

LA LEY DE TRATADOS Y OTROS ACUERDOS INTERNACIONALES: UNA NUEVA REGULACIÓN PARA DISCIPLINAR UNA PRÁCTICA INTERNACIONAL DIFÍCIL DE IGNORAR*

José MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES

Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad de Salamanca
Actualmente, Jefe de la Asesoría Jurídica Internacional
del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: LA NECESIDAD DE UNA LEY ADAPTADA AL NUEVO CONTEXTO INTERNO E INTERNACIONAL.—2. EL PROCESO DE ELABORACIÓN: EL LARGO CAMINO RECORRIDO DESDE EL DECRETO 801/1972 HASTA LA LEY 25/2014.—3. OBJETO DE LA LEY: UNA TIPOLOGÍA TRIPARTITA DE ACUERDOS INTERNACIONALES QUE INCLUYE LA ACTUACIÓN DE LAS CCAA.—3.1. La tipología tripartita de acuerdos internacionales.—3.2. Inclusión de disposiciones sobre CCAA.—4. ESTRUCTURA DE LA LEY: UNA ARTICULACIÓN ADAPTADA A SU ALCANCE MATERIAL.—5. LOS TRATADOS INTERNACIONALES: UN INSTRUMENTO JURÍDICO BIEN ASENTADO EN LA PRÁCTICA Y POCO NECESITADO DE (GRANDES) CAMBIOS.—5.1. Los tratados como elemento central de la ley.—5.2. Denominación del Estado como *Reino de España*.—5.3. La aplicación provisional de los tratados.—5.4. Rango jerárquico y eficacia directa de los tratados.—5.5. La diferenciación entre tratados de enmienda y enmiendas simplificadas.—6. LOS ACUERDOS INTERNACIONALES ADMINISTRATIVOS: UN INSTRUMENTO JURÍDICO DE IMPORTANCIA CRECIENTE.—6.1. Inclusión en la ley de otro tipo de acuerdos internacionales asentados en la práctica española.—6.2. Alcance material del concepto de acuerdo internacional administrativo.—6.3. Tramitación simplificada de los acuerdos internacionales administrativos.—6.4. Otros problemas derivados de la incierta naturaleza jurídica de los acuerdos internacionales administrativos.—7. LOS ACUERDOS INTERNACIONALES NO NORMATIVOS: UN TIPO DE ACUERDO INTERNACIONAL EN BOGA (EXCESIVA).—7.1. Controvertida inclusión en la ley y problemática sobre su deno-

* Este trabajo se inserta dentro de un proyecto de investigación financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad del que el autor es su investigador principal (DER 2012-36703). Las opiniones vertidas en este estudio corresponden a título personal al firmante y en modo alguno comprometen al Ministerio para el que actualmente trabaja.

minación.—7.2. La ausencia de obligaciones jurídicamente exigibles como seña de identidad de este tipo de acuerdos.—8. EL PAPEL DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN LA CELEBRACIÓN DE ACUERDOS INTERNACIONALES: LA BÚSQUEDA DE UN DIFÍCIL EQUILIBRIO ENTRE LA LABOR DE COORDINACIÓN DEL ESTADO Y EL RESPETO DE LAS COMPETENCIAS AUTONÓMICAS.—9. LOS ACUERDOS INTERNACIONALES CELEBRADOS POR LA UNIÓN EUROPEA: LA NECESIDAD DE MANTENER CIERTA FLEXIBILIDAD.—10. EL PAPEL DE LA ASESORÍA JURÍDICA INTERNACIONAL DEL MAEC EN EL PROCESO DE CELEBRACIÓN DE ACUERDOS INTERNACIONALES: UNA ACTIVIDAD DE CONTROL JURÍDICO *EX ANTE*.—11. CONSIDERACIONES FINALES: UNA LEY NECESARIA Y RAZONABLE.

1. INTRODUCCIÓN: LA NECESIDAD DE UNA LEY ADAPTADA AL NUEVO CONTEXTO INTERNO E INTERNACIONAL

El 18 de diciembre de 2014 entró en vigor la Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales (en adelante, LTOAI)¹. Se alcanzaba, con ello, el objetivo de sustituir el Decreto 801/1972, que hasta ese momento había sido la regulación interna en la materia². Con independencia de la indudable calidad técnica del Decreto preconstitucional y la utilidad del mismo durante las más de sus cuatro décadas de vigencia, no parece preciso explayarse en exceso en la conveniencia de adoptar una nueva regulación adaptada a las exigencias del contexto actual. Sí conviene, empero, tener en cuenta algunos de los principales rasgos característicos del citado contexto (interno y externo), porque sin duda han incidido de forma directa en la necesidad de adoptar una ley de esta índole y también en su contenido.

a) Desde la *perspectiva interna*, la adopción de la Constitución de 1978 trajo consigo cambios muy sustanciales. Por lo que respecta al Estado, supuso, obviamente, que las disposiciones del Decreto de 1972 que resultaban incompatibles con aquélla se entendieran derogadas³; y ese vacío fue rellenándose a través de otras leyes que tenían incidencia puntual en materia de tratados⁴,

¹ Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, *BOE* núm. 288, de 28 de noviembre de 2014.

² Decreto 801/1972, de 24 de marzo, relativo a la ordenación de la actividad de la Administración del Estado en materia de tratados internacionales, *BOE* núm. 85, de 25 de junio de 1972.

³ Era, al menos, el caso de sus títulos V y VI, relativos a la ratificación y la adhesión.

⁴ Son, por ejemplo, la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, cuyo art. 5.1 atribuye al Consejo de Ministros en sus apartados *d)* y *e)* la competencia de acordar la negociación, firma y aplicación provisional de los tratados internacionales, así como remitir los tratados a las Cortes Generales en los términos previstos en los arts. 94 y 96.2 de la Constitución (*BOE* núm. 285, de 28 de noviembre de 1997); la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, cuyo art. 22.1 establece la competencia de la Comisión Permanente del Consejo de Estado en materia de consulta en todos los tratados o convenios internacionales a propósito de la necesidad o no de autorización de las Cortes Generales con carácter previo a la prestación del consentimiento (*BOE* núm. 100, de 25 de abril de 1980); Reglamento del Congreso de los Diputados, de 19 de febrero de 1982, que en sus arts. 154 a 160 regula todo lo relativo a la participación de esta Cámara en materia de tratados internacionales (*BOE* núm. 55, de 5 de marzo de 1982); Reglamento del Senado, de 3 de mayo de 1994, que en sus arts. 144 a 147 establece la regulación sobre tratados y convenios internacionales (*BOE* núm. 114, de 13 de mayo de 1994); Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional que en su art. 78 regula el control previo de constitucionalidad de los tratados internacionales y en

diversas circulares y órdenes ministeriales⁵, así como de la labor interpretadora ejercida por el Tribunal Constitucional (TC), el Consejo de Estado y los propios jueces ordinarios. Existían, con todo, aspectos que reclamaban una regulación *ad hoc* para su adaptación a las previsiones de la Constitución sobre la actividad exterior del Estado en materia de tratados internacionales establecidas en los arts. 56, 63.2 y 93 a 96. Igualmente, el Decreto mostraba lagunas evidentes, por ejemplo, en materias como la aplicación provisional, las enmiendas simplificadas de los tratados que se consienten por el silencio o la no objeción e incluso el control por jueces y tribunales sobre los tratados celebrados por España⁶. Y, por lo que respecta a las Comunidades Autónomas (CCAA), parecía también bastante razonable adaptar el ejercicio de las competencias de acción exterior de que disponen por mor de sus respectivos Estatutos de Autonomía a la interpretación que el Tribunal Constitucional ha realizado de la competencia exclusiva del Estado derivada de los arts. 97 y 149.1.3 de la Constitución. Por lo demás, desde una perspectiva de pura técnica legislativa, era más que recomendable que el rango de la norma reguladora fuera de ley⁷.

b) En relación con la *dimensión internacional*, la sociedad internacional y, con ella, el actual Derecho internacional contemporáneo (o postcontemporáneo, si se prefiere) están experimentando profundas transformaciones que, al margen de afectar al propio fundamento del Derecho internacional⁸, hacen que el contexto internacional sea también notablemente diferente al

el art. 27.1.c) la declaración de inconstitucionalidad de los tratados internacionales (BOE núm. 239, de 3 de octubre de 1979).

⁵ En este sentido, destacan la Orden Circular núm. 3.173, de la Secretaría General Técnica, de 14 de mayo de 1992, que reproduce la Orden comunicada por el Sr. ministro, de 17 de febrero de 1992, por la que se establecen normas para la tramitación de tratados internacionales por parte de los órganos de este departamento; Instrucción de Servicio núm. 74, de la Secretaría General Técnica, de 29 de julio de 2009, sobre el procedimiento de petición de plenipotencias; Instrucción de Servicio núm. 75, de la Secretaría General Técnica, de 28 de julio de 2009, sobre firma *ad referendum* y aplicación provisional de los tratados internacionales; Instrucción de servicio núm. 97, de la Secretaría General Técnica, de 3 de noviembre de 2009, sobre tramitación de expedientes para Consejo de Ministros, en aplicación de la Orden Circular núm. 3173, de 14 de marzo de 1992, sobre tramitación de tratados internacionales; Orden Circular núm. 2.882, de la Secretaría General Técnica, de 28 de noviembre de 1977, sobre utilización de la lengua española en los tratados que se celebren o suscriban por España; Orden Circular núm. 3.049, de la Secretaría General Técnica, de 8 de octubre de 1984, sobre denominación del Estado español en los tratados internacionales.

⁶ Véase, por todos, DIEZ HOCHLEITNER, J., «Antecedentes y líneas generales de una eventual ley de tratados», en VVAA, *La celebración de tratados internacionales por España: problemas actuales*, Madrid, Biblioteca Diplomática Española, 1990, pp. 185-201, en pp. 186-188.

⁷ Así lo había reclamado expresamente el Consejo de Estado en diversos dictámenes. En realidad, ya lo hizo de modo baldío cuando se preparaba el Decreto 801/1972; Dictámenes núms. 37.248 y 37.068, de 19 de noviembre de 1971. Y, después, volvió a reiterarlo con renovado ímpetu, una vez en vigor la Constitución, al hilo del Anteproyecto de Ley de Tratados de 1985; Dictamen núm. 47.392, de 21 de febrero de 1985. Ello se deriva claramente de la reserva de ley prevista en el art. 63.2 de la Constitución en relación con la manifestación del consentimiento del Estado para obligarse internacionalmente por medio de tratados, de conformidad con la Constitución y las leyes. Pero también lo hace porque la materia afecta a relaciones entre órganos constitucionales y entre los ordenamientos interno e internacional.

⁸ CARRILLO SALCEDO, J. A., «El fundamento del Derecho internacional: algunas reflexiones sobre un problema clásico», *REDI*, 1998, vol. L, pp. 13-32. ESPÓSITO MASSICCI, C., «Soberanía e igualdad en

que existía cuando se elaboró el Decreto 801/1972. No en vano, en los últimos tiempos han aflorado al menos cuatro fenómenos de nuevo cuño que afectan de manera sustancial al Derecho internacional, a saber, la globalización⁹, la fragmentación¹⁰, el desplazamiento del modelo basado en la institucionalización de la sociedad internacional por otro modelo nuevo sustentado en elementos informales¹¹ y el progresivo abandono de exigencias elementales de legalidad internacional a favor de criterios de mera legitimidad y efectividad¹². Así las cosas, el sistema de fuentes del Derecho internacional en general y los tratados internacionales en particular no se escapan a este nuevo escenario¹³, constatándose relevantes novedades que afectan tanto a los sujetos creadores de las normas, como también al modo de creación y tipología¹⁴. Ahora bien, pese a todas las mutaciones que está experimentando el ordenamiento internacional, la voluntad de asumir (y cumplir) compromisos entre los sujetos de Derecho internacional sigue siendo pilar fundamental de la

el “Derecho Internacional”», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2010, vol. 13, pp. 291-310.

⁹ Véase, por ejemplo, REMIRO BROTONS, A., «En torno a la globalización y la crisis mundial», en HINOJO ROJAS, M. (coord.), *Derecho internacional y Derecho de la Unión Europea - Liber Amicorum Profesor Peláez Marón*, Córdoba, Universidad de Córdoba, 2012, pp. 699-716; CEBADA ROMERO, A., «El Derecho internacional global: una retórica útil para una transformación necesaria», *REDI*, 2013, vol. LXV, pp. 15-42, en opinión de ORTEGA CARCELÉN, M., desde 1990 «se han observado nuevos consensos políticos básicos que posibilitan la expansión de un nuevo Derecho Global» y que incluso «justifican una reflexión con respecto al nombre de la disciplina», *Derecho Global*, Madrid, APRYO, 2012, p. 25.

¹⁰ Entre nosotros fue Oriol CASANOVAS el primero que, con gran visión, se encargó de estudiar esta cuestión antes de la eclosión bibliográfica conocida en las dos décadas pasadas; «Unidad y pluralismo en Derecho internacional Público», en CARDONA LLORENS, J. (coord.), *Cursos Euromediterráneos Banca de Derecho internacional*, Valencia, 1999, pp. 35-268 (también disponible en inglés). A la vista de la relevancia que ha alcanzado la cuestión de la fragmentación, no es de extrañar que, con razón, la doctrina se interrogue a propósito de la unidad sistémica del Derecho internacional; ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., «El principio de integración sistémica y la unidad del Derecho internacional», en RODRIGO HERNÁNDEZ, A. J. y GARCÍA I SEGURA, C. (coords.), *Unidad y pluralismo en el Derecho internacional Público y en la comunidad internacional*, Madrid, Tecnos, 2011, pp. 356-374; AZNAR GÓMEZ, M. J., «En torno a la unidad sistémica del Derecho internacional», *REDI*, 2007, vol. LIX, pp. 563-594. Véase, igualmente, MARTÍN RODRÍGUEZ, P. J., «Sistema, fragmentación y contencioso internacional», *REDI*, 2008, vol. LX, pp. 457-489.

¹¹ Véase ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., «Las dinámicas del Derecho internacional en el siglo XXI: acordes y desacordes», en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (coord.), *Estados y organizaciones internacionales ante las nuevas crisis globales*, Madrid, Iustel-AEPDIRI, 2010, pp. 81-101, en particular pp. 87-89 («La creación de las normas internacionales: la tendencia a la informalidad»). Cfr. esta visión con ARENAL MOYUA, C. DEL, «La creciente interdependencia como factor de institucionalización de la sociedad internacional», en TORRES BERNÁRDEZ, S. (coord.), *El Derecho internacional en el mundo multipolar del siglo XXI: obra homenaje al profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez*, Madrid, Iprolex, 2013, pp. 889-912.

¹² Un tratamiento más amplio de esta cuestión lo hemos hecho en nuestra contribución «El Derecho internacional público ante los interrogantes de una sociedad internacional en cambio permanente: ¿Hacia una cierta relativización de su carácter jurídico, internacional y público?», en *id.* (coord.), *Estados y organizaciones internacionales ante las nuevas crisis globales*, Madrid, Iustel-AEPDIRI, 2010, pp. 29-56.

¹³ DO AMARAL JÚNIOR, A., «El diálogo de las fuentes: fragmentación y coherencia en el Derecho internacional contemporáneo», *REDI*, 2010, vol. LXII, pp. 61-88.

¹⁴ SOBRINO-HEREDIA, J. M. y ABAD-CASTELOS, M., «Reflexiones sobre la formación del Derecho internacional en un escenario mudable», *Anuario Español de Derecho internacional*, 2001, vol. XVII, pp. 195-238, en particular pp. 214-218.

práctica internacional, aunque se haya ampliado el espectro de instrumentos para articular la manifestación de voluntades concordantes de las que puedan deducirse obligaciones o compromisos. Sin duda, el tratado mantiene un protagonismo indudable y el marco jurídico básico en la materia siguen siendo las Convenciones de Viena de Derecho de los Tratados de 1969 y 1986¹⁵. Pero, en este nuevo contexto internacional, el llamado (con cierta indeterminación) *soft law* está experimentando desde hace ya algún tiempo un desarrollo muy notable¹⁶. Con el elemento añadido de que, en un Estado territorialmente descentralizado como España, también los órganos y organismos de los entes subestatales pueden celebrar este tipo de acuerdos internacionales diferentes a los tratados. Incluso de manera muy prolífica. A mayor abundamiento, sin salirnos de este nuevo contexto internacional, se ha asentado (y multiplicado) el papel de las organizaciones internacionales en materia de tratados, sea indirectamente como foro para la preparación de tratados entre Estados o sea directamente a través de un *treaty making power* propio¹⁷. En este sentido, la Unión Europea puede considerarse su máximo exponente. En suma, mucho ha cambiado el mundo de los acuerdos internacionales desde 1972.

Por tanto, como menciona la propia ley que fundamenta el objeto de este estudio, resultaba del «todo punto necesario reemplazar el Decreto por una nueva regulación que, de forma sistemática y actualizada, regule la actividad del Estado en materia de tratados y otros acuerdos internacionales»¹⁸. Así, una vez considerado *grosso modo* el contexto de la elaboración de la LTOAI,

¹⁵ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969, en vigor de forma general y para España desde el 27 de enero de 1980 (BOE núm. 142, de 13 de junio de 1980), teniendo en la actualidad 114 Estados parte (incluida Palestina desde abril de 2014); Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales, de 21 de marzo de 1986, aún no en vigor, a la que España ya ha prestado el consentimiento por adhesión el 24 de julio de 1990. Al respecto, puede verse, con carácter general, DÖRR, O. y SCHMALENBACH, K. (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties – A Commentary*, Berlín-Heidelberg, Springer, 2012; VILLIGER, M. E., «The 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties: 40 years after», *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 2009, vol. 344, pp. 9-192.

¹⁶ A principios de la década de los noventa del siglo pasado, el profesor Remiro Brotons consideraba que «aumentaban el número y la frecuencia de los acuerdos entre sujetos de Derecho internacional que determinan, a lo sumo, el nacimiento de obligaciones no jurídicas entre las partes» por motivos tan diversos como «salvaguardar el secreto sin incurrir en denuncia de inconstitucionalidad; mantener formalmente el respeto de tratados, en su caso con terceros, más o menos violentados; conservar en todo momento la libertad de acción» u otros. De hecho, este mismo autor consideraba, con palabras perfectamente asumibles en la actualidad, que «[e]n última instancia, y hablando en términos generales, la observancia efectiva de un acuerdo no depende decisivamente de que las obligaciones que incorpora se consideren *jurídicas* (tratado) o no (*gentlemen's agreement*), sino de su acierto para traducir continuamente intereses comunes, complementarios o recíprocos de las partes. Si la observancia voluntaria de una obligación no jurídica es *seguida* por un eficaz mecanismo de control que revise, pregunte o pida explicaciones periódicas, su efectividad tenderá a ser mayor que la de una obligación establecida por un tratado carente de tales mecanismos»; REMIRO BROTONS, A., *Derecho internacional público - 2. Derecho de los Tratados*, Madrid, Tecnos, 1990, p. 32. Sobre esta cuestión puede verse el valioso trabajo de MAZUELOS BELLIDO, A., «Soft law: ¿mucho ruido y pocas nueces?», *REEI*, 2004, vol. 8, pp. 1-40 (www.reei.org).

¹⁷ Véase, entre otras, las relevantes obras DÍEZ DE VELASCO, M., *Organizaciones Internacionales*, 16.ª ed., Madrid, Tecnos, 2010; ÁLVAREZ, J. E., *International Organizations as Law-makers*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

¹⁸ Así se expresa la Exposición de motivos de la Ley, apartado I, *in fine*.

en las siguientes páginas trataremos de ofrecer un primer análisis de los aspectos fundamentales de esta ley, empezando por su largo proceso de elaboración (2). A partir de ahí, una vez descritos su objeto (3) y estructura (4), se aportarán algunas reflexiones a propósito de cada una de las tres categorías de acuerdos previstos en la ley, a saber, los tratados internacionales (5), los acuerdos internacionales administrativos (6) y los acuerdos internacionales no normativos (7). Finalmente, una vez reseñado el papel de las CCAA (8) y la UE (9), aportaremos también unas leves pinceladas sobre el papel que la ley deja a la Asesoría Jurídica Internacional del MAEC en esta materia (10), antes de concluir con unas sucintas consideraciones finales de carácter valorativo (11).

2. EL PROCESO DE ELABORACIÓN: EL LARGO CAMINO RECORRIDO DESDE EL DECRETO 801/1972 HASTA LA LEY 25/2014

Con la aprobación de la LTOAI concluyó un largo camino, abierto con la aprobación de la Constitución de 1978, que había tenido como principales hitos los intentos fallidos de 1979, 1985, 1989, 1999 y 2011¹⁹. En realidad, todos los gobiernos de la democracia tuvieron la intención de aprobar una Ley de Tratados, a la vez que la doctrina más solvente había defendido al unísono la conveniencia de la misma²⁰ y hablaba de «una necesidad largamente sentida»²¹, así como de la «existencia de razones sobradas para asumir el reto de la elaboración de una Ley de Tratados»²² o de «un objeto de deseo tantas veces aplazado»²³.

¹⁹ En 1979, bajo la dirección del ministro Marcelino Oreja, se realizaron en el seno del Ministerio de Asuntos Exteriores trabajos serios para elaborar un Anteproyecto de Ley, primero, y un Real Decreto, después, que adaptase el Decreto de 1972 a las exigencias de la Constitución. Sin embargo, nunca llegó a ser aprobado por el Consejo de Ministros. Pero, sin duda, el intento de 1985 fue el que más lejos llegó de cuantos se han acometido desde la entrada en vigor de la Constitución. De hecho, se aprobó como Anteproyecto de Ley y fue enviado al Consejo de Estado para la emisión del correspondiente dictamen, Dictamen 47.392, *op. cit.* Su contenido, limitado a los tratados internacionales, tenía factura técnica impecable y en los trabajos preparatorios habían participado activamente profesores de prestigio como Antonio Remiro Brotons y Gregorio Garzón Clariana. Sin embargo, nunca se convirtió en proyecto. Su texto se encuentra publicado en VVAA, *op. cit.*, nota 6 (*La celebración de...*), pp. 353-363. Posteriormente, en 1989, se recuperó el proyecto de 1985 y se volvió a encargar al profesor Remiro Brotons un nuevo borrador que, por unos motivos u otros, no logró salir del Ministerio de Relaciones con las Cortes. Igual suerte corrieron diversos intentos posteriores, al menos en 1999 y 2011, que no sobrepasaron los confines de la preparación interna en el seno del MAEC.

