedimientos o prácticas similares y menos todavía si son eficaces. Me complacerá facilitar una copia de estos procedimientos si el Comité cree que podrían ser útiles.

71. Al mismo tiempo que no hay información sobre la gama completa de procedimientos para la aprobación de tratados, hay un vacío de datos sobre los compromisos políticos. No estoy al tanto de ningún procedimiento formal que usen los Estados para coordinar la negociación y celebración de compromisos políticos. De hecho, una de las razones por las cuales los compromisos políticos son tan populares entre los Estados es que se considera que están totalmente exentos de requisitos procesales internos³³⁸. El problema con este enfoque es que caemos en una situación en la cual no sabemos si los Estados están celebrando acuerdos de ese tipo y de qué forma. No contamos con buenas fuentes para saber qué Estados están asumiendo compromisos políticos, qué procedimientos (si los hubiere) emplean para coordinar su celebración, con qué frecuencia lo hacen y menos aún qué clases de temas abordan y qué compromisos contienen (o no). Esta falta de información sobre los procedimientos aplicables a los acuerdos no vinculantes es lo que impulsa, al menos en parte, las recientes exhortaciones de los asesores jurídicos de los Estados Miembros para que el Comité aborde el tema de los acuerdos vinculantes y no vinculantes.

72. En cambio, parece haber varios programas en los que se establecen los procedimientos para la contratación entre Estados. Por ejemplo, Estados Unidos tiene un programa de ventas militares al exterior acompañado de instrucciones sobre los requisitos y los pasos que deben seguirse³³⁹. Aunque no he hecho una investigación extensa de estos procedimientos, tampoco estoy al tanto de que se perciban problemas con estos acuerdos de la misma forma que se suscitan cuestiones con respecto a la diferenciación y aprobación de tratados y compromisos políticos.

Conclusiones: Recomendaciones y salvedades

73. En este informe preliminar he tratado de examinar las tres categorías principales de acuerdos internacionales —tratados, compromisos políticos y contratos— siguiendo cuatro líneas de investigación diferentes. Primero, en lo que se refiere a la diferenciación, he señalado los criterios para cada tipo de acuerdo y he abordado métodos para identificar el tipo particular de acuerdo celebrado (ya sea la prueba de la “intención manifiesta” predominante o el análisis más “objetivo” sugerido por la Corte Internacional de Justicia). Segundo, he analizado quiénes tienen capacidad para suscribir acuerdos internacionales además del Estado. Tanto los organismos gubernamentales como las unidades subnacionales pueden celebrar tratados en los casos en que el Estado responsable los autorice a hacerlo y las posibles partes en el tratado den su consentimiento con respecto a su participación. En cambio, no parece haber limitaciones con respecto a quiénes pueden contraer compromisos políticos, en tanto que en el derecho interno de la mayoría de los Estados se determina quién tiene capacidad contractual. Tercero, he examinado los efectos jurídicos de los tres tipos de acuerdo y he observado las consecuencias jurídicas (por ejemplo, *pacta sunt servanda*, derecho de los tratados, contramedidas) y políticas (por ejemplo, retorsión)

³³⁸ Véanse Charles Lipson, “Why are Some International Agreements Informal?” 45 Int’l Org. 495, 508 (1991); Kal Raustiala, “Form and Substance in International Agreements” 99 Am. J. Int’l L. 581, 592 (2005).

³³⁹ Véase el programa de ventas militares al exterior, *supra*, nota 285.

que pueden surgir de la existencia de un tratado. Los compromisos políticos también pueden dar lugar a respuestas políticas, aunque existe la posibilidad de que, en ciertas circunstancias, un compromiso político dé lugar a un reclamo de preclusión en el marco del derecho internacional. Eso también puede ocurrir con los contratos entre Estados, aunque los efectos más probables se encontrarán en el derecho interno seleccionado. Por último, los Estados pueden establecer procedimientos específicos para autorizar la celebración de tratados y contratos, y lo hacen regularmente. Para los compromisos políticos, en cambio, parece haber muy pocos procedimientos, si los hay.