²⁰ Para Antonio Remiro Brotons, era «conveniente adecuar su contenido [Decreto 801/1972] al nuevo bloque de la constitucionalidad, confiriéndole rango legal a una regulación que sólo por consideraciones de oportunidad y urgencia, ahora inoperantes, había carecido de él»; REMIRO BROTONS, A., RIQUELME, R., DIEZ-HOCHLEITNER, J., ORIHUELA, E. y PÉREZ-PRAT, L., *Derecho internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, p. 317.

²¹ Cfr., por ejemplo, PASTOR RIDRUEJO, J. A., «La necesidad de una ley de tratados y otros acuerdos internacionales», en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (coord.), *España y la práctica del Derecho internacional - LXXV Aniversario de la Asesoría Jurídica Internacional*, Madrid, MAEC, 2014, pp. 55-60, en p. 55.

²² DIEZ-HOCHLEITNER, J., *loc. cit.*, nota 6 («Antecedentes...»), p. 187.

²³ ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., «Formación y aplicación de los tratados internacionales en España: algunas cuestiones», en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (coord.), *op. cit.*, nota 21 (*España y la práctica...*), pp. 61-75, en p. 75.

En esta ocasión, el proceso que ha permitido la elaboración de la LTOAI se abrió en el plano interno con unos trabajos previos en el seno del MAEC, que sirvieron de base para elaborar un primer borrador de Anteproyecto de Ley, que lógicamente fue sometido a consideración (y modificación) del resto de Ministerios²⁴ y recibió el Informe del Consejo de Ministros sobre el Anteproyecto de Ley el 19 de julio de 2013. El Ministro de Asuntos Exteriores y de Cooperación remitió ese mismo día el Anteproyecto de Ley al Consejo de Estado²⁵, emitiendo éste su dictamen por unanimidad del Pleno el 3 de octubre de 2013²⁶. Sobre esa base, se incorporaron al texto algunas modificaciones en el sentido sugerido por el Consejo de Estado²⁷, de forma que el Consejo de Ministros lo convirtió en Proyecto de Ley en su reunión de 25 de octubre de 2013. Éste entró de inmediato en la Secretaría del Congreso de los Diputados y la Mesa de la Cámara, en su reunión de 29 de octubre, acordó encomendar su aprobación con competencia legislativa plena a la Comisión de Asuntos Exteriores²⁸. Durante la tramitación parlamentaria²⁹, en el Congreso de los Diputados se presentaron dos enmiendas a la totalidad³⁰, que fueron rechazadas por el Pleno del 12 de diciembre de 2013³¹. En dicho Pleno intervino el Ministro

²⁴ Concretamente, la Asesoría Jurídica Internacional del MAEC preparó un primer borrador (12 de diciembre de 2012), que, tras un estudio conjunto con la Secretaría General Técnica y el asesoramiento externo de algunos destacados catedráticos de la disciplina iusinternacionalista, fue elevado al Sr. Subsecretario (13 de marzo de 2013) para su consideración como primer borrador de Anteproyecto de Ley. A partir de ahí, el texto fue sometido durante varios meses a las (nutridas) observaciones del resto de Ministerios, buena parte de las cuales fueron consideradas e introducidas en el texto del borrador.

²⁵ El expediente remitido al Consejo de Estado incluía, además de la versión definitiva del anteproyecto, una extensa *Memoria del análisis de impacto normativo del anteproyecto de ley de tratados y otros acuerdos internacionales*, así como las versiones previas elaboradas a lo largo del proceso interno de preparación. A través de ellas pueden observarse las variaciones que el borrador inicialmente surgido en el MAEC fue experimentando hasta la redacción final de 19 de julio de 2013.

²⁶ Dictamen del Consejo de Estado 808/2013, de 3 de octubre.

²⁷ Entre ellas se incluyen modificaciones en las definiciones, en la denominación del Estado o en la formulación de buen número de preceptos del Anteproyecto.

²⁸ *Diario Oficial de las Cortes Generales - Congreso de los Diputados*, de 5 de noviembre de 2013, Serie A, núm. 72-1, pp. 1-17.

²⁹ Este periodo de enmiendas fue inicialmente fijado en quince días hábiles (esto es, hasta el 23 de noviembre de 2013), si bien fue ampliado posteriormente hasta el 3 de diciembre de 2013.

³⁰ Estas enmiendas de devolución al Gobierno fueron presentadas por los grupos parlamentarios EAJ-PNV e Izquierda Plural. La primera se basaba en que el Proyecto de Ley «ejerce su competencia de coordinación con vocación centralizadora y extendiendo su competencia del art. 149.1.3 más allá de las facultades de coordinación que en esta materia le viene reconociendo la doctrina del Tribunal Constitucional», además de «no reconocer las singularidades derivadas del régimen foral». En el segundo caso, también se consideraba con carácter general que el Proyecto «plantea en su redacción algunas disposiciones manifiestamente contrarias a la Constitución» y «asesta un duro golpe a la autonomía en el ámbito de la acción exterior no convencional de la que disfrutaban las Comunidades Autónomas», a la vez que planteaba críticas profundas a aspectos como las definiciones, la tipología de acuerdos planteada, las disposiciones sobre aplicación provisional de los tratados o que el rey no necesitara plenipotencia para negociar, adoptar y autenticar actos internacionales que vinculen a España.

³¹ *Diario de Sesiones, Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente*, núm. 165, de 12 de diciembre de 2012, pp. 5 a 21. Las enmiendas a la totalidad fueron rechazadas por 36 votos a favor, 281 en contra y 100 abstenciones. En esa misma fecha se presentó, igualmente por el Grupo Parlamentario Socialista, una solicitud de avocación por el Pleno del Proyecto de Ley que también fue rechazada por 142 votos a favor y 175 en contra (sin abstenciones); el debate al respecto puede verse en *Diario de Sesiones - Congreso de los Diputados*, núm. 165, de 12 de diciembre de 2013, p. 85.

de Asuntos Exteriores y de Cooperación para justificar la pertinencia política y jurídica del proyecto de ley presentado por el Gobierno³². Además, insertó dicho proyecto dentro de un programa legislativo más general en materia internacional, que incluía también una Ley de la Acción y del Servicio Exterior del Estado, que ya se estaba tramitando en ese momento³³, y una futura ley de inmunidades, que en este momento está siendo objeto de estudio en el MAEC³⁴. Tras la defensa por parte del ministro en el Congreso de los Diputados, se inició su trámite de Comisión y el proyecto recibió 166 enmiendas³⁵, de las que, tras la ponencia, se aceptaron (total o parcialmente) 58³⁶, la mayor parte de las cuales tenían carácter técnico-jurídico o de mejora de la redacción³⁷.

Posteriormente, en el trámite parlamentario del Senado³⁸ se presentaron una enmienda de veto, que fue posteriormente retirada³⁹, y 194 enmiendas al texto⁴⁰, si bien buen número de ellas eran repetidas y con un contenido idéntico⁴¹. En

³² *Ibid.*, pp. 5 a 10.

³³ Finalmente fue aprobada tres meses más tarde: Ley de la Acción y del Servicio Exterior del Estado, de 26 de marzo de 2014, *BOE* núm. 74, de 26 de marzo de 2014. También se hizo referencia a la conveniencia de elaborar un anteproyecto de ley de inmunidades.

³⁴ *Diario de Sesiones, Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente*, núm. 165, *op. cit.*, p. 6.

³⁵ *Boletín Oficial de las Cortes Generales - Congreso de los Diputados*, Serie A, núm. 72-2, de 17 de febrero de 2014.

³⁶ *Boletín Oficial de las Cortes Generales - Congreso de los Diputados*, Serie A, núm. 72-3, de 7 de mayo de 2014. En este sentido, destaca el elevado número de enmiendas del Grupo Izquierda Plural que fueron admitidas; en concreto, 21 de carácter íntegro y tres de forma parcial. Entre éstas, se incluían modificaciones en materias tan variadas como las definiciones (art. 2), competencias (arts. 3 y 7), adopción de tratados (art. 12), manifestación del consentimiento (art. 17), información a las Cortes Generales (arts. 18 y 19), reservas (art. 22), contenido de la publicación (art. 25), registro (art. 26), ámbito territorial (art. 34), otros aspectos sobre tratados internacionales (art. 35), reglas de interpretación (art. 37), denuncia y suspensión (art. 39), derecho de información de las CCAA (art. 52.3), comunicación a otros sujetos de Derecho internacional (disposición adicional 1.^a), tratados de doble imposición (disposición adicional 5.^a) o desarrollo normativo (disposición final 3.^a). En nuestra opinión, las enmiendas presentadas por este grupo parlamentario revestían un elevado nivel técnico-jurídico y contribuyeron de manera notable a mejorar la redacción de la ley. Las enmiendas también aceptadas de otros grupos fueron siete del Grupo Popular, seis del Grupo Socialista, tres del Grupo Catalán, cuatro del Grupo UPyD y 13 del Grupo Vasco.

³⁷ Sin entrar en un estudio detallado al respecto, que no procede en esta sede, baste recordar que en este trámite se aceptó, por ejemplo, la enmienda del Grupo EAJ-PNV que proponía añadir al proyecto de ley una disposición *ad hoc* que recogiera la especificidad del régimen foral vasco y en virtud de la cual se prevé expresamente la participación en la delegación española que negocie un tratado internacional que tenga por ámbito derechos históricos. Y lo propio se hizo también respecto al régimen foral navarro por aceptación de una enmienda transaccional *in voce* (véase *infra*, 7). Se trata de enmiendas que difícilmente pueden calificarse de carácter técnico.

³⁸ *Boletín Oficial de las Cortes Generales - Senado*, núm. 375, de 1 de julio de 2014, p. 2.

³⁹ La presentó el Grupo EAJ-PNV; *Boletín Oficial de las Cortes Generales - Senado*, *op. cit.*

⁴⁰ *Boletín Oficial de las Cortes Generales - Senado*, núm. 397, 15 de septiembre de 2014, p. 54 y núm. 410, de 3 de octubre de 2014, p. 2. De ellas, dos afectaban al título (núms. 1 y 36 del Grupo Mixto y Entesa respectivamente) y tres a la exposición de motivos (núms. 112, 113 y 114 del Grupo Catalán).

⁴¹ El Grupo Parlamentario Entesa pel Progrès de Catalunya presentó 76 enmiendas (núms. 36 a 111), de las que las 35 primeras (núms. 36 a 70) reproducen exactamente las 35 enmiendas presentadas por el Grupo Mixto (núms. 1 a 35), mientras las 41 siguientes (núms. 71 a 111) reproducen exactamente las 41 enmiendas presentadas por el Grupo Socialista (núms. 128 a 168). Por otro lado, de las 194 enmiendas un elevado número de ellas volvieron a presentarse en el Senado con el mismo contenido con el que se habían presentado en la tramitación en el Congreso y fueron rechazadas.

esta ocasión, se aceptaron 31 enmiendas⁴², de carácter eminentemente técnico⁴³. Estas enmiendas del Senado⁴⁴ se votaron conjuntamente en el Pleno del Congreso de los Diputados de 20 de noviembre de 2014⁴⁵, quedando así finalmente aprobada la ley que fue firmada por el Rey y refrendada por el Presidente del Gobierno el 27 de noviembre de 2014 y publicada en el *Boletín Oficial del Estado* al día siguiente.

3. OBJETO DE LA LEY: UNA TIPOLOGÍA TRIPARTITA DE ACUERDOS INTERNACIONALES QUE INCLUYE LA ACTUACIÓN DE LAS CCAA

A diferencia de lo que ocurría con el Decreto 801/1972, que trataba únicamente la actividad de la Administración del Estado en materia de tratados internacionales, la LTOAI tiene una aspiración de regulación más general. Desde la perspectiva material, la ley regula, junto a los clásicos tratados internacionales, otras dos categorías de instrumentos perfectamente asentados en la práctica española, como son los acuerdos internacionales administrativos (AIA) y los acuerdos internacionales no normativos (AINN)⁴⁶. Por otro lado, desde la perspectiva del ámbito de aplicación subjetivo, la ley no sólo regula la actividad de la Administración del Estado en la materia, sino que se ocupa también del papel de las CCAA en los procesos de celebración de los tres tipos de acuerdos internacionales previstos en la ley, ya sea para participar en la celebración de tratados por parte del Estado o para firmar por sí mismas AIA o AINN. Ambas cuestiones han resultado controvertidas. Muy controvertidas, en verdad. Merece, pues, la pena, detenerse en la referida tipología tripartita (3.1), antes de tratar también la inclusión de disposiciones sobre CCAA (3.2).

⁴² *Boletín Oficial de las Cortes Generales - Senado*, núm. 415, de 13 de octubre de 2014, pp. 2-19 (Informe de la Ponencia). En concreto, se aceptaron 14 enmiendas del Grupo parlamentario Popular, seis del Grupo Parlamentario Entesa pel Progrès de Catalunya y cinco del Grupo Parlamentario Socialista. Igualmente se aprobaron dos enmiendas transaccionales.

⁴³ Estas enmiendas aceptadas afectaron a los entonces artículos reguladores de las definiciones [art. 2.s) y 2.u)], competencias del Consejo de Ministros (art. 3), competencias de las CCAA (art. 7), firma *ad referendum* (art. 14.2), manifestación del consentimiento (art. 16.1), remisión del expediente del tratado a las Cortes Generales (art. 17), información al Congreso de los Diputados y al Senado (art. 18.1), aceptaciones u objeciones de reservas (art. 21.3), contenido de la publicación de los actos posteriores que afecten a la aplicación de tratados (art. 24.2), observancia de los tratados (art. 29), declaración de inconstitucionalidad (art. 31), reglas de interpretación (art. 35.1 y 5) y ratificación de la suspensión por las Cortes (art. 38.5) que conllevaron una remuneración a partir del (anterior) art. 34, como consecuencia de su acertada supresión.

⁴⁴ *Boletín Oficial de las Cortes Generales - Senado*, núm. 431, de 6 de noviembre de 2014, p. 4.

⁴⁵ *Boletín Oficial de las Cortes Generales - Congreso de los Diputados*, Serie A, núm. 72-6, de 25 de noviembre de 2014, p. 1. Se realizó una votación conjunta de las enmiendas y el resultado fue de 295 votos a favor de las enmiendas, cinco en contra y diez abstenciones. Los debates al respecto se recogen en el *Diario de Sesiones - Congreso de los Diputados*, núm. 242, de 20 de noviembre de 2014, p. 25.

⁴⁶ En este sentido, el art. 1 LTOAI precisa que la ley «tiene por objeto regular la celebración y aplicación por España de los tratados internacionales, los acuerdos internacionales administrativos y los acuerdos no normativos».

3.1. La tipología tripartita de acuerdos internacionales

En efecto, la propia tipología tripartita (tratados, AIA y AINN) prevista en la ley fue objeto de crítica en el plano parlamentario tanto por los grupos que presentaron una enmienda a la totalidad⁴⁷, como por los que hicieron enmiendas concretas, bien fuera para proponer que la ley se ocupara sólo de los tratados internacionales⁴⁸ o bien de los tratados internacionales y los acuerdos AIA⁴⁹. Por otro lado, en el plano académico, esta tipología también ha merecido la crítica de un relevante sector doctrinal⁵⁰. El propio Consejo de Estado, más audaz que los redactores de la ley, consideró que se trataba de una tipología incompleta por dejar fuera algunos acuerdos con elementos internacionales que se sustraen expresamente al Derecho internacional y se someten al ordenamiento interno⁵¹. Se trata, sin duda, de una crítica seria y bien fundada. Precisamente por eso, siguiendo al dictamen del Consejo de Estado, se modificó el borrador de anteproyecto de ley y se incluyó en la definición de AIA recogida en el art. 2.b) un nuevo inciso en el que, en el sentido sugerido por el alto órgano consultivo, se concretaba que «[n]o constituye acuerdo internacional administrativo el celebrado por esos mismos órganos, organismos o entes cuando se rige por un ordenamiento jurídico interno». Tal incorporación podría, qué duda cabe, considerarse innecesaria por poder deducirse indirectamente del espíritu y de la letra de la definición inicialmente propuesta⁵². Pero, ciertamente, contribuye a clarificar una cuestión delicada, así como a dilucidar la duda expresamente manifestada por el

⁴⁷ Fue el caso de las enmiendas a la totalidad presentadas en el Congreso de los Diputados del Grupo EAJ-PNV y del Grupo Izquierda Plural; véase *supra*, puntos 30 y 39.

⁴⁸ Fue el caso de las enmiendas presentadas por el Grupo Izquierda Plural (núms. 4, 6, 7 y 38 a 50).

⁴⁹ Así hicieron tanto el Grupo Socialista (enmiendas núms. 107, 109 y 139) como el Grupo Catalán (enmiendas núms. 149, 150 y 157).

⁵⁰ Véase, en tono particularmente duro, FERNÁNDEZ TOMÁS, A., «Parliamentary Control of “Other International Agreements” in the New Spanish Treaties and Other International Agreements Act», *Spanish Yearbook of International Law*, vol. 18, 2014, pp. 61-86. También fue muy crítica, en este sentido, la intervención de la profesora Mangas Martín en la Comisión de Asuntos Exteriores del Congreso de los Diputados con ocasión de la tramitación de la ya citada Ley 2/2014, considerando esta tipología un «error jurídico»; *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados - Comisiones*, núm. 395, de 17 de septiembre de 2013, p. 29. En tono también crítico, aunque algo más matizado, se pronunció el profesor Díez Hochleitner en su intervención ante la misma Comisión; *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados - Comisiones*, núm. 395, *op. cit.*

⁵¹ El Consejo de Estado consideraba que esta trilogía de acuerdos internacionales dejaba fuera «otros muchos acuerdos que pueden celebrarse entre sujetos internacionales o con sujeción o sometimiento al Derecho internacional, como son, a título ejemplificativo, los acuerdos celebrados por escrito entre un sujeto de Derecho internacional y un ente u organismo que carece de subjetividad internacional (que no pueden calificarse de tratados por sus sujetos, de tal modo que si contienen derechos u obligaciones jurídicas y se celebran al margen de cualquier tratado previo, carecen de encaje en las categorías del anteproyecto), o los acuerdos suscritos entre sujetos de Derecho internacional que se sustraen expresamente de dicho ordenamiento jurídico» (p. 20).

⁵² En ella se expresaba (y sigue recogiendo la versión final) que se trata de «un acuerdo de carácter internacional no constitutivo de tratado que se celebra por órganos, organismos o entes de un sujeto de Derecho internacional competentes por razón de la materia, cuya celebración está prevista en el tratado que ejecuta o concreta, cuyo contenido habitual es de naturaleza técnica cualquiera que sea su denominación y que se rige por el Derecho internacional».

Consejo de Estado. Resulta, además, acorde con la práctica española, dado que efectivamente existen casos en los que tales acuerdos se someten a un ordenamiento jurídico interno y quedan *expressis verbis* sustraídos del Derecho internacional⁵³.

No conviene, empero, ignorar que la rica práctica internacional de los últimos años nos suministra también algún atípico ejemplo de tratados internacionales que contienen cláusulas de sometimiento al ordenamiento interno de un Estado, que levanta dudas razonables acerca de su naturaleza de tratado internacional⁵⁴. En este mismo orden de cosas, como bien indicaba el Consejo de Estado, existen algunos acuerdos entre sujetos de Derecho internacional y un ente u organismo «que carece de subjetividad internacional», lo que impediría su calificación como tratado si atendemos a las Partes que lo celebran, pero sí contienen derechos u obligaciones jurídicas asumidas al margen de cualquier tratado previo. Son, en todo caso, supuestos realmente excepcionales y revestidos normalmente de peculiaridades muy específicas. Sería, verbigracia, el singular caso de la Organización Internacional de Comisiones de Valores (IOSCO), con la que en noviembre de 2011 se celebró un acuerdo de sede, que tiene naturaleza de tratado internacional, aunque el Derecho español la califica como una Asociación de Utilidad Pública⁵⁵. También existen tratados celebrados por ministerios⁵⁶. Esta panoplia de situaciones pueden tener, a nuestro juicio, encaje en las categorías de la ley y ser con-

⁵³ Véase *infra*, 6, 2.

⁵⁴ El Acuerdo entre Acreedores suscrito por quince Estados de la Unión Europea, entre los que se encuentra España, de 8 de mayo de 2010, prevé en el párr. 1 de su art. 14 que «[e]l presente Acuerdo y cualesquiera obligaciones no contractuales derivadas o relativas al mismo se regirán y se interpretarán de conformidad con el Derecho inglés», a la vez que en el párr. 2 establece que cualquier controversia sobre el mismo que no pueda resolverse de manera amistosa «se someterá a la jurisdicción exclusiva del Tribunal de Justicia de la Unión Europea» (BOE núm. 117, de 13 de mayo de 2010). En parecido sentido, el paralelo Acuerdo de Servicio de Préstamo entre, por una parte, 14 Estados de la UE, entre los que se incluye España, y el KfW de Alemania, que actúan como prestamistas, y la República helénica y el Banco de Grecia, que actúan como prestatario y agente del prestatario respectivamente, por otro lado, prevé igualmente en su art. 14.1 que «[e]l presente Acuerdo y toda obligación no contractual dimanante o relacionada con el mismo se regirán e interpretarán con arreglo al Derecho inglés», mientras que en el art. 14.2 «[l]as partes se comprometen a someter cualquier controversia que pueda surgir respecto de la legalidad, validez, interpretación y cumplimiento del presente Acuerdo a la jurisdicción exclusiva del Tribunal de Justicia de la Unión Europea» (BOE núm. 117, de 13 de mayo de 2010).

⁵⁵ IOSCO se constituyó originariamente como persona jurídica sin ánimo de lucro al amparo de la legislación canadiense (Ley del Parlamento de Quebec que entró en vigor el 1 de enero de 1987) y un acuerdo con el Gobierno de Quebec (18 de marzo de 1991). En mayo de 1999 fue reconocida en España como Asociación de Utilidad Pública, estando su sede desde ese año en Madrid por acuerdo de su Comité de Presidentes. A través de la disposición adicional tercera de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social se revistió a IOSCO de régimen jurídico específico de inviolabilidad de sus locales y de regulación fiscal y de seguridad social, si bien a los efectos de la Ley Orgánica 4/2000, de derechos y libertades de los extranjeros en España, no tiene la consideración de organización internacional. No obstante, el 23 de noviembre de 2011 se firmó el citado Acuerdo de sede entre España e IOSCO (BOE núm. 303, de 17 de diciembre de 2011).

⁵⁶ Memorando de Entendimiento sobre Forma de Banda Ancha para la Conexión en Red en Calificación, de 9 de abril de 2010 (BOE núm. 101, de 27 de abril de 2012).

siderados verdaderos tratados internacionales en el sentido del art. 2.d)⁵⁷. En el citado caso de IOSCO, podría considerarse que existía un estatuto jurídico internacional singular del que se deduce una cierta personalidad jurídica internacional de carácter funcional. Por tanto, dispone de capacidad jurídica para celebrar tratados internacionales (o, al menos, así lo considera España) y la voluntad de las partes es que la naturaleza jurídica del acuerdo que celebran sea la de un tratado internacional, nada impediría que pueda considerarse, a los efectos que nos ocupan, como tal tratado. De hecho, el Consejo de Estado no tuvo en su momento inconveniente alguno en que así fuera⁵⁸. Y en la práctica pueden concurrir casos muy concretos en los que puedan surgir dudas acerca de la naturaleza exacta de algunos acuerdos o de otros elementos propios de los mismos⁵⁹. Baste recordar que en la práctica puede darse el supuesto de un acuerdo en el que la voluntad de las partes sea someterse a un concreto Derecho interno, mientras que éste podría excluir en sus normas tal posibilidad. En tal caso, no resulta descabellado plantearse si debería ser el Derecho internacional el que resolviera la cuestión. Tampoco pueden excluirse casos en los que surjan dudas sobre si la remisión al Derecho interno lo es en su integridad o únicamente limitada a las normas de Derecho sustantivo. Por último, resultan imaginables incluso supuestos extremos de tratados que contengan disposiciones específicas de naturaleza contractual sometidas a un Derecho interno, en una suerte de naturaleza mixta.

Con todo, las principales críticas doctrinales no derivan tanto de las omisiones de la ley como de la inclusión de los AIA y los AINN en su regulación, lo cual merecerá atención expresa más adelante⁶⁰.

3.2. Inclusión de disposiciones sobre CCAA

Otra de las principales novedades de la LTOAI respecto a los borradores elaborados en otros momentos históricos es la inclusión de un título propio dedicado a las CCAA. En este sentido, cabe plantearse, de entrada, si realmente resulta pertinente que una ley de estas características se ocupe de la cuestión⁶¹. En nuestra opinión, creemos que sí lo es. Resulta más que eviden-

⁵⁷ El precepto mencionado define a los sujetos de Derecho internacional como «una organización internacional u otro ente internacional que goce de capacidad jurídica para celebrar tratados internacionales».

⁵⁸ Véase Dictamen del Consejo de Estado 1931/2011, de 28 de diciembre. El Consejo de Estado consideró que el Acuerdo de sede con IOSCO era un tratado que, conforme al art. 94.1.e) de la Constitución, requería la previa autorización de las Cortes Generales.

⁵⁹ Cfr., al respecto, el clásico trabajo de WIDDOWS, K., «What is an Agreement in International Law?», *BYBIL*, 1979, vol. 50, p. 117, en especial pp. 145-146; igualmente HOLLIS, D. B., «Defining Treaties», en *id.* (ed.), *The Oxford Guide to Treaties*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 11-45, en p. 35.

⁶⁰ Véase *infra*, 5 y 6.

⁶¹ De hecho, durante la tramitación parlamentaria de la ley hubo buen número de enmiendas que reclamaban la no inclusión de este tipo de disposiciones sobre CCAA, aunque por motivos diferentes. En algunos casos, esta posición se sustentaba en que esta regulación suponía «una vulneración de las reglas de distribución de competencias establecidas en el bloque de constitucionalidad» (Enmienda de veto en el Senado del Grupo Vasco, posteriormente retirada). Por el contrario, hubo otros grupos que,

te que las CCAA no pueden celebrar por sí mismas tratados internacionales por constituir, conforme a una jurisprudencia del TC bien conocida y asentada, parte del núcleo duro de la competencia exclusiva del Estado en materia de relaciones internacionales derivada del art. 149.1.3 de la Constitución⁶². El *ius ad tractatum* es, por tanto, competencia exclusiva del Estado y abarca la integridad del proceso de celebración (desde el inicio de las negociaciones hasta la prestación del consentimiento en obligarse)⁶³.

Ahora bien, de ello no se colige en modo alguno que las CCAA no puedan participar en este proceso. En primer lugar, el TC ha puesto de manifiesto que esta competencia del Estado no excluye por completo toda participación de las CCAA en el proceso de elaboración de los tratados y, obviamente menos aún, en su aplicación. Y, en segundo lugar, resulta imprescindible tener presente que los Estatutos de Autonomía de las CCAA han ido incluyendo en su articulado potestades específicas en la materia, que no han sido consideradas por el TC como contrarias a la Constitución⁶⁴. En coherencia con ello, en

en el lado contrario y sobre la base de la competencia exclusiva del Estado en materia de relaciones internacionales, respaldaron la regulación con la argumentación de que las CCAA «no son Estado, son Estado en sentido político, pero no lo son en sentido jurídico, por tanto no son sujetos, insisto, de Derecho internacional»; intervención de la Sra. Lozano Domingo en el pleno del Congreso de los Diputados en contestación al Sr. ministro; *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados - Pleno y Diputación permanente*, núm. 165, *op. cit.*, p. 14.

⁶² STC 165/1994, de 26 de mayo; STC 31/2010, de 28 de junio, etcétera.

⁶³ Con todo, no conviene olvidar que ello es así por mor de nuestra concreta opción constitucional, no porque derive de una exigencia de Derecho internacional. El Derecho internacional general no atribuye a los entes federales capacidad propia para celebrar tratados internacionales, pero tampoco se la niega. De hecho, la versión inicial de la propuesta emanada de la CDI (1966) preveía expresamente que «los Estados miembros de una unión federal podrán tener capacidad para celebrar tratados si esta capacidad está admitida por la Constitución federal y dentro de los límites indicados por ésta». Este precepto fue finalmente eliminado a petición de la delegación canadiense, pero en modo alguno se incluyó en el Convenio finalmente resultante ningún elemento que matizara o limitara esta posición, simplemente omitía su inclusión expresa. Como ha afirmado Remiro Brotons, «la supresión no se debió, en cualquier caso, a desacuerdo con el contenido de la norma, sino a la oportunidad de recordarla expresamente en un texto como el que se estaba elaborando»; «La actividad exterior del Estado y las Comunidades Autónomas», en RAMÍREZ JIMÉNEZ, M. (dir.), *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, Zaragoza, Pórtico, 1979, pp. 353-377, en p. 355, nota 1. Y, en todo caso, la doctrina consideró acertada tal supresión; CASANOVAS I LA ROSA, O., «La acción exterior de las Comunidades Autónomas y su participación en la celebración de tratados internacionales», en PÉREZ GONZÁLEZ, M. (coord.), *La acción exterior de los Länder, Regiones, Cantones y Comunidades Autónomas*, Oñate, IVAP, 1994, pp. 43-64, en pp. 45-46. Véase, en este mismo sentido, las discusiones existentes en el seno de la CDI con ocasión de la discusión a propósito del precepto sobre capacidad para celebrar tratados internacionales (art. 3), *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, vol. 1, 1965, pp. 24-44, en especial, pp. 27 y ss. Más bien, un eventual *treaty making power* de los entes federales depende, por tanto, de que el Estado en el que se insertan así lo autorice constitucionalmente y de que la contraparte con la que se pretende celebrar el tratado esté dispuesta a celebrarlo. De cualquier forma, en el caso que nos ocupa, si una Comunidad Autónoma llegase a celebrar un tratado en violación de la Constitución podría concluirse con Hersch LAUTERPACHT que «it follows that a treaty concluded by a member state in disregard of the constitution of the Federation must also be considered as having been concluded in disregard of the limitations imposed by international law upon its treaty making power. As such it is not a treaty in the contemplation of international law. As a treaty, it is void»; *Yearbook of the International Law Commission*, vol. II, 1953, p. 139.

⁶⁴ En concreto, con dispares redacciones y niveles de intensidad, los Estatutos de Autonomía prevén la participación de las CCAA a través de la posibilidad de proponer al Estado la celebración de tratados, la posibilidad de participación en las delegaciones de negociación de tratados que afecten a las

términos competenciales, la ley se funda en el art. 149.1.3 de la Constitución (disposición final primera LTOAI) y no entra para nada a regular (ni para ampliar ni para restringir) las competencias que las CCAA han asumido en la materia a través de los Estatutos de Autonomía. Aspira, en los términos fijados por el TC, a establecer únicamente medidas de coordinación de la actividad de las CCAA con potencial efecto exterior para evitar consecuencias irreparables en la adecuada ejecución de la política exterior por parte del Estado⁶⁵. Por ello, a nuestro juicio, resulta pertinente abordar el papel de las CCAA en la LTOAI.

4. ESTRUCTURA DE LA LEY: UNA ARTICULACIÓN ADAPTADA A SU ALCANCE MATERIAL

La estructura de la LTOAI responde a la recién descrita tipología de acuerdos y articula sistemáticamente sus 66 disposiciones⁶⁶ en torno a cinco títulos, precedidos de una exposición de motivos, que se dedican respectivamente a cuestiones generales (I), tratados (II), AIA (III), AINN (IV) y CCAA (V).

El título I contiene en su capítulo primero disposiciones de carácter general en las que se precisa el objeto de la ley (art. 1) y se definen una veintena larga de conceptos empleados a lo largo de la misma (art. 2), mientras su capítulo segundo se consagra a precisar las competencias del Consejo de Ministros (art. 3), del MAEC (art. 4), del resto de departamentos ministeriales (art. 5) y de las CCAA (art. 7), así como a la creación de una Comisión interministerial de coordinación en la materia, concebida como órgano colegiado de intercambio de información y coordinación de los departamentos ministeriales (art. 6).

El título II configura el eje central de la ley y, a lo largo de cinco capítulos, se ocupa de la regulación de los tratados internacionales (arts. 8 a 37). El capítulo primero se dedica a la representación internacional de España (arts. 8 a 10), estableciendo la denominación del Estado español como «Reino de España» (art. 8), el nombramiento de representantes de España para la ejecución de cualquier acto internacional relativo a un tratado (art. 9) y los

CCAA y el deber de información del Gobierno sobre la negociación de tratados que afecten a las CCAA. También recogen la capacidad de celebrar determinados acuerdos internacionales por ellas mismas. En este sentido resulta particularmente reseñable la Sentencia del Tribunal Constitucional emitida a propósito del Estatuto de Autonomía de Cataluña; STC 31/2010, *op. cit.*

⁶⁵ El propio TC ha establecido que «dentro de esa competencia exclusiva estatal se sitúa la posibilidad de establecer medidas que regulen y coordinen las actividades con proyección externa de las CCAA, para evitar o remediar eventuales perjuicios sobre la dirección y puesta en ejecución de la política exterior que, en exclusiva, corresponde a las autoridades estatales»; STC 110/2012, de 23 de mayo (BOE núm. 147, de 20 de junio de 2012), FJ 3. Esta misma sentencia se remite a la anterior STC 165/1994, de 26 de mayo (BOE núm. 161, de 25 de junio de 1994), FJ 6.

⁶⁶ En concreto, 53 artículos, ocho disposiciones adicionales, una disposición derogatoria y cuatro disposiciones finales. En realidad, el borrador inicial salido del MAEC contenía 16 disposiciones menos. Su número fue incrementándose tanto en la fase previa de consensuación con otros Ministerios, como en la fase de tramitación parlamentaria propiamente dicha.

plenos poderes (art. 10). El capítulo segundo establece todo lo relativo al proceso de celebración (arts. 11 a 22), siguiendo un orden sistemático de carácter temporal y diferenciando entre negociación (art. 11), adopción (art. 12), autenticación (art. 13), autorización de firma y actos similares (art. 14), la aplicación provisional (art. 15), la manifestación del consentimiento en obligarse por un tratado (art. 16), los trámites internos previos a la manifestación del consentimiento (art. 17), la información al Congreso de los Diputados y el Senado (art. 18), la posibilidad de control previo de constitucionalidad (art. 19), el canje o depósito de instrumentos (art. 20), las reservas y declaraciones (art. 21) y la firma del instrumento de manifestación del consentimiento por el rey (art. 22). El capítulo tercero (arts. 23 a 27), por su parte, se dedica a las cuestiones propias de publicación y registro, como son la consabida exigencia de publicación de los tratados (y de la aplicación provisional si existiera) en el *Boletín Oficial del Estado* como paso previo a su consideración como parte del ordenamiento jurídico interno (art. 23), el contenido de la publicación (art. 24), el cumplimiento de la exigencia de registro en la Secretaría de las Naciones Unidas (art. 25), la custodia y depósito en el MAEC (art. 26) y la previsión de publicaciones periódicas de los tratados por el MAEC (art. 27). A continuación, el capítulo cuarto trata los aspectos propios de la aplicación e interpretación de los tratados (arts. 28 a 35), ocupándose en concreto de las capitales cuestiones de la eficacia (art. 28), la observancia (art. 29), la aplicación directa (art. 30), la prevalencia de los tratados (art. 31) y la posibilidad de declaración de inconstitucionalidad (art. 32), así como las reglas de las reservas en materia de efectos jurídicos (art. 33), retirada de las mismas (art. 34) y las reglas de interpretación previstas en los arts. 31 a 33 de la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados (art. 35). Por último, el capítulo quinto de este nutrido título II trata las cuestiones propias de la enmienda, la denuncia y la suspensión (arts. 36 y 37).

Los títulos III y IV, por su parte, constituyen una novedad manifiesta respecto al Decreto 801/1972 y se ocupan respectivamente de AIA (arts. 38 a 42) y AINN (arts. 43 a 48). En el primer caso, la ley se ocupa de definir los requisitos para su celebración (art. 38), la exigencia de informe previo por parte de la Asesoría Jurídica Internacional del MAEC y del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (art. 39), la tramitación interna simplificada respecto a la de los tratados internacionales (art. 40), la exigencia de publicación en el *Boletín Oficial del Estado* (art. 41) y la previsión de elaboraciones periódicas por parte del MAEC (art. 42). Y, en el segundo caso, se fija la naturaleza peculiar de este tipo de acuerdos (art. 43), la competencia para establecerlos (art. 44), la exigencia de informe jurídico previo por parte de los servicios jurídicos del órgano que lo celebre y del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (art. 45), su tramitación interna (art. 46), la exigencia de mención expresa del Estado (art. 47) y la exigencia de registro en el MAEC (art. 48).

En sentido parecido, el título V también constituye una notable novedad respecto al Decreto de 1972 y a los borradores anteriores, ya que regula el

papel de las CCAA, diferenciando en dos capítulos entre su participación en la celebración de tratados internacionales (arts. 49 a 51) y la realización por sí mismas de acuerdos internacionales administrativos y acuerdos internacionales no normativos (arts. 52 y 53).

Finalmente, en las disposiciones que cierran la ley se regulan cuestiones de muy dispar naturaleza. Junto a las exigidas disposiciones derogatoria (del Decreto 801/1972 y de cuantas disposiciones de igual o inferior rango que se opongan a la ley), de fijación del título competencial sobre el que se funda la ley (art. 149.1.3 de la Constitución), de desarrollo normativo (por el Gobierno y los titulares de los departamentos ministeriales) y de entrada en vigor (a los veinte días de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*), se recogen algunas otras previsiones de desigual relevancia. En efecto, se prevén, en primer término, cuestiones de cortesía internacional como la comunicación de la presente ley a todos los sujetos de Derecho internacional (disposición adicional primera). En segundo lugar, se regulan algunas cuestiones de importancia en materia de transparencia y acceso, como es la exigencia de que las colecciones de tratados y acuerdos internacionales a los que se refiere la ley (arts. 27 y 42) sean accesibles a través de la página web del MAEC (disposición adicional 8.^a) o la exigencia de que el MAEC adopte las medidas necesarias para la puesta en marcha del registro de acuerdos internacionales no normativos previsto en el art. 48 de la ley (disposición final 2.^a). En tercer lugar, se recoge una disposición de enorme importancia y repercusión en materia de acción exterior de la UE. A través de ella se garantiza la necesaria flexibilidad en relación con las peculiaridades que en materia de acuerdos internacionales puedan derivarse para España como consecuencia de la obligación de cumplimiento del Derecho de la UE (disposición adicional 2.^a). En cuarto lugar, la ley incluye dos disposiciones adicionales que se hacen eco de las peculiaridades que el régimen foral vasco (disposición adicional 6.^a) y navarro (disposición adicional 7.^a) implican en materia de negociación de tratados internacionales que tengan por ámbito los derechos históricos. Por último, en quinto lugar, la ley recoge también tres previsiones más atípicas de naturaleza presupuestaria y fiscal (disposiciones adicionales 3.^a, 4.^a y 5.^a) que probablemente se expliquen a la luz de la situación de crisis en la que se elabora la ley y que conducen, básicamente, a recordar la vigencia del principio de estabilidad presupuestaria y el régimen de las contribuciones a organismos o programas internacionales mediante instrumentos diferentes a los regulados en esta ley.

5. LOS TRATADOS INTERNACIONALES: UN INSTRUMENTO JURÍDICO BIEN ASENTADO EN LA PRÁCTICA Y POCO NECESITADO DE (GRANDES) CAMBIOS

5.1. Los tratados como elemento central de la ley

La regulación de los tratados internacionales conforma el núcleo central de la ley, tanto cuantitativa (29 de los 53 preceptos de la ley) como cualitati-

vamente (la mejor resuelta). En términos generales, ésta es también la parte de la ley que menos críticas de fondo ha recibido a lo largo de su tramitación parlamentaria. Y ello no es de extrañar porque, en lo sustancial, retoma la asentada práctica española en la materia. Así, de entrada, no parece que la definición de tratado internacional por la que ha optado la LTOAI plantee grandes dificultades [art. 2.a)]⁶⁷, ya que es fiel al concepto recogido por las dos Convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados [art. 2.1.a)]⁶⁸, que a su vez ha sido perfectamente asumido por el TIJ como reflejo de Derecho internacional consuetudinario⁶⁹ e incorporado también, con mayor o menor literalidad, por buen número de Estados a sus respectivas regulaciones internas sobre tratados internacionales⁷⁰ con plena aceptación por parte de la doctrina iusinternacionalista⁷¹. No se opta, por tanto, por un concepto «nacional» que, como pueda ocurrir en Francia o Estados Unidos, establezca diferentes denominaciones entre tratados según sean las exigencias internas para su celebración⁷². Y no se hace porque el art. 94 de la Constitución no establece diferenciación alguna en su definición según se trate de tratados que exijan previa autorización de las Cortes Generales para la prestación del consentimiento (art. 94.1) o baste con la inmediata información del Gobierno al Congreso de los Diputados y el Senado (art. 94.2). Tampoco ha habido práctica alguna en este sentido.

Aunque no resulta posible abordar en este trabajo un estudio detallado de toda la regulación de la ley en la materia, sí parece pertinente recordar que ésta incluye algunas novedades relevantes en relación con el Decreto 801/1972⁷³. Por lo que específicamente concierne a este trabajo, nos pare-

⁶⁷ Por tratado internacional se entiende un «acuerdo celebrado por escrito entre España y otro u otros sujetos de Derecho internacional, 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».

⁶⁸ Se define como «un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho internacional, ya conste en un instrumento único en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular».

⁶⁹ Véase, por ejemplo, Sentencia de 10 de octubre de 2002, *asunto relativo a la frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria (Camerún c. Nigeria)*, ICJ Reports 249 (263).

⁷⁰ Cfr. HOLLIS, D. B., «A Comparative Approach to Treaty Law and Practice», en *id.*, BLAKESLEE, M. R. y EDERINGTON, L. B. (eds.), *National Treaty Law and Practice*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2005, p. 9.

⁷¹ Cfr., por ejemplo, KLABBERS, J., *The Concept of Treaty in International Law*, La Haya, Kluwer Law International, 1996.

⁷² En efecto, existen Estados que a efectos internos establezcan diferencias en la terminología de los tratados según sea la exigencia de intervención interna para su celebración. Los dos casos más conocidos por todos son la diferenciación entre *treaties* e *international agreements* existente en Estados Unidos, según se exija o no la autorización del Senado por 2/3 de sus miembros y posterior ratificación por el presidente, o la existente en Francia entre *traités* y *accords internationaux* según requieran o no ratificación presidencial. Pero existen otros muchos ordenamientos (p. ej., Chile, Países Bajos, etc.) que también establecen diferenciaciones semejantes. Lo realmente relevante es que ambas categorías encajan en el concepto de tratado previsto en la Convención de Viena.

⁷³ Los ejemplos más relevantes podrían ser las siguientes: la ineficacia (salvo posterior confirmación) de los actos internacionales relativos al proceso de celebración de un tratado efectuados sin la plenipotencia prevista en el art. 8 de la Convención de Viena (art. 10.3); la regulación de la aplicación provisional (art. 15); la inclusión expresa del principio de libertad, pluralidad e igualdad de las formas en la manifestación del consentimiento (art. 16.1); el desarrollo del art. 63.2 de la Constitución en regular la firma del instrumento de manifestación del consentimiento por el Rey poniendo fin a posibles in-

ce oportuno centrarnos simplemente en los aspectos que consideramos más relevantes, ya sea por su novedad o por la existencia de cierta polémica al respecto. Nos referiremos, así, a la denominación del Estado (5.2), a la aplicación provisional (5.3), al rango jerárquico y la eficacia directa (5.4) y a la diferenciación entre tratados de enmienda y enmiendas simplificadas (5.5), aun a sabiendas de que quedan fuera otras cuestiones que también reclamarían atención como podría ser la problemática de las reservas⁷⁴, las declaraciones interpretativas y otras muchas⁷⁵.