74. En este informe se han señalado varias áreas en las cuales hay ambigüedad en el derecho internacional u opiniones divergentes. Por lo tanto, hay margen para que el Comité mejore las prácticas de los Estados Miembros proponiendo algunos principios generales o prácticas óptimas y sometiénolas a la aprobación de la Asamblea General de la OEA. Recomendaría que el Comité considere una o más de las siguientes ideas como posibles principios generales en relación con los acuerdos vinculantes y no vinculantes:

- i) definir cada una de las tres categorías de acuerdos internacionales: tratados, compromisos políticos y contratos;
- ii) refrendar la idea de que el tipo de acuerdo celebrado dependerá de la intención recíproca manifiesta de los autores;
- iii) proponer una presunción supletoria de que un acuerdo internacional entre Estados o entidades de un Estado (por ejemplo, organismos gubernamentales, unidades subnacionales) constituirá un tratado en los casos en que no haya intenciones manifiestas comunes en contrario. Esa presunción podría superarse si hay pruebas de que las partes tenían la intención de celebrar un contrato vinculante de conformidad con un ordenamiento jurídico interno o más de uno o de contraer un compromiso político;
- iv) ofrecer una prueba de dos partes para determinar si una dependencia del Estado, como un organismo gubernamental o una unidad subnacional, puede suscribir un tratado: i) autorización “interna” del Estado del cual depende la entidad para negociar y suscribir tratados que estén dentro del ámbito de competencia de la entidad; y ii) consentimiento “externo” de las posibles partes en el tratado para la participación de la entidad. El Comité también podría indicar las consecuencias jurídicas de los acuerdos “no autorizados” que no pasen esta prueba;
- v) afirmar que la responsabilidad jurídica por los tratados celebrados por una dependencia del Estado corresponde al Estado en conjunto;
- vi) refrendar el uso de compromisos políticos en los casos en que el acuerdo requiera flexibilidad o la participación de agentes no estatales;
- vii) denunciar el uso de compromisos políticos en los casos en que el fin primordial sea evitar los procedimientos internos para autorizar la celebración de un acuerdo internacional por el Estado; y
- viii) adoptar una posición sobre la cuestión de si un compromiso político puede dar lugar a condiciones de preclusión de conformidad con el derecho internacional.

75. Además, recomiendo que el Comité considere la posibilidad de establecer un conjunto de prácticas óptimas sobre uno o más de los siguientes asuntos relacionados con los acuerdos vinculantes y no vinculantes:

- a) proponer que los Estados u otras entidades sean explícitos en el texto del acuerdo con respecto al tipo de acuerdo que tienen la intención de celebrar, a fin de evitar la confusión sobre su condición de tratado, compromiso político o contrato;
- b) ofrecer una lista de criterios que los Estados deban utilizar para manifestar su intención de crear un tratado, entre ellos terminología (por ejemplo, el uso del auxiliar “shall” en inglés) y cláusulas (entrada en vigor, solución de controversias por terceros) que deberían reservarse para los tratados;
- c) ofrecer una lista de criterios que los Estados deban utilizar para manifestar su intención de crear un compromiso político, entre ellos terminología (por ejemplo, el uso del auxiliar “should” en inglés) que no indique un acuerdo vinculante;
- d) ofrecer una lista de criterios que los Estados deban utilizar para manifestar su intención de crear un contrato, entre ellos una cláusula sobre el derecho que lo regirá, en la medida de lo posible;
- e) ofrecer un conjunto de procedimientos modelo que los Estados puedan usar para organizar la autorización y supervisión de la celebración de acuerdos dentro de un gobierno, incluso entre ministerios de gobierno o unidades subnacionales; y
- f) señalar las condiciones en las cuales un compromiso político podría ser más apropiado que un tratado o viceversa.

76. El análisis y las recomendaciones precedentes están acompañados de por lo menos tres salvedades fundamentales. Primero, padecemos de información incompleta. Aunque la mayoría de los Estados Miembros tienen estructuras constitucionales u otras estructuras reglamentarias formales para algunos de sus acuerdos internacionales, esa información no suele captar plenamente lo que el Estado acostumbra hacer en la práctica. En Estados Unidos, por ejemplo, el texto de la Constitución (artículo dos, segunda sección, párrafo 2) indica un solo procedimiento para la celebración de tratados: la ratificación con el consentimiento y la anuencia de dos tercios del Senado. Sin embargo, este texto no muestra el papel de asesoramiento limitado del Senado ni, lo que es más importante, el surgimiento de los otros tres mecanismos que describí antes para autorizar la celebración de tratados de conformidad con el derecho internacional. Por consiguiente, sería conveniente que el Comité obtuviera más información sobre las leyes y las prácticas de los Estados Miembros (por medio de más investigaciones o de las respuestas al cuestionario propuesto) antes de llegar a un acuerdo sobre principios generales o prácticas óptimas.

77. Segundo, en relación con algunos asuntos, el derecho y la práctica siguen siendo poco claros. Por ejemplo, los efectos jurídicos, si los hay, de los acuerdos no vinculantes siguen estando poco elaborados. Eso crea oportunidades para que el Comité participe en el desarrollo gradual del derecho internacional. Algunos de los principios generales y prácticas óptimas que propongo servirían claramente para ese fin. Al mismo tiempo, el Comité podría beneficiarse al conocer la opinión que tienen los Estados Miembros acerca de la forma en que debería desarrollarse el derecho o los procedimientos que les resultarían más útiles antes de seguir elaborando estas ideas.

78. Tercero, y por último, necesito más orientación sobre la forma de priorizar los distintos asuntos relacionados con acuerdos vinculantes y no vinculantes. Este informe preliminar presenta un panorama amplio de un conjunto muy importante y complejo de asuntos. Con suficiente tiempo y espacio, por supuesto podríamos elaborar un documento que contenga principios orientadores y prácticas óptimas para todos los temas abordados en este informe. Sin embargo, no me resulta claro si todos los Estados Miembros valorarían por igual una labor de este tipo. Sería conveniente priorizar el trabajo en relación con los aspectos que los Estados Miembros indiquen que son más importantes o que ofrezcan mayores probabilidades de que el trabajo del Comité agregue valor al discurso jurídico internacional.

79. En conjunto, estas tres salvedades me llevan a concluir este informe con una recomendación: que nuestro paso siguiente sea aprobar un cuestionario y enviárselo a los Estados Miembros para obtener más información sobre i) sus leyes y prácticas vigentes; ii) las preferencias u opiniones que tengan sobre las cuestiones pendientes; y iii) las prioridades que tengan para abordar el tema de los acuerdos vinculantes y no vinculantes. En el anexo hay un borrador del cuestionario que propongo.

80. Aguado con interés los comentarios y la orientación del Comité sobre estos temas.

PROYECTO DE CUESTIONARIO SOBRE ACUERDOS VINCULANTES Y NO VINCULANTES

En el 89° período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano, el Comité celebró una reunión inaugural con asesores jurídicos de los ministerios de relaciones exteriores de Estados Miembros, entre ellos Brasil, Chile, México, Paraguay, Perú, Estados Unidos y Uruguay. En esa reunión, varios Estados Miembros sugirieron que el Comité estudiara el derecho y la práctica relacionados con los acuerdos internacionales vinculantes y no vinculantes. El Comité aceptó abordar el tema y, como producto de su labor inicial, ha señalado tres categorías de acuerdos internacionales que constituirán el foco de su atención: tratados, compromisos políticos y contratos entre Estados. En particular, el Comité está interesado en mejorar la capacidad de los Estados Miembros para distinguir los acuerdos vinculantes de los no vinculantes y señalar la condición pertinente de los acuerdos internacionales y los procedimientos apropiados para su celebración por organismos gubernamentales y unidades territoriales subnacionales de un Estado.