5.2. Denominación del Estado como *Reino de España*

En relación con la denominación oficial del Estado, el anteproyecto de LTOAI en su versión originaria se hacía eco de la práctica habitual de utilizar indistintamente los términos *España* y *Reino de España*, si bien este último se solía reservar para los tratados revestidos de mayor solemnidad⁷⁶. Sin embargo, a la luz de las sugerencias realizadas por el Consejo de Estado⁷⁷, el proyecto de ley finalmente aprobado por el Gobierno y convertido en ley sin modificación alguna en este extremo, prevé que «[l]a denominación oficial del Estado español en los tratados internacionales será Reino de España» (art. 8). La LTOAI extiende al resto de acuerdos la exigencia de una «mención a “Reino de España” junto con la mención del órgano, organismo o ente que celebre» el AIA (art. 38.4) o del signatario de un AINN (art. 47), resultando también aplicable a los AIA y AINN de las CCAA (arts. 52.2 y 53.2).

interpretaciones excesivamente amplias del precepto constitucional (art. 22); la concreción del régimen de publicación de los tratados (arts. 23 a 24); la previsión de que la retirada de reservas y declaraciones de tratados de los arts. 93 y 94.1 requiera autorización de las Cortes (art. 34.2); la diferenciación entre tratado de enmienda y enmienda simplificada (art. 37.1); o la regulación de los trámites de la denuncia y la suspensión de un tratado (art. 37).

⁷⁴ No sin razón la mejor doctrina se ha referido a ellas como una cuestión «*of unusual—in fact baffling—complexity*». Así lo hacía hace ya más de medio siglo LAUTERPACHT, H., «Report on the Law of the Treaties», *Yearbook of the International Law Commission*, vol. II, 1953, p. 124. Y tal afirmación, al menos desde la perspectiva práctica, creemos que sigue siendo perfectamente válida en nuestros días al margen de la concreta formulación de la Convención de Viena y de las leyes nacionales en la materia. Basta un somero seguimiento de los inacabables trabajos realizados por Alain Pelllet como Relator Especial en la materia dentro de la CDI para corroborar tal afirmación; *Guía Práctica sobre reservas a los tratados internacionales*, A/66/10, apartado 75 y A/66/10 Add. 1; *Anuario de la Comisión de Derecho internacional*, vol. II, 2011. No en vano, una de las tareas más complejas a las que se enfrentan los asesores jurídicos de los Ministerios de Asuntos Exteriores es el seguimiento de las reservas y, de hecho conforma una de las actividades más relevantes que realizan los grupos de asesores de Derecho internacional que se han conformado tanto en el seno de la UE (COJUR) como del Consejo de Europa (CAHDI).

⁷⁵ Para un estudio en profundidad del articulado de la ley, nos remitimos a la obra colectiva coordinada por ANDRES SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., DIEZ HOCHLEITNER, J. y MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *Comentario a la Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales*, Pamplona, Thomson Reuters, en prensa.

⁷⁶ La Orden circular 2/1984, *op. cit.*, se ocupaba de esta cuestión y dejaba abierta la posibilidad de emplear indistintamente ambas denominaciones.

⁷⁷ El Consejo de Estado consideró que «son igualmente admisibles las denominaciones “España” y “Reino de España” para designar al Estado español en los Tratados internacionales en que sea parte, si bien la segunda es preferible y tiene mayor entidad individualizadora»; Dictamen 808/2013, *op. cit.*, apartado 2, subapartado VII, punto D. Cfr. en igual sentido su anterior Dictamen 46.208, de 9 de julio de 1984.

Ciertamente, cabe plantearse en términos pragmáticos la utilidad real de esta previsión (muy especialmente en el caso de los AINN), aunque no entrañemos en ello. Sí conviene, en todo caso, dejar bien claro que su incumplimiento en modo alguno puede suponer una causa de nulidad del tratado ni puede considerarse tampoco motivo para un recurso de inconstitucionalidad, no pudiendo ser considerado el art. 8 LTOAI como una norma interna de importancia fundamental en el sentido del art. 46 de la Convención de Viena. Es más, la mera publicación del tratado en el *Boletín Oficial del Estado* debería entenderse, en el sentido del art. 96.1 de la Constitución y 23 de la LTOAI, como una suerte de convalidación del defecto en la denominación. El art. 8 ha de entenderse, pues, por encima de todo, como una llamada directa a los negociadores españoles para emplear, siempre que resulte posible en el marco de la negociación de un tratado, la denominación sugerida. No faltan, con todo, casos en los que en la práctica no se emplea ninguna de esas denominaciones⁷⁸.

5.3. La aplicación provisional de los tratados

Bastante más relevante es la controvertida cuestión de la aplicación provisional, la cual desde el inicio de la tramitación parlamentaria se erigió en uno de los principales caballos de batalla. No en vano, buena parte de las enmiendas presentadas tuvieron precisamente como diana la regulación prevista en el art. 15 LTOAI⁷⁹. Y ciertamente tiene su lógica. En cierto modo, la doctrina más autorizada viene llamando la atención sobre la problemática intrínseca de este mecanismo⁸⁰. De otro lado, porque, cuando nos encontramos ante

⁷⁸ En efecto, no son escasos los tratados que, bien por exigencia negociadora de la otra parte o bien por motivos de otra índole, se celebran entre el Gobierno de España y el Gobierno del otro Estado parte. Ejemplos al respecto, son, entre los más recientes, el Acuerdo de coproducción entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno de la República Popular de China, hecho en Beijing el 25 de septiembre de 2014 (*BOE* núm. 268, de 5 de noviembre de 2014); Convenio entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno de la República de Austria acerca de las relaciones en el campo audiovisual, hecho en Madrid el 18 de abril de 2012 (*BOE* núm. 201, de 22 de agosto de 2013); Convenio de Cooperación Cultural, Educativa y Científica entre el Gobierno de España y el Gobierno de la República de Armenia, hecho en Madrid el 17 de junio de 2013 (*BOE* núm. 284, de 27 de noviembre de 2013); Convenio entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno de la Federación de Rusia sobre el tránsito de equipos militares y personal a través de su territorio con motivo de la participación de las FFAA españolas en los esfuerzos de estabilización y reconstrucción de Afganistán (*BOE* núm. 308, de 24 de diciembre de 2012).

⁷⁹ En concreto, en el trámite parlamentario del Congreso de los Diputados se presentaron ocho enmiendas de modificación a este precepto. En ellas se proponía, por ejemplo, la limitación de la aplicación provisional por un tiempo determinado (enmienda núm. 115 del Grupo Socialista), si bien el centro de atención principal fue la propuesta de excluir la misma en los tratados de los apartados *c*) y *e*) del art. 94.1 CE (enmiendas núm. 23 del Grupo Izquierda Plural y núm. 62 del Grupo UpyD) y respecto de los apartados *c*) y *d*) (enmienda núm. 116 del Grupo Socialista). En términos no muy diferentes, durante la tramitación en el Senado se presentaron también diversas enmiendas para evitar la aplicación provisional por tiempo indeterminado (enmiendas núm. 82 del Grupo Entesa y núm. 139 del Grupo Socialista) y limitar igualmente su uso en los tratados del art. 94.1 CE ya indicado (enmiendas núms. 49 y 83 del grupo Entesa), parcialmente contradictorias entre sí al referirse la primera a los apartados *c*) y *e*) y la segunda a los apartados *c*) y *d*) (enmienda núm. 140 del Grupo Socialista idéntica a la núm. 83 recién citada). La discusión acaparó también un papel protagonista en los Plenos de ambas cámaras.

⁸⁰ A propósito de esta cuestión siguen siendo particularmente útiles dos excelentes trabajos clásicos de nuestra doctrina; ANDRÉS SAENZ DE SANTA MARÍA, P., «La aplicación provisional de los tratados

tratados cuya prestación del consentimiento requiere la previa autorización de las Cortes (los tratados previstos en los arts. 93 y 94.1 CE), es perfectamente comprensible que la aplicación provisional pueda ser vista como una suerte de prerrogativa del ejecutivo en detrimento del legislativo. Probablemente, no será excepción quien sostenga la existencia de una cierta tendencia al uso excesivo de un instrumento que debe ser, por definición, excepcional.

Ahora bien, no desdeñando la perfecta compatibilidad de lo previsto en la ley con la previsión recogida en el art. 25 de la Convención de Viena de 1969⁸¹ y dejando de lado las posibles controversias doctrinales a propósito de la tensión latente entre ese precepto y el art. 28 de la misma Convención relativo a la irretroactividad de los tratados⁸², no pueden obviarse algunos elementos relevantes que podrían avalar tanto la razonabilidad como la oportunidad de la regulación dada por la LTOAI a la aplicación provisional. Permítase-nos escoger cuatro argumentos diferentes para sostener cada una de las dos dimensiones. Así, por lo que concierne a la razonabilidad de la regulación, en primer lugar, de entrada, la ley no concede un «cheque en blanco» al Gobierno en materia de aplicación provisional ya que, para empezar, la excluye de plano en aquellos tratados que impliquen una atribución del ejercicio de competencias derivadas de la Constitución (art. 15.2 LTOAI), como sería el caso de los tratados de reforma de los tratados relativos a la pertenencia a la Unión Europea o los tratados sobre la Corte Penal Internacional⁸³, basados en el art. 93 CE⁸⁴. En segundo lugar, como no podía ser de otra manera, las Cortes Generales son informadas de inmediato (a través del Ministerio de la Presidencia) de la aplicación provisional autorizada por el Gobierno (art. 15.2 LTOAI). En tercer lugar, la autorización de la aplicación provisional requiere una motivación suficiente sobre las causas que justifiquen su conveniencia, empezando por las exigencias de urgencia que la justifican. En cuarto lugar, y más relevante en relación con la preservación de las competencias del poder legislativo en la materia, cuando se trate de tratados comprendidos en alguno

internacionales en el Derecho español», *REDI*, vol. 34, 1982, pp. 31-78; ORIHUELA CALATAYUD, E., *Los tratados internacionales. Su aplicación en el tiempo*, Madrid, Dykinson, 2004. Por lo demás, puede verse igualmente GUESLIN, A., *La mise en application provisoire des traités*, Paris, Pedone, 2005; DALTON, R. E., «Provisional Application of Treaties», en HOLLIS, D. B. (ed.), *The Oxford Guide to Treaties*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 220-247; MONTAG, F., *Völkerrechtliche Verträge mit vorläufigen Wirkungen*, Berlin, Duncker & Humblot, 1985.

⁸¹ En realidad, bien puede considerarse que esta disposición de la Convención de Viena refleja Derecho internacional consuetudinario; véase, al respecto, VILLIGER, M. E., *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2009, p. 357. DÖRR, O. y SCHMALLENBACH, K. (eds.), *op. cit.*, nota 15, p. 408.

⁸² Véase, por todos, ORIHUELA CALATAYUD, E., *op. cit.*, nota 80 (*Los tratados internacionales...*), especialmente pp. 53-62 y 245-265.

⁸³ Tanto la ratificación del Estatuto de Roma (*BOE* núm. 126, de 27 de mayo de 2002), como la de las Enmiendas de Kampala relativas a los crímenes de guerra y al crimen de agresión (*BOE* núm. 227, de 18 de septiembre de 2014) se hicieron de acuerdo con lo previsto en el art. 93 de la Constitución.

⁸⁴ Cierto que cabe plantearse excluir también los tratados del art. 94.1 de la Constitución o, al menos, los de algunos de sus apartados. De hecho, así lo ha hecho parte de nuestra doctrina más solvente. Véase, por ejemplo, ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., *loc. cit.*, nota 80 («La aplicación provisional...»), pp. 42-43.

de los cinco supuestos del art. 94.1 CE, las Cortes Generales pueden rechazar (obviamente) tal aplicación provisional, en cuyo caso el ministro de Asuntos Exteriores y de Cooperación deberá notificar de inmediato al otro (u otros contratantes) la terminación inmediata de dicha aplicación provisional⁸⁵; las Cortes Generales preservan, por tanto, la potestad última de decisión en la materia (incluida la de revocar la autorización decidida por el Consejo de Ministros y no autorizar la prestación del consentimiento por parte de España).

Por otro lado, por lo que se refiere a la oportunidad de la regulación, puede considerarse, en primer lugar, que en el fondo la regulación no constituye novedad alguna en la práctica (gubernamental y también parlamentaria) española. Antes al contrario. Si algo muestra esa práctica es que, desde la entrada en vigor de la Constitución en 1978, todos los Gobiernos, sin excepción alguna, han venido haciendo un uso creciente de este mecanismo. De hecho, desde la década de los noventa del siglo pasado, no son excepción los años en los que no se autoricen al menos dos decenas de aplicaciones provisionales⁸⁶. En segundo lugar, buena parte de las aplicaciones provisionales, en realidad, no son decisiones propias del Gobierno, sino que vienen exigidas por la UE, que es especialmente proclive a su empleo en el caso de los acuerdos mixtos⁸⁷ y, en ocasiones, con previsiones bastante llamativas⁸⁸. En tercer lugar, en verdad,

⁸⁵ Ciertamente, la ley vincula la cesación de la aplicación provisional a la «intención de España de no llegar a ser parte en el mismo» y no prevé el supuesto en el que las Cortes Generales no autorizaran la aplicación provisional y, sin embargo, sí estuvieran dispuestas a prestar el consentimiento a la celebración del tratado en sí mismo. Pero lo cierto es que la práctica parlamentaria española no muestra hasta el momento precedentes semejantes.

⁸⁶ El número de aplicaciones provisionales de tratados se ha asentado especialmente desde 1992. Fueron 12 en 1992 (diez bilaterales y dos multilaterales), nueve en 1993 (todas en tratados bilaterales), 14 en 1994 (diez bilaterales y cuatro multilaterales), 16 en 1995 (nueve bilaterales y siete multilaterales), 19 en 1996 (15 bilaterales y cuatro multilaterales), 22 en 1997 (14 bilaterales y ocho multilaterales), 14 en 1998 (diez bilaterales y cuatro multilaterales), 20 en 1999 (15 bilaterales y cinco multilaterales), 13 en 2000 (ocho bilaterales y cinco multilaterales), 16 en 2001 (13 bilaterales y tres multilaterales), 18 en 2002 (17 bilaterales y uno multilateral), 26 en 2003 (24 bilaterales y dos multilaterales), 26 en 2004 (19 bilaterales y siete multilaterales), 11 en 2005 (diez bilaterales y uno multilateral), 36 en 2006 (28 bilaterales y ocho multilaterales), 26 en 2007 (20 bilaterales y seis multilaterales), 18 en 2008 (12 bilaterales y seis multilaterales), 23 en 2009 (15 bilaterales y ocho multilaterales), 20 en 2010 (11 multilaterales y nueve bilaterales), 20 en 2011 (15 bilaterales y cinco multilaterales), 17 en 2012 (diez bilaterales y siete multilaterales), 11 en 2013 (siete bilaterales y cuatro multilaterales) y 11 en 2014 (siete bilaterales y cuatro multilaterales).

⁸⁷ Así, se recurre, por ejemplo, a esta aplicación provisional «en la medida que abarquen asuntos que sean competencia de la Unión, incluidos los asuntos comprendidos en la competencia de la Unión en lo que respecta a la definición y aplicación de una política exterior y de seguridad común». Ésta es, por ejemplo, la previsión recogida en el art. 3.1 de la Decisión del Consejo de 16 de junio de 2014 a propósito de la cláusula de aplicación provisional («La Unión y Georgia acuerdan aplicar provisionalmente el presente Acuerdo en lo que se refiere a las partes que indica la Unión») recogida en el apdo. tercero del art. 464 del Acuerdo de Asociación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica y sus Estados miembros, por una parte, y Georgia, por otra (DOUE L 261, de 30 de agosto de 2014, p. 1). Pero, en términos muy semejantes, aparece también en otros Acuerdos recientes en la materia, como por ejemplo, en el art. 486.3 del (accidentado) Acuerdo de Asociación con Ucrania (DOUE L 278, de 20 de septiembre de 2014), el art. 464.3 del Acuerdo de Asociación con Moldavia (DOUE L 259, de 30 de agosto de 2014, p. 1), el Acuerdo sobre la participación de la República de Croacia en el Espacio Económico Europeo (DOUE L 170, de 11 de junio de 2014, p. 3) o el Acuerdo de cooperación con Suiza sobre los programas europeos de navegación por satélite (DOUE L 101, de 4 de abril de 2014).

⁸⁸ Véase *infra*, 7.

no terminamos de estar convencidos de que el argumento de que existe un uso abusivo de este mecanismo tenga un fundamento realmente consistente; ni en términos cuantitativos⁸⁹ ni en términos materiales⁹⁰ ni tampoco en términos comparativos⁹¹. Y, en último lugar, quizá convenga tener presente que, junto a la urgencia, existen otras causas que también coadyuvan a justificar en determinados casos la aplicación provisional. Entre ellas, como bien ha identificado A. Michie, están la certeza de la ratificación, la continuidad jurídica de un tratado para evitar *gaps* temporales en su aplicación, la coherencia jurídica en la aplicación respecto a otras partes de un tratado multilateral e incluso la intención de soslayar cuanto antes posibles obstáculos a la entrada en vigor de un tratado o transmitir un mensaje de confianza en determinadas prohibiciones o, incluso, en la puesta en marcha de determinadas instituciones internacionales de nuevo cuño⁹². De ahí, probablemente, se deriva el hecho de que la LTOAI no se refiera expresamente a la exigencia de «urgencia».

En suma, a nuestro entender, la ley consolida en el plano legislativo una práctica parlamentaria asentada y mantiene un razonable equilibrio entre

⁸⁹ En el plano internacional, del estudio realizado por Albane Gueslin de la base de datos de Naciones Unidas concluía que alrededor del 3 por 100 de los tratados internacionales (la mayor parte de ellos bilaterales) contenían una previsión de aplicación provisional; GUESLIN, A., *op. cit.*, nota 80 (*La mise...*), p. 347.

⁹⁰ De un análisis de las aplicaciones provisionales autorizadas en los últimos años se pueden extraer fácilmente dos conclusiones que, en nuestra opinión, respaldan el uso razonable que se hace en la práctica de este mecanismo. En primer lugar, por lo que respecta a los tratados bilaterales, la aplicación provisional tiene un empleo predominante en los acuerdos de sede y/o de aplicación de privilegios e inmunidades, donde ciertamente su empleo tiene lógica. En segundo lugar, en relación con los tratados multilaterales, el uso de la aplicación provisional resulta particularmente útil en el caso de los acuerdos financieros (p. ej., asistencia técnica) y, por supuesto, de los ya aludidos acuerdos celebrados en el marco de la Unión Europea. Para ser concretos, por lo que se refiere a 2014, de las siete aplicaciones provisionales de tratados bilaterales tres eran acuerdos de sede (Acuerdo entre el Reino de España y la Unión Europea sobre la Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo, *BOE* núm. 119, de 16 de mayo de 2014; Acuerdo entre el Reino de España y la Organización Mundial del Turismo para la celebración de la 98.ª Reunión del Consejo Ejecutivo, *BOE* núm. 133, de 2 de junio de 2014; Acuerdo entre el Gobierno del Reino de España y la Organización Conjunta de Cooperación en Materia de Armamento para el establecimiento de una oficina satélite del programa A400M en territorio español, *BOE* núm. 188, de 4 de agosto de 2014), otras dos lo fueron en materia de inmigración o visados (Acuerdo entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno de Granada sobre supresión recíproca de visados para titulares de pasaportes diplomáticos, *BOE* núm. 256, de 22 de octubre de 2014; Convenio entre el Reino de España y la República de Senegal sobre el traslado de personas condenadas, *BOE* núm. 114, de 10 de mayo de 2014) y los dos restantes conciernen temas de movilidad de jóvenes (Acuerdo entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno de Australia relativo al programa de movilidad para jóvenes, *BOE* núm. 228, de 19 de septiembre de 2014) y coproducción cinematográfica (Acuerdo entre el Reino de España y el Gobierno de la República Popular China de coproducción cinematográfica, *BOE* núm. 268, de 5 de noviembre de 2014).

⁹¹ Es una práctica también existente en el resto de Estados. Desde luego, dentro de la UE, donde hasta los Estados más reticentes a su uso (como es el caso de Portugal o Rumanía) han tenido que ir ideando mecanismos en su legislación interna para permitir los efectos propios de la aplicación provisional de los tratados, al menos en relación a los de la Unión Europea. Por otro lado, si existe aplicación provisional es porque el tratado en cuestión lo permite y, por ende, la contraparte (en el caso de tratados bilaterales) o contrapartes (si es un tratado multilateral) lo han aceptado.

⁹² MICHIE, A., «The Provisional Application of Treaties in South African Law and Practice», *South Africa Yearbook of International Law*, vol. 30, 2005, pp. 8-10; igualmente DALTON, R. E., *loc. cit.*, nota 80 («Provisional Application...»), pp. 220-221 y 234-238.

la potestad del Gobierno de autorizar aplicaciones provisionales de tratados cuando lo considere pertinente en ejercicio de su competencia exclusiva para dirigir la política exterior del Estado (art. 97 CE), y el correlativo poder de las Cortes Generales de adoptar la decisión final a propósito de aquellos tratados que requieran su autorización para la prestación del consentimiento (arts. 93 y 94.1 CE).

5.4. Rango jerárquico y eficacia directa de los tratados

a) Merece también la pena detenernos en el precepto de la ley que establece expresamente la *prevalencia* de los tratados internacionales «sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional» (art. 32). No tanto porque encarne una verdadera novedad, ya que en realidad el rango *infraconstitucional* se desprende implícitamente de la formulación del art. 95.1 de la Constitución y el carácter *supralegal* del inciso segundo del art. 96.1, así como de la interpretación jurisprudencial de ambos preceptos constitucionales⁹³. La ley, y ello es lo relevante, arroja claridad sobre la delicada cuestión de la aplicación interna y ofrece una respuesta directa al juez español⁹⁴, en el sentido reclamado anteriormente por la doctrina más solvente⁹⁵.

La ley no concreta, sin embargo, si la prevalencia sobre la ley incluye también a los tratados concluidos sobre la base del art. 94.2 de la Constitución, alimentando una posible discusión al respecto con argumentos de entidad en un sentido y otro. En coherencia con esta previsión sobre prevalencia, se hace mención en la ley a las posibilidades de control previo de constitu-

⁹³ No es, en todo caso, momento de detenerse en la ya bien estudiada (y discutida) cuestión sobre la posición del Derecho originario y derivado de la Unión Europea dentro del sistema de fuentes interno, así como la concreta incidencia de los principios de primacía y eficacia directa. En la actualidad, la discusión doctrinal se enfoca más bien hacia el tema de los límites de la atribución competencial derivada del art. 93 de la Constitución y la delicada cuestión de la «última palabra» en situaciones de posible conflicto interpretativo entre los Tribunales Constitucionales y el TJUE; véase, por todos, DIEZ HOCHLEITNER, J., «El derecho a la última palabra: ¿Tribunales Constitucionales o Tribunal de Justicia de la Unión?», en VVAA, *Tribunal Constitucional y diálogo entre tribunales: XVIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, CEPC, 2013, pp. 57-130.

⁹⁴ No en vano, coincidiendo temporalmente con la tramitación de esta ley, se ha planteado la cuestión de la existencia de una suerte de control de convencionalidad (Convenciones de Ginebra de 1949) respecto a leyes como la de reforma de la jurisdicción universal (Ley Orgánica 1/2014, de modificación de la LOPJ, relativa a la justicia universal, BOE núm. 63, de 14 de marzo de 2014), sobre la que el TC está llamado a pronunciarse en el marco del recurso de inconstitucionalidad (recurso de inconstitucionalidad núm. 3754/2014, admitido a trámite por Providencia del Pleno del TC de 22 de julio de 2014).

⁹⁵ Puede recordarse la propuesta realizada en este sentido por Luis Ignacio Sánchez Rodríguez en sus observaciones al anteproyecto de ley de 1985; «Problemas básicos de la práctica española en materia de celebración de tratados: propuestas legislativas», en VVAA, *op. cit.*, nota 6 (*La celebración de tratados internacionales...*), pp. 75-94, en p. 93. Véase, igualmente, ROLDÁN BARBERO, J., «El juez español y el Derecho internacional», en SANZ CABALLERO, S. y ABRIL STOFFLES, R. (coords.), *Retos de la jurisdicción internacional*, Pamplona, Civitas, 2012, pp. 155-200; IGLESIAS VELASCO, A. J., «Reflexiones sobre la implementación de los tratados internacionales por los tribunales domésticos: especial referencia a España», *Anuario Español de Derecho Internacional*, 2013, núm. 29, pp. 165-216.

cionalidad de un tratado (art. 19)⁹⁶ y de declaración de inconstitucionalidad por parte del TC (art. 32)⁹⁷ en los términos regulados en su Ley Orgánica⁹⁸. *Stricto sensu* podrían considerarse disposiciones innecesarias, pero, insisto, resulta didáctica y clarificadora su inclusión, sin que ello lógicamente altere en modo alguno los problemas de toda índole (conceptual y práctica) que conllevaría cualquier declaración de inconstitucionalidad de un tratado válidamente celebrado en relación con el art. 46 de la Convención de Viena («violación manifiesta» que «afecte a una norma de importancia fundamental en su derecho interno»). La LTOAI, por el contrario, no hace mención alguna a la posibilidad de un control indirecto de un tratado internacional a través de un recurso de amparo, probablemente por coherencia con la LOTC y con el carácter no orgánico de la ley, si bien parece obvio que tal posibilidad pervive en la práctica⁹⁹.

b) En este mismo orden de cosas, también resulta digna de mención la regulación de la *ejecución* de los tratados. De entrada, es relevante la mención expresa a que «[l]os tratados internacionales serán de aplicación directa, a menos que de su texto se desprenda que dicha aplicación queda condicionada a la aprobación de leyes o disposiciones reglamentarias pertinentes» (art. 30.1). El principio general de *aplicación directa* de los tratados queda, pues, claramente formulado, aunque en la práctica no suponga cambio alguno respecto a la situación existente antes de la ley¹⁰⁰. Y, respecto a la ejecución,

⁹⁶ Como es sabido, hasta el momento tan sólo en dos ocasiones el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse en el marco del control previo de constitucionalidad y ambos casos han tenido como marco proyectadas reformas de los tratados constitutivos de la UE; Declaración 1/1992 (BOE núm. 177, de 24 de junio de 1992) y Declaración 1/2004 del Tribunal Constitucional, de 13 de diciembre de 2004 (BOE núm. 3, de 4 de enero de 2005). Véase, en relación con la primera de esas declaraciones, MANGAS MARTÍN, A., «La Declaración del Tribunal Constitucional sobre el art. 13.2 CE: una reforma constitucional innecesaria o insuficiente», *REDI*, vol. XLIV, 1992, pp. 381-394; y, por lo que se refiere a la segunda, MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., «Hacia una nueva concepción del art. 93 de la Constitución: comentario a la Declaración 1/2004 del Tribunal Constitucional», *REDI*, 2005, pp. 799-818.

⁹⁷ Más escasa aún es la jurisprudencia constitucional existente al amparo de este precepto, que se limita en realidad a la inconstitucionalidad (sin efecto de anulación) del Decreto-ley 14/1998, de 9 de octubre (posteriormente Ley 13/1999, de 21 de abril), de adhesión de España a diversos acuerdos del FMI; STC 155/2005, de 9 de junio (BOE núm. 162, de 8 de julio de 2005). Véase, por ejemplo, SALINAS DE FRIAS, A., «La reafirmación del necesario control parlamentario de la actividad convencional del ejecutivo. Comentario a la Sentencia 155/2005, de 9 de junio, del Tribunal Constitucional», *REDI*, vol. LVII, 2005, pp. 121-143; URREA CORRES, M., «La autorización parlamentaria en la celebración de tratados internacionales: una reserva orgánica y de procedimiento: comentario a la STC 155/2005», *RGDE*, núm. 10, 2006 (www.iustel.com).

⁹⁸ Véase el art. 161.1.a) de la Constitución puesto en conexión con los arts. 31 y 32.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional en relación con posibles recursos de inconstitucionalidad contra tratados internacionales. Y los arts. 78 y 79 de la Ley Orgánica por lo que concierne a la declaración sobre la constitucionalidad de los tratados internacionales.

⁹⁹ Baste recordar a este respecto la reciente STC 26/2014, de 13 de febrero, recaída en el asunto *Stefano Melloni* (BOE núm. 60, de 11 de marzo de 2014), bien conocido por haber sido el marco en el que nuestro Tribunal Constitucional planteó por primera vez una cuestión prejudicial al TJUE (Sentencia de 26 de febrero de 2013, C-399/11). Véase, por todos, IZQUIERDO SANS, C., «Sobre lo que opina el TJ en relación con la definición del nivel de protección de un derecho fundamental por parte de la legislación de la Unión», *La Ley y Unión Europea*, 2013, núm. 4, pp. 3-10.

¹⁰⁰ No es momento de detenernos en viejas disquisiciones a propósito de si nuestro sistema respondería a un modelo dualista moderado (PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho internacional Público*

es tarea del Gobierno, conforme al art. 97 de la Constitución, la función ejecutiva y la potestad reglamentaria respecto de los tratados, salvo que corresponda a las CCAA por encajar dentro de su ámbito competencial (art. 30.3). Si el tratado en cuestión requiriese para su ejecución la aprobación de una ley, corresponderá al Gobierno remitir a las Cortes Generales los pertinentes proyectos de ley (art. 30.2), a los cuales lógicamente se les aplica la exigencia de dictamen del Consejo de Estado¹⁰¹. Esta disposición, al margen de la consideración que se pueda tener sobre su conveniencia por ir más allá de las exigencias derivadas del art. 26 de la Convención de Viena, no parece ser una inclusión casual. Más bien trasluce una clara invitación al Estado a ser particularmente meticuloso a la hora de negociar la formulación de los tratados internacionales y a realizar, en su caso, las declaraciones pertinentes¹⁰².

5.5. La diferenciación entre tratados de enmienda y enmiendas simplificadas

También resulta digna de mención la diferenciación que hace la ley entre tratados de enmienda (art. 36.1) y enmiendas simplificadas (art. 36.2). Así, la enmienda de un tratado se llevará a cabo, conforme a lo previsto en el art. 39 de la Convención de Viena, y si nada establece el tratado al respecto, mediante la conclusión de un nuevo tratado entre las partes (art. 36.1), que lógicamente exigirá el cumplimiento de todas las formalidades internas recogidas en el título II de la ley. Ahora bien, la ley da acogida también a una práctica realmente frecuente, en virtud de la cual cabe una enmienda adoptada conforme a un procedimiento previsto en el tratado que no exija ninguna decisión adicional por parte del Estado parte [art. 36.2.a)]¹⁰³ o una enmienda

y *Organizaciones Internacionales*, Madrid, Tecnos, 12.ª ed., 2008, p. 179) o, más bien, a un modelo de *monismo moderado* (CASANOVAS, O. y RODRIGO, A. J., *Compendio de Derecho Internacional Público*, Madrid, Tecnos, 3.ª ed., 2014, p. 137; MANGAS MARTÍN, A., «La recepción del Derecho internacional por los ordenamientos internos», en DIEZ DE VELASCO, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid, Tecnos, 18.ª ed., 2013, pp. 247-271). Sí parece, con todo claro, que los tratados producen efectos jurídicos plenos desde su publicación íntegra en el *BOE*, resultando susceptibles de crear derechos y obligaciones invocables por los particulares si se encuentran recogidos en disposiciones de tratados que no exijan medidas de ejecución previas. Acaso, en aras de una mayor coherencia y precisión, hubiera sido recomendable que la redacción de este apartado primero del art. 30 hubiera hecho referencia explícita al requisito de «válidamente celebrados», como acertadamente hacen los arts. 28.1 y 31.

¹⁰¹ Recuérdese que el art. 21.2 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado prevé la consulta al Pleno respecto de los «anteproyectos de leyes que hayan de dictarse en ejecución, cumplimiento o desarrollo de tratados, convenios o acuerdos internacionales». Lo propio cabe afirmar también en relación con la ejecución reglamentaria, correspondiendo en ese caso a la Comisión Permanente del Consejo de Estado la emisión de dictamen, conforme a lo previsto en el art. 22.2 de la ya citada Ley Orgánica.

¹⁰² Véase ESPÓSITO, C., «Sobre la ley de tratados y otros acuerdos internacionales», 19 de diciembre de 2014, <http://aquiessencia.net> (última entrada, 12 de enero de 2015). Para este autor, esta disposición ha «ido más allá de lo exigido por el Derecho internacional general» y resulta excesiva e innecesaria. Subraya, igualmente, que «esa presunción le obligará [al Estado] a ser más cuidadoso con el efecto de los tratados en el ordenamiento interno, teniendo que expresar sus intenciones de manera explícita con declaraciones en los tratados».

¹⁰³ Entre los más recientes, es, por ejemplo, el caso de las Modificaciones al Reglamento del Tratado de Cooperación en Materia de Patentes (PCT), adoptadas en la 44.ª sesión de la Unión del PCT

adoptada, cuya entrada en vigor se hace una vez transcurrido un determinado plazo de tiempo sin oposición expresa del Estado [art. 36.2.b) LTOAI]¹⁰⁴. Estamos ante una suerte de manifestación del consentimiento mediante silencio o no objeción¹⁰⁵. Ambas enmiendas requieren, en todo caso, toma de conocimiento por parte del Consejo de Ministros.

6. LOS ACUERDOS INTERNACIONALES ADMINISTRATIVOS: UN INSTRUMENTO JURÍDICO DE IMPORTANCIA CRECIENTE

6.1. Inclusión en la ley de otro tipo de acuerdos internacionales asentados en la práctica española

La ley regula los AIA como un segundo tipo de acuerdo internacional que, al igual que los tratados internacionales, se rigen por el Derecho internacional [art. 2.b)], son susceptibles de generar obligaciones jurídicas internacionales y, una vez publicados en el *Boletín Oficial del Estado*, forman parte del ordenamiento jurídico español (art. 41.4). A efectos materiales, los AIA disponen de idéntico efecto que los tratados regulados en el art. 96 de la Constitución, si bien su celebración exige cobertura formal y material en un previo tratado [arts. 2.b) y 38.3 LTOAI]. No son, empero, tratados en sentido estricto (art. 2b), ya que pueden ser celebrados por órganos, organismos o entes de las administraciones públicas [arts. 2.b) y 38.1 LTOAI], incluidas en su caso las CCAA (art. 52 LTOAI)¹⁰⁶; y la tramitación interna no exige cumplir con los procedimientos propios de los tratados (art. 40). En realidad, la definición y regulación de los AIA no tiene tampoco mucho de original, ya que se basa en la doctrina establecida por el propio Consejo de Estado desde 1990¹⁰⁷ y

(19.^a ordinaria), que tuvo lugar del 23 de septiembre al 2 de octubre de 2013 (BOE núm. 189, de 5 de agosto de 2014).

¹⁰⁴ De la práctica reciente, puede citarse, como botón de muestra, las enmiendas de 2012 al Convenio Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar, 1974, adoptadas el 24 de mayo de 2012 mediante la Resolución MSC.325 (90) (BOE núm. 133, de 2 de junio de 2014); las Enmiendas de 2012 al Código de 2012 al Código Internacional de Seguridad para las naves de gran velocidad, 2000 (Código NGV 2000) adoptadas en Londres el 24 de mayo de 2012 mediante Resolución MSC 326 (90) (BOE núm. 131, de 30 de mayo de 2014); enmiendas de 2012 al Código Internacional de sistemas de seguridad contra incendios (Código SSCI) mediante Resolución MSC.327 (90) (BOE núm. 76, de 29 de marzo de 2012); enmiendas de 2012 al Protocolo de 1988 relativo al Convenio Internacional sobre Líneas de Carga, 1966 enmendado, adoptadas en Londres el 24 de mayo de 2012 mediante la Resolución MSC 329 (90) (BOE núm. 131, de 30 de mayo de 2014); enmiendas de 2012 al Código Internacional para la construcción y el equipo de buques que transporten productos químicos peligrosos a granel (Código CIQ), Resolución MSC.340 (91) (BOE núm. 147, de 18 de junio de 2014).

¹⁰⁵ A propósito de las reglas que rigen el silencio como forma de manifestación del consentimiento en obligarse por tratados, véase PASTOR PALOMAR, A., *Las formas de manifestación del consentimiento para obligarse por tratados internacionales: análisis de la práctica española*, Madrid, Biblioteca Diplomática Española, 2001, pp. 379-380 y 399-407.

¹⁰⁶ Véase, igualmente, el art. 11.4 de la Ley 2/2014, de Acción y del Servicio Exterior el Estado, *op. cit.*

¹⁰⁷ En este sentido, el Dictamen núm. 55.253, de 22 de noviembre de 1990, aborda con claridad la cuestión y entabla un interesante debate conceptual en relación con la tesis que había sosteni-

asumida hace tiempo por la práctica española como una de las modalidades posibles para la ejecución de un tratado internacional¹⁰⁸. Es, además, una denominación que ha sido aceptada plenamente por otras partes con las que España ha celebrado tratados internacionales que incluyan tal posibilidad¹⁰⁹ y, de hecho, su uso es comúnmente asumido tanto por Estados¹¹⁰ como por organizaciones internacionales¹¹¹.

Varios son los problemas que plantea este tipo de acuerdos. Así, el Consejo de Estado ha considerado que el concepto empleado por la ley resulta excesivamente restrictivo (6.2) y un sector de la doctrina estima que puede ser susceptible de «escamotear» competencias de las Cortes Generales (6.3). En nuestra opinión, no son esos, empero, los problemas más sobresalientes, al menos desde una perspectiva conceptual relativa a su verdadera naturaleza jurídica (6.4).

do la Asesoría Jurídica Internacional en su informe de calificación a propósito de la existencia de «acuerdos de ejecución» que quedarían fuera del concepto de tratado internacional. El Consejo de Estado rechaza, en lo sustancial, esa tesis, pero acepta que «no todos los actos de ejecución de un tratado realizados de común acuerdo por órganos de las partes constituyen convenios internacionales». Consideró que «existen numerosos tratados cuya ejecución no se realiza unilateralmente por cada uno de los Estados contratantes, sino que se confía a la constante colaboración de los órganos de las Administraciones públicas de dichos Estados competentes en la materia sobre la que recaía el tratado». Y el Consejo de Estado concluía que «estos acuerdos entre los órganos administrativos de las Partes que sean competentes por razón de la materia pueden venir previstos en el tratado principal correspondiente, que normalmente designará por su nombre a los órganos que hayan de contratar y delimitará el contenido del futuro acuerdo». Es más, por lo que aquí más interesa, el Consejo de Estado reflexionaba *de lege ferenda* y consideraba que «una futura ley reguladora de la Administración en materia de tratados podría atribuir al ministro de Asuntos Exteriores la competencia para autorizar la firma de acuerdos de ejecución y otros acuerdos de carácter subordinado». Y eso es precisamente lo que hace la LTOAI.

¹⁰⁸ Lógicamente, la ejecución puede hacerse también por instrumentos diferentes al AIA. Cabe, sin duda, hacerlo mediante un tratado o incluso mediante un acuerdo sometido al Derecho interno.

¹⁰⁹ Por su relevancia y dificultad intrínseca en la negociación de esa concreta cláusula, puede ponerse como botón de muestra el II Protocolo de Enmienda del Convenio de Cooperación para la Defensa entre España y Estados Unidos de América, de 1 de diciembre de 1988, hecho el 10 de octubre de 2012 (BOE núm. 138, de 10 de junio de 2013). Su art. 3 prevé que las «Partes podrán celebrar acuerdos administrativos en desarrollo del presente Segundo Protocolo de Enmienda, según sea necesario, siempre que esos acuerdos sean conformes con el Convenio y con las respectivas legislaciones nacionales de las Partes». En la versión inglesa, se hace alusión a ellos como *administrative agreements*, con lo que queda claramente establecida la distinción respecto a los tratados en sentido propio, ya se trate de *treaties* o de *executive agreements*, según concurren o no poderes del Senado para autorizar la prestación del consentimiento.

¹¹⁰ Aunque quizá algo desfasada ya en algunos aspectos, una excelente referencia doctrinal para conocer el Derecho comparado en la materia sigue siendo CONSEIL DE L'EUROPE/INSTITUT BRITANNIQUE DE DROIT INTERNATIONAL ET DE DROIT COMPARÉ (ed.), *Conclusion des traités - Expression par les États du consentement à être liés par un traité*, La Haya, Kluwer Law International, 2001, especialmente pp. 103-290.

¹¹¹ En el caso de la UE, también se ha hecho distinción entre *administrative arrangements* («between the Commission —or Commission's services— or the EEAS and administrations of third countries or international organizations [...] frequently concluded on technical/administrative matters») y *political commitments* [«of the EU towards third countries, a third country's administration, an international organization or other international for [...] adopted in various forms: Memoranda of understanding (MoUs), Declarations, Joint (Press) Statements, Codes of Conduct, Arrangements, letters of intent, etc.»]; Comisión Europea, *Vademecum on the External Action of the European Union*, SEC (2011) 881/3, p. 52. Ciertamente que en el caso de la UE considera ambos instrumentos como *non binding instruments*.

6.2. Alcance material del concepto de acuerdo internacional administrativo

En efecto, el Consejo de Estado sostuvo en su Dictamen de 3 de octubre de 2013 que el concepto de AIA establecido por la ley resulta excesivamente restrictivo por no incluir algunos tipos de acuerdos que no tienen cobertura material y formal en un tratado internacional, pero regulan aspectos que pueden hacer las administraciones por propia autoridad y sin afectar a normas con rango legal ni requerir medidas legislativas para su ejecución¹¹².

A este respecto, resulta evidente que efectivamente también existen acuerdos de naturaleza administrativa que tratan aspectos que en el Derecho interno están regulados «por vía reglamentaria y no de rango legal, sin afectar ni modificar, por tanto, la normativa legalmente establecida ni exigir medidas legislativas para su ejecución *por los Estados que lo suscriben*». Para empezar, si, como sostiene el Consejo de Estado, esos acuerdos están suscritos por Estados, nada impide que puedan ser considerados verdaderos tratados internacionales en el sentido del art. 94.2 de la Constitución. De hecho, la única diferencia con otros tratados internacionales que pudieran versar sobre cuestiones que en el Derecho interno sí estén reguladas por normas de rango legal, se centraría en la exigencia de tramitación conforme a las previsiones del art. 94.1.e) de la Constitución, pero para nada afectaría a su naturaleza de tratado internacional; y si dicho acuerdo no tiene naturaleza jurídica de tratado internacional y no se funda en ningún tratado previo, los derechos y obligaciones que pudiera generar no son propios del Derecho internacional (la práctica invita a sostener que se remitiría al ordenamiento interno). Además, en nuestra opinión, los ejemplos que cita el Consejo de Estado para sustentar su posición no terminan de ser adecuados¹¹³. Por lo demás, a este respecto, en nada cambia la ley la posibilidad de que, sin autorización de las

¹¹² En concreto, el Consejo de Estado se refería a acuerdos «en los que se tratan cuestiones propias de la actividad administrativa, que se ocupan de materias que la Administración puede regular por propia autoridad, versando sobre cuestiones que en el Derecho interno están reguladas por vía reglamentaria y no de rango legal, sin afectar ni modificar, por tanto, la normativa legalmente establecida ni exigir medidas legislativas para su ejecución por los Estados que los suscriben» (p. 21).

¹¹³ En este caso, el Consejo de Estado cita tres dictámenes que, en realidad, se refieren a verdaderos tratados internacionales, basados en el art. 94.2 de la Constitución, y no a AIA en sentido propio. Además, en lo relativo a la calificación, el Consejo de Estado se limitó en los dictámenes aludidos a establecer que «la prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio del Acuerdo consultado no requiere la previa autorización de las Cortes Generales» en el sentido exigido por el art. 94.1 de la Constitución.

El Dictamen 826/1992 tiene como fundamento el Reglamento núm. 56 sobre Prescripciones uniformes relativas a la homologación de los proyectos para ciclomotores y vehículos tratados como tales (Revisión 1), anejo al Acuerdo de Ginebra, de 20 de marzo, sobre cumplimiento de condiciones uniformes de homologación y reconocimiento recíproco de la homologación de equipos y piezas de vehículos de motor. El Consejo de Estado en un dictamen muy breve —en el fondo es un dictamen reiterativo de otros muchos de carácter previo en los que ya se había pronunciado sobre Reglamentos anejos al Acuerdo de Ginebra citado— se limita a establecer que este tipo de Reglamentos técnicos «no quedan comprendidos en ninguno de los apartados del art. 94.1 de la Constitución, ya que están dedicados a la homologación de objetos y actividades y la homologación es una función típica de la policía administrativa para cuyo ejercicio no necesita el Gobierno autorización parlamentaria» (Dictamen 826/1992,

Cortes, se puedan seguir celebrando tratados internacionales en cuestiones propias de la actividad de policía administrativa con base en el art. 94.2 de la Constitución. Cuestión diferente, y a la que en realidad se refiere la ley, es que, si existe cobertura formal y material en un tratado previo, se pueden celebrar acuerdos internacionales distintos al tratado que la ley caracteriza como un AIA.