El Comité necesita este cuestionario para realizar su trabajo, ya que no cuenta con suficiente información sobre las prácticas, las preferencias y las prioridades de los Estados Miembros. Primero, gran parte de la práctica actual en los Estados Miembros relativa a la organización y la aprobación de acuerdos no es de dominio público o no es fácil de conseguir. El Comité se beneficiaría sobremanera al recibir más información de las oficinas de tratados de los Estados Miembros o de otros funcionarios de gobierno pertinentes sobre el derecho y las prácticas actuales en el ámbito de los acuerdos internacionales. Segundo, hay varias áreas en las cuales el Comité está considerando recomendaciones en las cuales se adoptaría una posición con respecto a cuestiones pendientes de derecho internacional. Por consiguiente, el Comité se beneficiaría al conocer las preferencias de los Estados Miembros sobre la forma de resolver las ambigüedades existentes en el derecho internacional. Por último, el Comité desea que su trabajo sea lo más pertinente posible para las preocupaciones de los Estados Miembros. Por esa razón, en este cuestionario se pide a los Estados Miembros que asignen prioridad a los asuntos relacionados con los acuerdos vinculantes y no vinculantes a fin de fundamentar mejor el trabajo futuro del Comité. Las siguientes preguntas están agrupadas en torno a estos asuntos de práctica, preferencias y prioridades.

- I. ¿Cómo diferencia su Estado los tratados de los acuerdos de carácter político no vinculantes o contratos?** ¿Cómo define su Estado los tratados conforme al derecho internacional? ¿Existe alguna práctica respecto de la celebración de acuerdos “no vinculantes” (que suelen denominarse compromisos políticos o memorandos de entendimiento)? En caso afirmativo, ¿cómo define tales acuerdos?
- ¿Existe alguna práctica respecto al uso de contratos regidos por la legislación interna para suscribir acuerdos vinculantes con otros Estados? En caso afirmativo ¿cómo define dichos contratos? Además de la terminología citada ¿utiliza usted terminología específica o incluye cláusulas específicas que permitan diferenciar entre los diversos tipos de acuerdos vinculantes y no vinculantes?
- II. ¿Quién está autorizado para celebrar acuerdos vinculantes y no vinculantes?** En virtud de su legislación interna, ¿pueden los ministerios o entidades gubernamentales celebrar tratados regidos por el derecho internacional? De acuerdo con su legislación interna, ¿pueden las unidades territoriales subnacionales (como provincias, estados o municipios) celebrar tratados regidos por el derecho internacional? ¿Suelen sus entidades gubernamentales o unidades subnacionales suscribir acuerdos no vinculantes o contratos? ¿Conforme a su legislación o práctica interna qué tratamiento se da a los

acuerdos que celebra una entidad gubernamental o unidad subnacional sin la autorización del gobierno nacional?

- III. ¿Cuáles son las implicaciones jurídicas de sus acuerdos vinculantes?** ¿En quién recae la responsabilidad jurídica internacional del cumplimiento de tratados regidos por el derecho internacional celebrados por entidades gubernamentales o unidades territoriales subnacionales: la entidad en cuestión o el Estado en su conjunto? ¿Debería el Estado asumir la responsabilidad de un acuerdo celebrado por una entidad gubernamental o una unidad subnacional, incluso cuando tales entidades no respetan los procedimientos internos apropiados antes de celebrar dicho acuerdo? Si es el caso, ¿cómo considera su Estado las implicaciones jurídicas de acuerdos no vinculantes o contratos celebrados por entidades gubernamentales o unidades subnacionales?
- IV. ¿Cuáles son sus procedimientos nacionales para la celebración de acuerdos vinculantes y no vinculantes?** ¿Cuáles son sus procedimientos internos para decidir cuándo y si se puede iniciar o concluir la negociación de un tratado? En caso de contar con alguna práctica respecto a la celebración de acuerdos vinculantes conforme al derecho internacional con entidades gubernamentales o unidades subnacionales, ¿cuáles son los procedimientos internos para que estas entidades reciban autorización para negociar y celebrar tales acuerdos? Si es el caso, ¿qué procedimientos dispone usted para la celebración de compromisos políticos?
- V. Prioridades:** De los temas antes señalados, ¿existe uno o varios que planteen un problema mayor que los otros para su Estado? ¿Consideraría oportuno contar con un conjunto de principios generales o mejores prácticas sobre cuestiones que permitan aclarar las diferencias entre acuerdos vinculantes y no vinculantes, la capacidad para celebrar tales instrumentos o los procedimientos empleados para ello?