En realidad, en este particular, el Dictamen del Consejo de Estado se funda en un Informe de la Abogacía General del Estado de 2003 en el que los acuerdos internacionales administrativos son definidos como «acuerdos concluidos por órganos de la Administración o entes infraestatales y cuyo ámbito característico es la cooperación técnica, cultural, económica y la ayuda humanitaria»¹¹⁴. A nuestro entender, esta definición resulta excesivamente amplia e incluye modalidades muy diversas de acuerdos internacionales. De hecho, aglutina, en realidad, tanto a los AIA *stricto sensu*, susceptibles de generar verdaderas obligaciones internacionales, como también los acuerdos no normativos¹¹⁵, y los acuerdos con elementos internacionales sometidos al Derecho interno¹¹⁶. Por tanto, a nuestro juicio, en relación con los acuerdos

de 10 de septiembre, apdo. 3 *in fine*). Este Dictamen recoge, en realidad, lo ya establecido poco antes en su anterior Dictamen 1601/1991.

En términos similares, el Dictamen 1401/1992 se refiere, por su parte, a la Revisión 3 del Reglamento núm. 16 sobre prescripciones uniformes relativas a la homologación de cinturones de seguridad y dispositivos de retención para los ocupantes adultos de vehículos automóviles, anejo al Acuerdo de Ginebra de 20 de marzo de 1958 en el que, en realidad, el Consejo de Estado en un dictamen igualmente breve se limita a establecer que este tipo de Reglamentos «no dan lugar a la aplicación de ninguno de los apartados del art. 94.1 de la Constitución», por lo que «no necesita el Gobierno autorización de las Cortes» (Dictamen 1401/1992, de 3 de diciembre, apdo. 2 *in fine*).

En muy parecido sentido, el Dictamen 1738/1994 examina el Acuerdo Multilateral relativo al transporte de sólidos inflamables de la clase 4.1 que deroga parcialmente los Anejos del Acuerdo Europeo de 30 de septiembre de 1957 sobre Transporte Internacional de Mercancías Peligrosas por Carretera. El Consejo de Estado consideró, en el mismo sentido que había propuesto el MAEC, que «los acuerdos internacionales del género del que ahora se despacha no requieren autorización de las Cortes, en cuanto que se ocupan de cuestiones propias de la actividad de policía administrativa (como la homologación de características técnicas a efectos de autorización) y ésta es materia que el Gobierno puede regular por propia autoridad» (Dictamen 1738/1994, de 3 de noviembre, apdo. 4).

¹¹⁴ Informe de la Abogacía General del Estado-Dirección de Servicio Jurídico del Estado, de 15 de octubre de 2003.

¹¹⁵ En este sentido, Antonio PASTOR PALOMAR ha llegado a considerar que «la Abogacía General del Estado confunde los acuerdos no normativos o políticos con los acuerdos internacionales administrativos, sometiéndolos al mismo régimen por comparación al régimen de los tratados internacionales»; en «Tipos de acuerdos internacionales celebrados por España: al hilo del proyecto de ley de tratados internacionales y otros acuerdos internacionales de noviembre de 2013», *REDI*, vol. LXVI, 2014, pp. 331-337, en p. 332.

¹¹⁶ A este respecto, conviene aclarar finalmente que el objeto de la ley no incluye todos los acuerdos internacionales con algún tipo de dimensión internacional. Como expresaba desde su primera versión la *Memoria de Análisis de impacto normativo del anteproyecto de ley de tratados y otros acuerdos internacionales* que el Gobierno remitió a las Cortes Generales junto al proyecto de ley, quedan fuera de la ley acuerdos cuyo régimen jurídico se rija por el Derecho interno. En concreto, la Memoria establece que «no entrarían en el ámbito de aplicación material del Anteproyecto de Ley los siguientes instrumentos jurídicos: los acuerdos con sujetos de Derecho internacional cuyos efectos jurídicos no son regidos por este Derecho, sino por el Derecho interno; las obligaciones internacionales de España originadas por una fuente distinta a la de los tratados, por ejemplo, por la costumbre internacional o por los actos de las organizaciones internacionales, salvo que estos actos institucionales requieran un

que sí encajan en el objeto de la LTOAI conviene diferenciar claramente entre las modalidades de los AIA y los AINN, aunque ello pueda conllevar definiciones algo más farragosas en su formulación de lo deseable. Y, en relación con los acuerdos con elementos internacionales sometidos al Derecho interno, dada su naturaleza bien diferente y dada también la heterogeneidad posible existente entre ellos (convenios de colaboración, acuerdos interadministrativos e incluso algunos contratos), consideramos, con el legislador, que lo más recomendable es dejar su regulación fuera de la LTOAI. Una adecuada ubicación sería la legislación administrativa en la materia, probablemente en la Ley de Régimen Jurídico del Estado y de Procedimiento Común¹¹⁷.

6.3. Tramitación simplificada de los acuerdos internacionales administrativos

La regulación de los AIA ha sido criticada también por sus carencias en relación con el control parlamentario como consecuencia de la falta de información de las Cortes Generales sobre estos acuerdos¹¹⁸. Cabe, sin embargo, recordar que este tipo de acuerdos no sólo reclama publicación en el *BOE*

consentimiento de factura convencional; los acuerdos verbales; los acuerdos, convenios o contratos de Derecho administrativo no regidos por el Derecho internacional público y previstos en el art. 4.1.c) del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, así como los previstos en las normas administrativas específicas, como el Real Decreto-Ley 191/2012, de 25 de mayo, de medidas urgentes de liberalización del comercio de determinados servicios. Dichos acuerdos o convenios «administrativos», que pueden celebrar las Administraciones Públicas de España con otras extranjeras, con base en tales normas administrativas y en materias de su competencia, se rigen por una fuente de Derecho distinta al Derecho internacional público y son independientes de los tratados internacionales». Por supuesto, también quedan fuera del ámbito de aplicación de la ley los «acuerdos con una posible dimensión internacional regidos por el Derecho privado, los contratos laborales, los contratos de prestación de servicios, los contratos regulados en la Ley de Contratos del Sector Público, los negocios y las relaciones jurídicas excluidos de la Ley de Contratos del Sector Público relacionados con su art. 4 [letras a) a r)], los contratos regulados por el Real Decreto-Ley 19/2012, de 25 de mayo, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios, los convenios de colaboración administrativa del art. 6 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y el art. 57 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local».

¹¹⁷ Se podría ubicar, en concreto, en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, cuya elaboración anunció el Gobierno tras el Consejo de Ministros de 30 de abril de 2014 y cuyo informe de Anteproyecto de ley fue recibido por el Consejo de Ministros de 9 de enero de 2015. Así, a la hora de regular las técnicas funcionales de cooperación, se puede incluir, junto a los convenios interadministrativos firmados entre dos o más administraciones y los convenios firmados entre una administración pública y un sujeto privado, una previsión *ad hoc* para este tipo de acuerdos. Una formulación adecuada podría ser la siguiente: «Convenios no constitutivos ni de tratado internacional ni de acuerdo internacional administrativo ni de acuerdo internacional no normativo, firmados entre las Administraciones Públicas y los órganos, organismos o entes de un sujeto de Derecho internacional que queden sometidos al ordenamiento jurídico interno que determinen las partes». Con ello, se lograría colmar cualquier laguna posible, existiría plena coherencia entre ambas leyes y se acabaría con posibles contradicciones que pudieran surgir entre la Abogacía del Estado y la Asesoría Jurídica Internacional del MAEC a la hora de calificar en la práctica algunos acuerdos con elementos internacionales cuya calificación no siempre es sencilla.

¹¹⁸ Véase FERNÁNDEZ TOMÁS, A., *loc. cit.*, nota 50 («Parliamentary control...»), especialmente pp. 79-80.

(art. 41.1), sino que serán informados previamente por la Asesoría Jurídica Internacional del MAEC para verificar que no encubran en realidad un tratado internacional (art. 39.1). Mal puede alegarse, pues, falta de conocimiento o inexistencia de control parlamentario. Antes al contrario. Caso de fundarse el AIA en un tratado que exija previa autorización parlamentaria para la manifestación del consentimiento en el sentido exigido por los arts. 93 y 94.1 de la Constitución, las Cortes habrán de haber autorizado *ex ante* que el tratado en cuestión contenga la aludida posibilidad de celebrar AIA a su amparo; si, por el contrario, el tratado de cobertura es de los previstos en el art. 94.2 de la Constitución —aunque en la práctica raros son los tratados que no terminen encajando en uno o varios de los apartados del art. 94.1—, no dejará de ser potestad del Gobierno la aceptación en su contenido de una cláusula sobre la que fundar los AIA y, en todo caso, habrá informado puntualmente a las Cortes de su celebración. Por otro lado, nada impide, por supuesto, que las Cortes Generales ejerzan *ex post* el correspondiente control respecto del Gobierno a propósito del uso dado a la posibilidad prevista (y previamente autorizada) en el tratado de cobertura. Como tampoco impide la ley que regularmente el Gobierno pueda informar a las Cortes Generales a propósito de los AIA que celebre. Sería, por cierto, una práctica muy deseable.

Con todo, creemos que algunas de las críticas y de las reticencias frente a los AIA podrían derivar de los controvertidos acuerdos que se celebraron en el verano de 2012 para regular la asistencia financiera España¹¹⁹. Más allá de este caso concreto y absolutamente excepcional, la realidad es que cada año se celebran decenas de AIA en las más variadas materias sin que la cobertura material y formal en un tratado internacional previo plantee dificultad alguna. Esta rica práctica encuentra cobertura formal tanto en tratados bilaterales¹²⁰ como multilaterales¹²¹, incluidos los celebrados por una organización internacional con competencia propia para ello¹²². Cabe incluso plantearse

¹¹⁹ Acuerdo Marco de Asistencia Financiera entre la Facilidad Europea de Estabilización Financiera y España, el FROB y el Banco de España, de 24 de julio de 2012, *BOE* núm. 296, de 10 de diciembre de 2012; Memorando de Entendimiento sobre condiciones de política sectorial financiera entre España y la Comisión Europea, de 23 de julio de 2012, *BOE* núm. 296, de 10 de diciembre de 2012. Ambos acuerdos encuentran cobertura en el previo Acuerdo Marco de la Facilidad Europea de Estabilización Financiera (FEEF), suscrito entre 16 Estados del Euro y la FEEF, de 10 de junio de 2010 (*BOE* núm. 164, de 11 de julio de 2011). La publicación de estos instrumentos en el *Boletín Oficial del Estado* podría haberse hecho con mayor celeridad y el contenido de aquéllos es ciertamente amplio, pero creemos que, al margen de la excepcionalidad manifiesta del caso, resultan perfectamente calificables como AIA.

¹²⁰ Es, por ejemplo, el caso del Acuerdo administrativo entre España y Estados Unidos, de 30 de septiembre de 1986, para la aplicación del Convenio sobre Seguridad Social acordado sobre la base del art. 21 de éste (*BOE* núm. 76, de 29 de mayo de 1988). Entre los más recientes, puede verse, por ejemplo, el Acuerdo Administrativo entre el Programa Mundial de Alimentos y el Reino de España, representado por la Secretaría General de Cooperación Internacional para el Desarrollo y el Organismo Público Puertos del Estado, relativo al uso por el Programa Mundial de Alimentos de oficinas e instalaciones ubicadas en las Palmas de Gran Canaria, hecho en Madrid el 10 de abril de 2014 (*BOE* núm. 186, de 1 de agosto de 2014).

¹²¹ Probablemente son los tratados sobre concesión de privilegios e inmunidades de organizaciones internacionales los más dados a contener autorizaciones expresas para la celebración de AIA.

¹²² Sin duda, la Unión Europea es el ejemplo por antonomasia y el sector de los acuerdos de readmisión con Estados terceros un ámbito particularmente abonado para este tipo de acuerdos. Véase,

si un acto de una organización internacional puede dar cobertura suficiente a la celebración de un AIA. Así, en la práctica se ha planteado, dentro del peculiar ámbito de la UE, la controvertida cuestión de si un acto de Derecho derivado, como un Reglamento¹²³, una Decisión¹²⁴ o incluso una Directiva¹²⁵ podrían servir de cobertura suficiente para un AIA. También se ha planteado esta cuestión en relación con actos de otras organizaciones internacionales, como puede ser sobre todo el caso de Resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas¹²⁶. Y la tendencia, ciertamente, es a aceptarlo.

por ejemplo, el Acuerdo entre la Federación Rusa y la Comunidad Europea sobre readmisión, de 25 de mayo de 2006 (art. 20), *DOUE* L 129, de 17 de mayo de 2007, p. 40. Su art. 20 prevé expresamente la celebración de Protocolos de aplicación del Acuerdo entre la Federación rusa y los Estados miembros, en materias de autoridades competentes, modalidades de readmisión, condiciones aplicables a la escolta, etc. Véase *in extenso* sobre este Acuerdo, COM (2006) 191 final, de 27 de abril. El Protocolo de Ejecución entre España y la Federación rusa se hizo en Kazán el 26 de mayo de 2010, *BOE* núm. 199, de 20 de agosto de 2012.

¹²³ Los Reglamentos (CEE) 1408/71 y 574/72 prevén, en materia de aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena (y sus familiares) que se desplazan dentro de la Unión, un sistema de reembolso de los gastos por las prestaciones en especie que exige acuerdos entre Estados. Sobre esta base, se ha celebrado, por ejemplo, el Acuerdo entre las Autoridades competentes del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y la Autoridad competente del Reino de España sobre el reembolso de los gastos por prestaciones en especie con arreglo a las disposiciones de los Reglamentos (CEE) 1408/71 y 574/72, hecho el 18 de junio de 1999, *BOE* núm. 93, de 18 de abril de 2001. De naturaleza semejante son también, por ejemplo, los acuerdos para la aprobación de los estatutos de los consorcios europeos de infraestructuras de investigación (conocidos por sus siglas en inglés ERICs) que regulan su estructura, funcionamiento e incluso contienen pequeñas exenciones fiscales y están basados en el art. 5.1.b) del Reglamento 723/2009, del Consejo, de 25 de junio, relativo al marco jurídico comunitario aplicable a los Consorcios de Infraestructuras de Investigación Europeas, ERICs; *DOUE* L 206, de 8 de agosto de 2009, p. 1. Puede, igualmente, citarse los acuerdos constitutivos de agrupaciones europeas de cooperación territorial, cuyos estatutos se aprueban conforme al Reglamento (CE) 1082/2006, modificado posteriormente por el Reglamento (UE) 1302/2013.

¹²⁴ La Decisión 2002/187/JAI del Consejo, por la que se crea Eurojust, modificada por Decisión 2009/426/JAI del Consejo, por la que se refuerza Eurojust, permite, por mor de sus arts. 12.5.a), 12.6, 13.1 y 13 bis, la celebración, por ejemplo, de un Memorándum de entendimiento sobre establecimiento de una conexión segura entre Eurojust y España por el que se regule el establecimiento, puesta en funcionamiento y operación de una conexión segura con Eurojust que permita la transmisión de información entre las Partes.

¹²⁵ La Directiva 2006/67/CE, del Consejo, de 24 de julio, por la que se obliga a los Estados miembros a mantener un nivel mínimo de reservas de petróleo crudo y productos petrolíferos prevé en su art. 7.1 la posibilidad de constitución de dichas reservas mediante acuerdos entre Gobiernos (*DOUE* L 217, de 8 de agosto de 2006). A su amparo se ha celebrado, por ejemplo, el Acuerdo entre el Reino de España y la República Portuguesa sobre el mantenimiento recíproco de reservas de crudo y productos del petróleo, hecho en Lisboa el 8 de marzo de 2007, *BOE* núm. 171, de 16 de julio de 2008. Otros acuerdos semejantes se han celebrado con Irlanda (*BOE* núm. 37, de 12 de febrero de 2013) o con Malta (*BOE* núm. 184, de 2 de agosto de 2013).

¹²⁶ Es, por ejemplo, el caso de los diversos Memorandos de Entendimiento celebrados entre el Gobierno de España y la ONU para regular la participación de la Guardia Civil en MINUSTAH (Haití), que encuentran su fundamento en la Resolución 1542 (2004) del Consejo de Seguridad y, posteriormente, en la Resolución 1908 (2010) del Consejo de Seguridad por la que se aumentan las capacidades de la misión tras el terremoto de 12 de enero de 2012. También podrían encajar en esta categoría los Memorandos de entendimiento entre el Gobierno de España y la ONU por los que se regula la participación del contingente militar español en la Fuerza Provisional de las Naciones Unidas en el Líbano (FPNUL), que autorizó el Consejo de Ministros el 8 de septiembre de 2006 y que encuentran acomodo en las Resoluciones 425 (1978) y 426 (1978), de 19 de marzo, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, y en la posterior Resolución 1701 (2006), de 11 de agosto, también del Consejo de Seguridad, por la que se incrementa la fuerza hasta un número máximo de efectivos de 15.000 soldados.

Sea como fuere, el valor añadido de la ley radica en que aporta como garantía la lógica exigencia de publicación en el *BOE*, que en la práctica anterior distaba largo trecho de ser realidad. La LTOAI permitirá, así, poner coto, *a futuro*, a una criticable práctica anterior de ausencia de publicación que entrañaba serios déficits en términos de seguridad jurídica. Ello no es óbice, empero, para reconocer que la redacción final del art. 41 hubiera debido «pulirse» algo más.

6.4. Otros problemas derivados de la incierta naturaleza jurídica de los acuerdos internacionales administrativos

En realidad, en nuestra opinión, el verdadero problema de fondo radica en fijar la posición de los AIA dentro del sistema de fuentes interno. Como ya se ha visto, la ley predica el carácter supralegal (e infraconstitucional) de los tratados internacionales, pero nada dice sobre la posición jerárquica de los AIA. Desde la perspectiva externa, parece claro que los AIA se rigen por el Derecho internacional, pueden generar obligaciones jurídicas internacionales y su incumplimiento es susceptible de generar responsabilidad del Estado. Hasta aquí no les diferencia con los tratados. Pero, desde la perspectiva interna, no parece sencillo sostener respecto a su rango normativo el carácter supralegal, cuando su tramitación interna ha quedado fuera del *iter* parlamentario derivado de los arts. 93 y 94.1 de la Constitución. Con todo, este aspecto, siendo importante, parece más una cuestión dogmática que práctica, ya que el AIA tiene en realidad fundamento (material) en un previo tratado internacional que sí goza de carácter (interno) supralegal que sirve de cobertura (formal) para generar obligaciones internacionales de idéntico grado de obligatoriedad (internacional); al menos si se trata de un tratado de los presentes en los arts. 93 y 94.1 de la Constitución. Se supone, por tanto, que si el AIA se ha celebrado de forma correcta dentro de los límites (formales y materiales) marcados por el tratado en el que se funda, sería en todo caso ese tratado el que pudiera entrar en colisión con una norma interna de carácter legal y, respecto a él, no hay duda de su aceptado rango supralegal.

En parecido orden de cosas, se plantea también la interesante cuestión de si un AIA podría ser objeto de un recurso de inconstitucionalidad ante el TC. Nada dice la ley al respecto y, ciertamente, aunque teóricamente sea un problema interesante, carece también de relevancia práctica, pues presume que el tratado que sirvió de base (formal y material) para el AIA no fue recurrido en su momento. En cualquier caso, si se llegara a dar tal supuesto, probablemente nada impediría que el TC pudiera hacer una interpretación extensiva de la competencia derivada del art. 79 de su Ley Orgánica.

7. LOS ACUERDOS INTERNACIONALES NO NORMATIVOS: UN TIPO DE ACUERDO INTERNACIONAL EN BOGA (EXCESIVA)

7.1. Controvertida inclusión en la ley y problemática sobre su denominación

Frente a los acuerdos de voluntades celebrados con la intención de crear derechos y obligaciones jurídicas entre las partes que acabamos de considerar (tratados y AIA), existe un uso creciente de acuerdos celebrados con la voluntad expresa de *no* generar obligaciones jurídicas ni provocar responsabilidad internacional en caso de incumplimiento, aunque pueden ser de enorme trascendencia política. No se trata, en modo alguno, de un tema nuevo¹²⁷, pero en las últimas décadas estos acuerdos están cobrando un protagonismo inusitado, a la vez que su regulación internacional sigue envuelta en una cierta nebulosa. Resulta obvio que estos acuerdos quedan fuera de la Convención de Viena y los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) tan sólo han tratado la cuestión de forma muy tangencial. Por otro lado, los sujetos de Derecho internacional han comenzado una tarea de acotación del fenómeno e intento de regulación, si bien esta labor se encuentra aún en un estadio muy embrionario¹²⁸. En este contexto, la LTOAI ha optado por una opción vanguardista e incluye en su regulación este tipo de acuerdos en el mismo sentido que ya había intentado, por ejemplo, el fallido borrador de anteproyecto de ley de 2011; y ello ha merecido no pocas críticas, tanto en el plano político, con numerosas enmiendas durante su tramitación parlamentaria¹²⁹, como en el plano jurídico, con diversas observaciones críticas del Consejo de Estado. Estas críticas afectan, de entrada, a su propia denominación como AINN¹³⁰.

¹²⁷ Desde el mismo momento de elaboración de la Convención de Viena de 1969 la doctrina se planteó esta cuestión; véase MÜNCH, F., «Comments on the 1968 Draft Convention on the Law of the Treaties: Non-binding Agreements», *Zeitschrift für Ausländisches Recht und Völkerrecht*, vol. 29, 1969, pp. 1-12; SCHACHTER, O., «The Twilight Existence of Nonbinding International Agreements», *American Journal of International Law*, vol. 71, 1977, pp. 296-304.

¹²⁸ La UE se refiere a ellos como *political commitments* y los concibe, como uno de los *non binding instruments*, «of the EU towards third countries, a third country's administration, an international organization or other international fora [...] adopted in various forms: Memoranda of understanding (MoUs), Declarations, Joint (Press) Statements, Codes of Conduct, Arrangements, letters of intent, etc.»; Comisión Europea, *Vademecum on the External Action of the European Union*, SEC (2011) 881/3, p. 52. Como ya se ha indicado *ut supra*, dentro de los *non binding instruments*, la UE trata también los *administrative arrangements*.

¹²⁹ De hecho, el objeto de las dos enmiendas a la totalidad presentadas por los grupos parlamentarios de La Izquierda Plural y EAJ-PNV tuvieron por objeto los AINN, si bien su crítica estaba orientada a la regulación de los mismos cuando los firmantes fueran CCAA. También el Grupo Socialista presentó enmiendas de supresión de la regulación de la ley sobre AINN (*Diario de Sesiones, Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente*, núm. 165, *op. cit.*, p. 18). En consecuencia, se plantearon también buen número de enmiendas concretas de supresión de los preceptos de título IV de la LTOAI, tanto en el Congreso de los Diputados (enmiendas núms. 44, 139, 157), como en el Senado (enmiendas núms. 22, 57, 120).

¹³⁰ En este sentido, el Consejo de Estado sostenía que la denominación acuerdos no normativos «hace referencia al hecho de que el acuerdo no contiene prescripciones que puedan incorporarse al ordenamiento, es decir a su carácter no ordinal, cuando, sin embargo, su definición se centra en una circunstancia diferente como lo es que no comporten derechos ni obligaciones o que no vinculen

En nuestra opinión, en el marco de un debate teórico, puede aceptarse que la denominación escogida por la ley para referirse a este tipo de acuerdos no resulta óptima¹³¹. Ciertamente, no parece ofrecer dificultad la referencia a su carácter de *acuerdo* ni su calificativo como *internacional*, dada la concurrencia de voluntades subyacentes y su consustancial dimensión internacional. Sin embargo, en relación con los efectos, la alusión a su carácter *no normativo* puede efectivamente considerarse discutible. Ahora bien, pudiendo estar de acuerdo con esta consideración, el problema real surge al tratar de buscar una alternativa a la empleada por la ley en una cuestión en la que no existe consenso¹³², ya que el Consejo de Estado no suministra en su dictamen propuesta alguna y la doctrina está lejos de ofrecer una denominación suficientemente consolidada. Podría, acaso, pensarse en el término *acuerdos políticos*, pero no nos parece pertinente porque, aunque la característica común a buena parte de ellos sea la voluntad de realizar declaraciones de naturaleza meramente política, existen también otros muchos acuerdos de este tipo que tienen, por ejemplo, contenido técnico o logístico. Resulta igualmente insatisfactoria, por insuficiente, su reconducción a los «pactos de caballeros» (*gentlemen's agreements*), ligados a las *personas* que los acuerdan, o de acuerdos *de facto* o de acuerdos informales, por excesivamente indeterminados. Tampoco parece satisfactorio decantarse por la terminología más habitual en la práctica, MOUs, ya que el empleo del término original en una lengua diferente de la española (*Memorandum of Understanding*) no parece lo más recomendable y, además, en la práctica internacional bajo la denominación MOUs, traducible como Memorando de Entendimiento, se incluyen instrumentos jurídicos de naturaleza enormemente dispar¹³³. Finalmen-

ni jurídica ni económicamente, propiedad ésta de difícil verificación en muchos casos ya que es normal que, en última instancia, los acuerdos comporten algún tipo de compromiso, político, técnico o incluso económico». E insiste en que la referencia en la definición a que este tipo de acuerdos no se rijan por el Derecho internacional ni por ningún otro ordenamiento jurídico «puede entenderse poco ajustada a la realidad ya que la actividad convencional de cualquier tipo puede suponerse sujeta cuanto menos a principios generales de común aceptación y de naturaleza jurídica como el de buena fe en la negociación y aplicación de lo convenido a título de ejemplo» (p. 22).

¹³¹ A este respecto, puede verse el ya citado trabajo de MAZUELOS BELLIDO, A., *loc. cit.*, nota 16 (Soft law...), especialmente pp. 16-20.

¹³² En la práctica, ha sido la terminología en inglés la que está imponiendo el paso utilizando denominaciones como *de facto agreements*, *gentleman's agreements*, *non-legal agreements*, *political agreements*, *non-binding agreements*, *non-legally binding agreements*, etc. En todo caso, un elemento común que la doctrina anglosajona que más ha estudiado esta cuestión hace de todos ellos, es su consideración como «*non-legally binding agreements*»; AUST, A., *Modern Treaty Law and Practice*, 2.^a ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2007; *id.*, «Alternatives to Treaty-Making: MOUs as Political Commitments», en HOLLIS, D. B. (ed.), *op. cit.*, nota 59 (*The Oxford Guide...*), pp. 46-72, en p. 46.

¹³³ En la práctica existen acuerdos cuya denominación formal es la de *Memorandum of Understanding* (o en algún caso *Memorandum of Agreement*), mientras que su naturaleza real es la de un tratado internacional, dado que a la luz de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados lo son «cualquiera que sea su denominación particular» [art. 2.1.a)]; cfr. AUST, A., *loc. cit.* («Modern Treaty...»), pp. 26-27. Y hay otros que, aunque ciertamente el núcleo de los mismos equivalga a lo que la ley considera AINN, serían AIA; cfr., por ejemplo, Memorando de Entendimiento sobre condiciones de política sectorial financiera entre España y la Comisión Europea, de 23 de julio de 2010, *op. cit.* Es más, si se examina el Registro de la Secretaría General de las Naciones Unidas, se observará que existen algunos instrumentos registrados con el nombre de Memorandum que, en realidad, son verdaderos tratados internacionales.

te, como alternativa nominal más clara se podría optar por la de *acuerdos internacionales no jurídicos*. Pero, a nuestro juicio, esta opción no resulta tampoco adecuada, porque no parece óptimo identificar la ausencia de obligaciones jurídicas con el carácter no jurídico del texto en cuestión, ya que la *juridicidad* de un acto no puede identificarse directamente con la producción de obligaciones jurídicamente exigibles. Tampoco lo sería, a mayor abundamiento, porque su plasmación por escrito con una formulación precisa de compromisos por ambas partes, que se acompaña además de una formalidad como la firma (y la publicidad), conlleva ciertos elementos *jurídicos*, aunque obviamente su intención no sea la de generar obligaciones de naturaleza jurídica¹³⁴. Además, desde el mismo momento en que estos acuerdos están regulados por una ley y presumen ciertas formalidades (mínimas) ya disponen de cierto carácter jurídico; y resulta, además, evidente, que la formulación de muchos de esos acuerdos denota claramente una cierta aspiración de juridicidad¹³⁵. Por tanto, aunque el término escogido pueda no resultar óptimo, en nuestra opinión, sí es perfectamente defendible su utilización; y es, por lo que más interesa, perfectamente compatible con los Convenios de Viena de Derecho de los Tratados, ya que sus respectivos arts. 2.2 dejan bien claro que los términos empleados en las citadas Convenciones «se entenderán sin perjuicio del empleo de esos términos o del sentido que se les pueda dar en el derecho interno de cualquier Estado»¹³⁶. Es, pues, labor del Derecho interno decantarse por uno u otro término y la LTOAI ha escogido uno entre todos los posibles. Además, doctrina bien reconocida en la materia había utilizado esta denominación como la más adecuada¹³⁷. A la postre, la ley en el fondo no hace sino cristalizar la denominación que se emplea en la práctica por parte del MAEC¹³⁸ desde hace ya décadas¹³⁹.

¹³⁴ En un sentido, en parte, no coincidente con el aquí sostenido, véase VIRALLY, M., «La distinction entre textes internationaux de portée juridique et textes internationaux dépourvus de portée juridique», *Annuaire de l'Institut de Droit International*, vol. 60, 1983, pp. 166-374.

¹³⁵ Nadie dudará seriamente del carácter jurídico de, por ejemplo, el Acta Final de Helsinki o de los Acuerdos de Córdoba de 2004 sobre Gibraltar o de buena parte de los acuerdos que celebran con frecuencia creciente las CCAA al amparo de sus respectivos Estatutos de Autonomía (véase *infra*, 7).

¹³⁶ En parecido sentido, el art. 102 de la Carta de las Naciones Unidas, de 26 de junio de 1945, deja bien clara la existencia de acuerdos diferentes de los tratados cuando en su apartado primero establece que «[t]odo tratado y todo acuerdo internacional concertado por cualesquiera Miembros de las Naciones Unidas...»; cursiva añadida por nosotros.

¹³⁷ Es el caso de Antonio REMIRO BROTONS, si bien en el temprano trabajo en el que lo hacía dejaba establecido que empleaba esa denominación «según una preferencia de autor que sigue abierta a nuevas obtenciones terminológicas»; «De los tratados a los acuerdos no normativos», en VVAA, *La celebración de tratados internacionales por España: problemas actuales*, Madrid, Escuela Diplomática-MAE, 1990, pp. 23-48, en p. 41. Ciertamente que con posterioridad todo indica a que al propio autor le han podido surgir dudas al respecto ya que en realidad en las últimas ediciones del manual por él coordinado ya no se encuentra esta referencia.

¹³⁸ Al margen de innumerables informes jurídicos de la AJI, puede verse, por ejemplo, la Orden Circular 2/2010, de 13 de julio, del MAEC sobre las normas para la tramitación de los acuerdos no normativos por parte de los órganos de este departamento, así como en lo relativo al seguimiento y colaboración con otras administraciones públicas en esta materia.

¹³⁹ A este respecto, es de justicia reconocer el enorme valor de un pionero informe de la AJI de 23 de abril de 1986, elaborado por el entonces jefe de la misma y al que la doctrina dio publicidad en su momento, en el que se realizaban valiosas reflexiones a propósito de la naturaleza de tales acuerdos

7.2. La ausencia de obligaciones jurídicamente exigibles como señal de identidad de este tipo de acuerdos

Más allá del debate terminológico recién suscitado, que en realidad no nos lleva muy lejos, el elemento característico de los AINN es que «no constituye fuente de obligaciones internacionales ni se rige por el Derecho internacional» [arts. 2.c) y 43 LTOAI]¹⁴⁰. Por tanto, no son susceptibles de generar responsabilidad internacional del Estado en caso de incumplimiento, si bien sí están sometidos a las exigencias de la buena fe y generan una suerte de obligación política o moral, cuyo incumplimiento puede tener consecuencias para el Estado incumplidor¹⁴¹. Tampoco puede, en modo alguno, servir para modificar lo previsto en un tratado internacional previo. Y, desde luego, será su contenido jurídico y la voluntad de las partes de crear (o no) obligaciones jurídicas internacionales lo que determine, finalmente, su consideración como AINN o como tratado y no su nombre o su forma¹⁴². De ahí que resulte capital que la formulación que se dé a este tipo de acuerdos deje meridianamente clara la voluntad de los firmantes de excluir la generación de obligaciones jurídicas internacionales y la intención expresa de no quedar regidos por el Derecho internacional (ni por ningún otro ordenamiento

y en el que se trataban de fijar algunos límites materiales a su uso; PÉREZ GIRALDA, A., «España y la práctica del Derecho internacional: los acuerdos no normativos», en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (coord.), *op. cit.*, nota 21 (*España y la práctica...*), pp. 77-91, en pp. 82-83; *id.*, «La sectorialización del Derecho internacional y de la Diplomacia», en *id.*, *Prudencia jurídica y poder exterior*, Madrid, Biblioteca Diplomática Española-MAE, 2010, pp. 101-128; el contenido del citado informe jurídico de la AJI de 1986 se reproduce en pp. 249-262. Para la práctica posterior, véase ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., «Los memorandos de entendimiento: consideraciones prácticas a la luz del Derecho de los tratados», en VVAA, *Informes del MAEC a los memorandos de entendimiento de las Comunidades Autónomas con instituciones extranjeras (2002-2006)*, Madrid, MAEC, 2006, pp. 607-611.

¹⁴⁰ A juicio de José Antonio PASTOR RIDRUEJO, hubiera sido preferible «que se dijese que esos acuerdos no son fuente de obligaciones jurídicamente exigibles, porque al amparo del principio cardinal de la buena fe, sí que generan obligaciones en los planos moral y político»; «La necesidad de una ley de tratados y otros acuerdos internacionales», en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (coord.), *op. cit.*, nota 21 (*España y la práctica...*), pp. 55-60, en p. 59.

¹⁴¹ Un relevante sector doctrinal considera, con buen criterio, que hubiera sido más adecuado añadir expresamente que no generan obligaciones *jurídicas* internacionales; ESPÓSITO, C., *loc. cit.*, nota 102 («Sobre la nueva ley...»); PASTOR RIDRUEJO, J. A., *loc. cit.*, nota 140 («La necesidad...»). PÉREZ GIRALDA, A., *loc. cit.*, nota 139. A nuestro juicio, tal consideración de no generar obligaciones *jurídicas* internacionales es la que cabe deducir de una interpretación sistemática de la definición de AINN [art. 2.c)] y de su regulación en la ley (art. 43). Con todo, quizá el motivo de no haber incluido el calificativo sugerido derive más de la intención de buscar cierta coherencia con la propia terminología escogida para denominar a este tipo de acuerdos *no normativos* (por contraposición a la posible denominación de acuerdos *no jurídicos*) que de motivos de otra índole. A mayor abundamiento, al considerarse que no generan obligaciones y que no quedan sometidos al Derecho internacional, no parece complicado colegir que la exclusión de obligaciones internacionales a las que se refiere el art. 43 no puede ser sino de carácter *jurídico*.

¹⁴² El Tribunal Internacional de Justicia ha mantenido a este respecto una jurisprudencia garantista tendente a evitar que los Estados puedan ampararse en la forma del acuerdo celebrado, por ejemplo un comunicado conjunto para desentenderse de verdaderas obligaciones jurídicas internacionales (Sentencia de 19 de diciembre de 1978, *asunto sobre la plataforma continental del Mar Egeo*, CIJ Recueil 1978, p. 44) o un *procès verbal* (Sentencia de 16 de marzo de 2001, *sobre delimitación marítima y otras cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein*, CIJ Recueil 2001, p. 120).

jurídico). Es, de hecho, una cuestión a la que habrá de prestarse particular atención en la labor de calificación que se haga al respecto, sea por la Asesoría Jurídica Internacional del MAEC o sea por los servicios jurídicos de cada departamento ministerial¹⁴³. No puede ignorarse que, pese a su ya aludida ausencia de obligaciones jurídicas internacionales, un mal uso de los AINN podría encubrir en algún caso la intención de eludir los trámites parlamentarios exigidos por los arts. 93 y 94.1 de la Constitución¹⁴⁴. En realidad, el verdadero riesgo de los AINN, con independencia de su denominación y definición, radica en su creciente utilización y en la posibilidad (no meramente hipotética) de acabar convirtiéndose en *el* instrumento internacional para articular jurídicamente, gracias a su flexibilidad evidente, las relaciones entre sujetos de Derecho internacional. Existe un riesgo cierto de arrinconamiento progresivo del uso de los tratados (y los AIA) a los estrictos supuestos en los que resultase inevitable. No en vano, las ventajas que los AINN ofrecen en las relaciones diplomáticas a los Estados son evidentes respecto de los tratados: mayor versatilidad, posibilidad de confidencialidad, soslayo de los requisitos formales de tramitación interna de los tratados, etc.¹⁴⁵. Precisamente por ello, para encauzar el uso de los AINN a su ámbito natural de actuación (asunción de compromisos de naturaleza netamente política) y evitar un uso inadecuado (AINN que encubran verdaderos tratados internacionales) o abusivo (recurso a un AINN valiéndose de su no exigencia de publicación), resulta particularmente relevante que la LTOAI regule su empleo y prevea la novedosa exigencia de registro. Como también es esencial, en idéntico sentido al expresado *ut supra* a propósito de los AIA, la exigencia de informe previo por parte de los servicios jurídicos del órgano de que se trate. De cualquier forma, con independencia de la formulación concreta de la ley, la prudencia y la medida deberían ser los criterios rectores en el uso de este tipo de acuerdos por las administraciones públicas.

¹⁴³ En diversas ocasiones, anteriores jefes de la AJI han puesto de relieve la importancia que reviste una adecuada formulación de los AINN y la relevancia que se concede a este aspecto en los informes de la AJI. Véase, por todos, PÉREZ GIRALDA, A., *loc. cit.* («España y la práctica...»), p. 83; *id.*: *op. cit.*, nota 138 (*Prudencia jurídica...*), especialmente pp. 249-262. De hecho, en el seno de la AJI existe una suerte de «guía informal» sobre recomendaciones para la adecuada formulación de un AINN, de la que no es en absoluto ajena una importante contribución, ya citada, del profesor Remiro Brotons en la que establecía diez recomendaciones al respecto; *loc. cit.*, nota 139 («De los tratados a los...»), pp. 47-49. Así, a título de ejemplo, se trata de evitar en su redacción los términos que denotan obligatoriedad jurídica por otros que pongan en evidencia el carácter no vinculante. Conviene, pues, no utilizar títulos como Protocolo o Acuerdo sin más en favor de otros como AINN o simplemente MOU (si, como es muy habitual, lo reclama el otro firmante involucrado); es igualmente preferible utilizar apartados en lugar de artículos o firmantes en lugar de partes; y, por supuesto, resulta capital evitar la formulación de cualquier tipo de obligación jurídica.

¹⁴⁴ Véase, al respecto, la interesante contribución de GONZÁLEZ VEGA, J. A., «¿Tratados ocultos? Sobre ciertas manifestaciones de la acción concertada “no convencional” en el marco de las competencias “reservadas” a los tratados internacionales», en TORRES BERNÁRDEZ, S. (coord.), *El Derecho internacional en el mundo multipolar del siglo XXI. Obra homenaje al profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez*, Madrid, Iprolex, 2013, pp. 75-101.

¹⁴⁵ Véase, al respecto, LIPSON, C., «Why are Some International Agreements Informal?», *International Organizations*, vol. 45, 1995, pp. 495-538.

8. EL PAPEL DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN LA CELEBRACIÓN DE ACUERDOS INTERNACIONALES: LA BÚSQUDA DE UN DIFÍCIL EQUILIBRIO ENTRE LA LABOR DE COORDINACIÓN DEL ESTADO Y EL RESPETO DE LAS COMPETENCIAS AUTONÓMICAS

Como ya se ha indicado al tratar el objeto de la LTOAI¹⁴⁶, una de las principales novedades de la ley respecto a anteriores borradores de anteproyecto es la inclusión de un título propio dedicado a las CCAA (título V)¹⁴⁷, en el que se diferencia entre la participación en la celebración de tratados internacionales (arts. 49 a 51) y la celebración de AIA o AINN por sí mismas (arts. 52 y 53).

El punto de partida de la regulación lo configura un doble hecho. En primer lugar, los Estatutos de Autonomía —especialmente los de segunda generación, con el de Cataluña como paradigma (arts. 192 a 200)¹⁴⁸— han incluido en su articulado determinadas potestades de las CCAA en materia de celebración de tratados internacionales por parte del Estado, si bien esta regulación se ha hecho de manera dispersa y heterogénea¹⁴⁹. Y, en segundo lugar, las CCAA celebran con frecuencia creciente acuerdos de dimensión internacional de naturaleza y contenido muy dispar¹⁵⁰.

En coherencia con ello, la LTOAI regula, en primer lugar, el derecho de las CCAA a solicitar al Gobierno la apertura de negociaciones para la celebración de tratados que tengan por objeto materias de su competencia o interés

¹⁴⁶ Véase *supra*, 3.

¹⁴⁷ Pese a que el fallido anteproyecto de ley de ordenación de la actividad del Estado en materia de tratados, que se elaboró en 1985, no contenía regulación alguna en relación con las CCAA, más allá de una referencia al regular la ejecución de los tratados (art. 23), la doctrina más autorizada en la materia advirtió de la incidencia que la participación de las autonomías territoriales tenía en la concertación convencional del Estado, así como la posibilidad de concertación transnacional de las CCAA. En ese temprano momento previo a la jurisprudencia definitiva del TC a propósito del alcance del art. 149.1.3 de la Constitución y recién dictada la STC 137/1989, de 20 de julio, véase el interesante trabajo de PÉREZ GONZÁLEZ, M., «Acción de las Comunidades Autónomas en el exterior y su participación en la celebración de tratados por España», en VVAA, *op. cit.*, nota 6 (*La celebración de tratados internacionales por España...*), pp. 127-145. Posteriormente, el borrador de 2011 incluía un título propio en materia de CCAA, si bien se limitaba a regular la participación de éstas en la celebración de tratados.

¹⁴⁸ Véase GARCÍA PÉREZ, R. (dir.), *La acción exterior de las Comunidades Autónomas en las reformas estatutarias*, Madrid, Tecnos, 2009; PONS RAFOLS, X. y SAGARRA TRIAS, E., *La acción exterior de la Generalitat en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña*, Barcelona, Universidad de Barcelona, 2006.

¹⁴⁹ Esta cuestión la estudiamos de manera detallada en nuestro trabajo «El derecho de información de las CCAA en el proceso de celebración de los tratados internacionales: evolución a la luz de la práctica y de las recientes reformas de los Estatutos de Autonomía», en *Informe Comunidades Autónomas 2007*, Barcelona, Institut de Dret Públic, 2008, pp. 83-108.

¹⁵⁰ Véase BELTRÁN GARCÍA, S., *Los acuerdos exteriores de las CCAA. Marco jurídico actual y perspectivas de futuro*, Barcelona, Institut d'Estudis Autonòmics, 2001; FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C., *La acción exterior de las Comunidades Autónomas. Balance de una práctica consolidada*, Madrid, Dilex, 2001; PONS RAFOLS, X., CAMPINS ERITJA, M., CASTELLÓ ANDREU, J. M. y MARTÍN NÚÑEZ, E., *La acción exterior y europea de la Generalitat de Cataluña. Desarrollo normativo e institucional*, Madrid, Centro de Estudios Internacionales-Marcial Pons, 2012.

específico, debiéndose motivar en todo caso la resolución final que se adopte (art. 49). En segundo lugar, la ley establece el deber de Gobierno de informar a las CCAA sobre los tratados que afecten a sus competencias o intereses específicos (art. 50.1), así como el correlativo derecho de las CCAA a remitir las pertinentes observaciones si lo consideran oportuno, que a su vez generan el deber del Estado de informar sobre el destino final de esas observaciones (art. 50.2); se incluye también un deber general de información sobre la conclusión de cualquier tratado que sea de interés para las CCAA o incida en su ámbito territorial de manera especial (art. 50.3). Y, en tercer lugar, la ley prevé la posibilidad de que las CCAA soliciten al Gobierno formar parte de la delegación española que negocie un tratado internacional que afecte a materias de su competencia o interés específico, debiéndose motivar la decisión que se adopte (art. 51). Tampoco debería pasar desapercibido, finalmente, que la ley incluye también una disposición adicional que se hace eco de la peculiaridad foral de los territorios históricos vascos y Navarra, estableciendo la participación en la delegación del Estado cuando se negocie un tratado que afecte a derechos históricos (disposiciones adicionales sexta y séptima)¹⁵¹. A nuestro juicio, tal disposición es conforme con las previsiones constitucionales y estatutarias, a la vez que recibe amparo por la jurisprudencia del TC¹⁵². Plantea, sin embargo, incógnitas respecto a su aplicación práctica.

Por otro lado, la ley recoge igualmente la posibilidad de celebración de AIA por parte de las CCAA cuando tengan por ámbito materias propias de su competencia y respeten lo previsto en el tratado de cobertura (art. 52.1), en lo que ya es una práctica asentada. Su tramitación, publicación y entrada en vigor se hace de conformidad con el régimen previsto en la ley con carácter general para los AIA (título III), si bien se introduce la exigencia de informe previo por la AJI para cuya emisión se cuenta con un plazo de diez días (art. 52.2)¹⁵³.

Finalmente, en relación con la potestad de las CCAA para firmar por sí mismas AINN (art. 53.1), conforme al procedimiento previsto con carácter general en la ley (título IV), se exige también el informe previo de la Asesoría Jurídica Internacional del MAEC en el mismo plazo de diez días (art. 53.3). En este sentido, la celebración de AINN por parte de las CCAA resulta plena-

¹⁵¹ Como ya se ha expresado anteriormente (*supra*, 2), ello es consecuencia de la aceptación durante el trámite parlamentario de una enmienda del Grupo EAJ-PNV de añadir una disposición *ad hoc* que recogiera la especificidad del régimen foral vasco. Y lo propio se hizo también respecto al régimen foral navarro.

¹⁵² STC 214/1989, de 21 de diciembre, FJ 26; STC 76/1983, de 5 de agosto (LOAPA), FJ 42, etcétera.

¹⁵³ El ámbito de la cooperación transfronteriza ha sido particularmente fértil en celebración de acuerdos de esta naturaleza por parte de las CCAA. Así, durante 2014 la AJI informó cuatro AIA de este tipo, procedentes de cuatro CCAA diferentes. El Tratado entre el Reino de España y la República Francesa sobre Cooperación Transfronteriza entre Entidades Territoriales, hecho en Bayona el 10 de marzo de 1995 (BOE núm. 59, de 10 de marzo de 1997) da cobertura formal y material para ello (art. 3). A título de ejemplo, de entre los últimos celebrados, puede verse el Convenio de Cooperación transfronteriza entre el Consejo Regional de Aquitania y el Gobierno de Aragón, suscrito el 13 de septiembre de 2013 (BOE núm. 42, de 18 de febrero de 2014).

mente conforme con la jurisprudencia del TC¹⁵⁴. Como también lo resulta que el Estado considere inserta dentro de su competencia exclusiva *ex art.* 149.1.3 de la Constitución «la posibilidad de establecer medidas que regulen y coordinen las actividades con proyección exterior de las CCAA, para evitar o remediar eventuales perjuicios sobre la dirección y puesta en ejecución de la política exterior que, en exclusiva corresponde a las autoridades estatales»¹⁵⁵. No nos parecen, por tanto, fundadas las críticas vertidas durante la tramitación parlamentaria de la ley a propósito de la inconstitucionalidad de las disposiciones del título V¹⁵⁶, ni tampoco las que consideran los mecanismos de informe previo por parte del MAEC como una fiscalización e intromisión del Estado en competencias de las CCAA; y tampoco se lo pareció, por cierto, al Consejo de Estado¹⁵⁷.

9. LOS ACUERDOS INTERNACIONALES CELEBRADOS POR LA UNIÓN EUROPEA: LA NECESIDAD DE MANTENER CIERTA FLEXIBILIDAD

La UE es un sujeto de Derecho internacional cuya práctica convencional es rica, variada y compleja¹⁵⁸. A lo largo de sus seis décadas de existencia, la Unión ha ido intensificando progresivamente su acción exterior como consecuencia de la existencia de generosas bases competenciales en los tratados constitutivos¹⁵⁹, del reconocimiento expreso de competencia para celebrar tratados internacionales por sí misma¹⁶⁰ y de una jurisprudencia del Tribunal de Justicia particularmente *europafreundlich*¹⁶¹. En este contexto, la UE ha desplegado una práctica convencional, con la peculiar categoría de los *acuer-*

¹⁵⁴ Véase, por ejemplo, STC 165/1994, de 26 de mayo, FJ 6; STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 114.

¹⁵⁵ STC 165/1994, *op. cit.*, FJ 6.

¹⁵⁶ Véase *supra*, 3.

¹⁵⁷ Esta cuestión la analizamos *in extenso* en nuestra contribución a la obra colectiva *ut supra* mencionada en la nota 75.

¹⁵⁸ Sin duda, es un sujeto de Derecho internacional particularmente prolífico en la «producción» de tratados internacionales. En concreto, conforme a la información proporcionada por la base de datos de la Oficina de Tratados de la Comisión, en el momento de redactar estas líneas la UE era parte de 797 tratados bilaterales y 251 tratados multilaterales; <http://europa.eu/world/agreements/default.home.do> (última entrada el 27 de diciembre de 2014).

¹⁵⁹ Ello deriva de la existencia de competencias exteriores propias de la UE que gozan de carácter exclusivo en el ámbito de la política comercial común [art. 3.1.e) TFUE], así como para celebrar acuerdos internacionales «cuando dicha celebración esté prevista en un acto legislativo de la Unión, cuando sea necesaria para permitirle ejercer su competencia interna o en la medida en que pueda afectar a normas comunes o alterar el alcance de las mismas» (art. 3.2 TFUE).

¹⁶⁰ La Unión dispone de competencia propia para celebrar un acuerdo internacional con otras organizaciones internacionales o Estados terceros cuando así se prevea en los tratados constitutivos, sea preciso para conseguir alguno de los objetivos de la Unión, se establezca en un acto jurídicamente vinculante de la Unión o pueda afectar el alcance de normas comunes (art. 216.1 TFUE). Estos acuerdos internacionales, una vez celebrados conforme al procedimiento establecido al efecto (art. 218 TFUE), vinculan tanto a las instituciones como a los Estados miembros (art. 216.2 TFUE).

¹⁶¹ Un último ejemplo de *vis expansiva* (esperable) de la acción exterior de la UE con consecuencias notables en la competencia de los Estados miembros para celebrar tratados internacionales (o, mejor dicho, para realizar actos propios de los tratados, como la aceptación de la adhesión de Estados

dos mixtos a la cabeza¹⁶², que pone a prueba hasta los elementos más asentados de las Convenciones de Viena¹⁶³, así como a veces también otros ámbitos del Derecho internacional ajenos al Derecho de los Tratados¹⁶⁴.

Desde esta perspectiva, la LTOAI establece en su disposición adicional 6.^a que lo «dispuesto en la presente ley se entiende sin perjuicio de las peculiaridades que en materia de acuerdos internacionales puedan derivarse para España como consecuencia de la obligación de cumplimiento del Derecho de la Unión Europea, en especial de las disposiciones del TUE y del TFUE que regulan la acción exterior de la Unión». Se trata, a nuestro entender, de una disposición capital. Con independencia de que su adecuado análisis requeriría de una atención que ahora no podemos prestar, sí conviene mencionar, al menos, tres cuestiones relativas a su ubicación, su paso desapercibido durante la tramitación parlamentaria y su generoso alcance material.

En efecto, una primera cuestión a considerar sería la de valorar si no hubiera sido más pertinente ubicar la disposición señalada en el cuerpo de la ley y dotarla incluso de detallada regulación en un título propio. Sin duda, desde una estricta perspectiva técnico-jurídica esa solución probablemente hubiera sido óptima. Pero, dada la imposibilidad de prever todos los supuestos posibles, la enorme dificultad técnica de la materia y, sobre todo, el carácter dinámico de la misma, quizá no resulte tan desacertado que la ley se limite a contemplar los medios necesarios para cumplir con el objetivo material perseguido.

En segundo lugar, sorprende sobremanera que, a pesar de las obvias y profundas repercusiones jurídicas (y extrajurídicas) de esta disposición —a las que hacen sobrada referencia la exposición de motivos y también la memoria

terceros a un tratado internacional del que él es parte y la Unión no), es el importante Dictamen 1/2013, de 14 de octubre de 2014.

¹⁶² Cfr., por todos, HELIKOSKI, J., *Mixed Agreements as a Technique for Organizing the International Relations of the European Community and its Member States*, La Haya, Kluwer Law International, 2001.

¹⁶³ A título de ejemplo, puede citarse entre la práctica más reciente la celebración de un tratado con *aplicación provisional retroactiva*. Es el caso del reciente Protocolo del Acuerdo de Estabilización y Asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la antigua República Yugoslava de Macedonia, por otra, para tener en cuenta la adhesión de la República de Croacia a la Unión Europea (*DOUE* L 276, de 18 de septiembre de 2014, p. 3). De conformidad con su art. 13.1, dicho Protocolo «entrará en vigor el primer día del primer mes siguiente a la fecha de depósito del último instrumento de aprobación». No obstante, en el apartado 2 ese mismo art. 13 prevé su aplicación provisional «con efectos a partir del 1 de julio de 2013» (*sic!*) si en esa fecha no se hubieran depositado todos los instrumentos de aprobación. Parece obvio que esa previsión nunca podía darse en la práctica ya que la Decisión del Consejo para autorizar la firma del Protocolo (en nombre de la Unión y de sus Estados miembros) es de 18 de febrero de 2014, mientras que la aplicación provisional se retrotraería al 1 de julio de 2013.

¹⁶⁴ A este respecto, no puede pasar desapercibido que el 28 de octubre de 2013 comenzaron en Pristina las negociaciones entre la UE y Kosovo para la celebración de un tratado de estabilización y asociación, pese a que cinco de los 28 Estados miembros de la UE (entre ellos España) no reconocen a Kosovo como Estado. En todo caso, a diferencia de otros acuerdos de asociación, se tratará de un acuerdo celebrado sólo por la Unión (arts. 238.3 y 4 TFUE), con lo que los Estados no reconocedores evitarán, al menos, el inaceptable trámite de tener que aprobar en sus respectivos Parlamentos la autorización de celebración del acuerdo; véase documento COM (2013) 200 final, de 22 de abril de 2013; documento COM (2014) 700 final, de 8 de octubre de 2014.

explicativa del proyecto de ley—, el texto pasara absolutamente desapercibido durante el largo proceso de tramitación parlamentaria. De hecho, esta disposición no se vio afectada por ninguna enmienda ni fue tampoco objeto de atención alguna durante los diversos debates en Pleno y en Comisión, lo que resulta inaudito.

Pero, en tercer lugar, parece claro que esta disposición dota al Estado de la máxima flexibilidad en materia de tratados y otros acuerdos internacionales cuando entre en colación la interacción con la actividad convencional exterior de la Unión, a la vez que facilita también una adecuada canalización jurídica interna de los compromisos internacionales derivados de la pertenencia de España a la Unión (incluida la celebración de AIA y AINN). Y, lo que es más relevante aún, garantiza el cumplimiento de las obligaciones derivadas del Derecho de la UE, que no por bien conocido y claramente derivado del art. 93 de la Constitución, está de más que se recoja expresamente en una ley de esta naturaleza.

10. EL PAPEL DE LA ASESORÍA JURÍDICA INTERNACIONAL DEL MAEC EN EL PROCESO DE CELEBRACIÓN DE ACUERDOS INTERNACIONALES: UNA ACTIVIDAD DE CONTROL JURÍDICO *EX ANTE*

La LTOAI encomienda a la Asesoría Jurídica Internacional del MAEC competencias de control jurídico *ex ante* a través de la exigencia (o posibilidad, según los casos) de emitir informes de calificación de acuerdos internacionales¹⁶⁵. En relación con los tratados internacionales, en consonancia con la práctica ya existente, la ley le atribuye el papel de emitir un informe preceptivo antes de la firma acerca de su naturaleza y formalización, debiéndose dictaminar en particular si el proyecto de acuerdo en cuestión debe articularse como tal tratado o, si por el contrario, se trata de un instrumento de otro tipo (art. 17.2). Lo propio se establece en relación con los AIA (arts. 39 y 52.3¹⁶⁶)¹⁶⁷. Sin embargo, no ocurre lo mismo con los AINN, ya que, como hemos visto, éstos serán informados por el Servicio Jurídico respectivo del

¹⁶⁵ Hasta ahora, la exposición de motivos de la Ley de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas, modificada posteriormente en diversas ocasiones, se refiere a la atribución al Servicio Jurídico del Estado de la competencia sobre asistencia jurídica del Estado y de los organismos autónomos, «sin perjuicio de las competencias consultivas que corresponden [...] a la Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio de Asuntos Exteriores en materia de Derecho internacional». Idéntica referencia se hace después en el art. 1, apartado 1, párr. 3; *BOE* núm. 285, de 28 de noviembre de 1997.

¹⁶⁶ El texto de la ley se refiere expresamente a que se dictaminará «si dicho proyecto debería formalizarse como tratado internacional o como acuerdo internacional no normativo» (*sic!*). Parece evidente que el precepto contiene un *lapsus linguae* y, de una interpretación sistemática en relación con el art. 39, lógicamente el informe de la AJI podrá dictaminar si se trata de un tratado, un acuerdo internacional no normativo o un acuerdo internacional administrativo.

¹⁶⁷ Del medio millar largo de informes emitidos cada año por la AJI (644 en 2014, 558 en 2013, 516 en 2012) una parte muy sustancial de los mismos la constituyen informes sobre calificación de acuerdos internacionales. Y de éstos un buen número provienen de las CCAA (en 2014 hubo 57 informes solicitados por las CCAA). Véase, *in extenso*, nuestra reciente contribución, «La labor de asesoramiento

órgano u organismo que pretendan su celebración (art. 45), salvo en el caso de los AINN de las CCAA o ciudades de Ceuta y Melilla o Entidades Locales (art. 53.3).

Desde la perspectiva de quien escribe estas reflexiones, hubiera resultado planteable atribuir a la Asesoría Jurídica Internacional del MAEC la tarea de dictaminar *todos* los AINN. Podrían aducirse cuatro posibles argumentos. En primer lugar, porque *a priori* no siempre resulta sencillo diferenciar si el acuerdo sometido a informe se trata de un AINN o de otro instrumento de Derecho internacional y se supone que la unidad óptima para realizar esta tarea es el «órgano asesor de la Administración General del Estado en materia de Derecho internacional»¹⁶⁸. Para concluir que efectivamente se trata de un AINN, y no de un tratado o un AIA, se precisa la aplicación de técnicas propias del Derecho internacional y, en todo caso, es obvio que dicha calificación se realiza tras un minucioso proceso que, indirectamente, conlleva la exclusión de los instrumentos internacionales diferentes del AINN. No en vano, si la voluntad de las partes de sustraer el acuerdo del ámbito del Derecho internacional no quedara suficientemente clara, la firma del (erróneamente) pretendido AINN podría acarrear responsabilidad del Estado¹⁶⁹. Piénsese que algo tan común como un intercambio de Notas o un (denominado) MOU puede ser un AINN o un tratado dependiendo de su formulación¹⁷⁰ y, al final, será esa formulación dada al acuerdo en cuestión la que servirá de elemento central para pronunciarse acerca de su verdadera naturaleza¹⁷¹.

En segundo lugar, entendemos que esta labor podría haber correspondido a la Asesoría Jurídica Internacional del MAEC porque al mantener ese mecanismo de dictamen en relación con los AINN suscritos por las CCAA (art. 53.3) —lo cual resulta perfectamente consecuente con los principios de coordinación de la política exterior y de unidad de acción del Estado— el

jurídico internacional al Gobierno: el papel de la AJI», en *id.* (coord.), *op. cit.*, nota 21 (*España y la práctica del Derecho internacional...*), pp. 11-52, especialmente pp. 21-22.

¹⁶⁸ Así define a la AJI el art. 13.3.c) del Real Decreto 1748/2010, de 23 de diciembre, por el que se desarrolla la estructura orgánica del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, *BOE* núm. 12, de 14 de enero de 2011.

¹⁶⁹ Como ha afirmado Aurelio PÉREZ GIRALDA, «si la voluntad de sustraer el acuerdo no normativo al ámbito del Derecho internacional no queda clara en su texto, sus disposiciones pueden acarrear responsabilidad del Estado frente a la otra parte, ya que “el hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su Derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento a menos que esa violación sea manifiesta” (art. 46.1 Convención de Viena). Por si fuera poco recordemos que “se considera hecho del Estado según el Derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central o a una división territorial del Estado” (Proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado, Resolución de la AG 56/83, de 12.12.2001)»; («España y la práctica...»), *loc. cit.*, nota 139, p. 78.

¹⁷⁰ Véase AUST, A., *loc. cit.*, nota 132 («Alternatives...»), p. 49; *id.*: *op. cit.*, nota 131 (*Modern Treaty Law...*), pp. 23-26 y apéndice G.

¹⁷¹ Ciertamente, es la intención de las partes el elemento clave para la determinación de su naturaleza, pero en la práctica, transcurrido algún tiempo desde su firma y ante la frecuente ausencia de elementos suficientes para discernir sin duda la voluntad de las partes, es la formulación dada al acuerdo en cuestión la que se convierte en el elemento clave para la calificación.

texto podría incurrir en cierta incoherencia, ya que también las CCAA disponen de servicios jurídicos propios¹⁷². En este sentido, resulta pertinente traer a colación que el propio TC ha constatado que acuerdos aparentemente firmados por las CCAA como acuerdos no normativos pueden encubrir en realidad verdaderos tratados internacionales reservados al Estado por mor de la reserva de competencia exclusiva derivada del art. 149.1.3 de la Constitución¹⁷³.

En tercer lugar, se trata de una actividad que, en la práctica, ya venía desempeñando la Asesoría Jurídica Internacional y, de hecho, ha ocupado buena parte de su quehacer diario. En este sentido, Pérez Giralda ha advertido que esta nueva regulación podría representar una modificación deliberada del actual art. 12.3.e) del Real Decreto 342/2012 que, como ya se ha indicado, define a la AJI como «el órgano asesor de la Administración del Estado en materia de Derecho internacional»¹⁷⁴.

Y, en cuarto lugar, el Consejo de Estado en su Dictamen sobre el anteproyecto de LTOAI consideró, al referirse a los informes de la Asesoría Jurídica Internacional, «necesaria la intervención del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación en relación con cualquier tipo de acuerdo para informar acerca de su naturaleza, procedimiento y adecuada instrumentación según el Derecho internacional»¹⁷⁵.

En cualquier caso, el resultado por el que opta la ley resulta también perfectamente entendible. Se impone, empero, una cooperación leal entre los servicios jurídicos de los órganos u organismos concernidos y la Asesoría Jurídica Internacional del MAEC para lograr, a la postre, tanto una interpretación armónica de la ley, como el desarrollo de una adecuada labor de calificación de todos los acuerdos internacionales previstos en la LTOAI.

¹⁷² No obstante, en relación con los AINN celebrados por las CCAA, a nuestro entender, resulta perfectamente defendible la exigencia de informe por parte de la AJI. Además, de los ya citados principios de coordinación de la política exterior y de unidad de acción del Estado, parece capital para el Estado una adecuada calificación jurídica. No parece necesario recordar casos en los que la ausencia de una calificación jurídica pertinente puede conducir no sólo a excesos competenciales, sino incluso a situaciones internacionalmente muy incómodas para el Estado. Un anterior jefe de la AJI, conocedor como pocos de los acuerdos internacionales no normativos, recordaba recientemente dos ejemplos extremos, pero reveladores. «El primero, el de una comunidad autónoma que había concertado un acuerdo con un cierto Estado... antes de que España lo hubiera reconocido diplomáticamente. Y el segundo, el de otra comunidad autónoma que pretendía concertar con un gobierno estatal extranjero un acuerdo de comercio e industria... después de que estas competencias habían sido transferidas por España a las instituciones europeas»; PÉREZ GIRALDA, A., *loc. cit.*, nota 139 («España y la práctica...»), p. 78.

¹⁷³ Es, por ejemplo, el caso de una reciente sentencia dictada por el TC en el marco de un conflicto positivo de competencias a propósito del Acto del Sr. consejero de Agricultura y Pesca del Gobierno Autónomo del País Vasco por el que suscribió un acuerdo —formalmente denominado *procès verbal*— en materia de pesca con Mauritania. A juicio del TC, el acto del consejero autonómico «al suscribir el Acuerdo de 21 de septiembre de 2003, ha vulnerado las competencias que atribuye al Estado el art. 149.13 CE al haber celebrado un tratado internacional [...] pues la exclusiva titularidad estatal sobre el *ius contrahendi* se proyecta sobre cualquier materia»; STC 198/2013, de 5 de diciembre, FJ 6.

¹⁷⁴ PÉREZ GIRALDA, A., *loc. cit.*, nota 139 («España y la práctica...»), p. 89.

¹⁷⁵ Dictamen 808/2013, *op. cit.*, p. 29 *in fine*. Cursiva añadida por nosotros.

11. CONSIDERACIONES FINALES: UNA LEY NECESARIA Y RAZONABLE

La LTOAI es una de esas escasas leyes, si no la única, que todos los gobiernos de la democracia han intentado impulsar y sacar adelante sin lograrlo. Desde la década de los ochenta del siglo pasado, la preparación de un borrador de ley de tratados se convirtió en tarea asegurada para cuantos se fueron instalando sucesivamente en el Palacio de Santa Cruz, fuera en el primer piso (con la aureola que ello imprime) o fuera en la buhardilla (con el carácter más académico que le es propio). Sin embargo, por motivos fácilmente identificables por quien haya participado en cualquiera de los intentos de elaboración de esta norma, todos fueron fracasando uno tras otro, sin que la mayoría de ellos alcanzara siquiera la mesa de la Comisión de Subsecretarios y Secretarios de Estado. El último intento ha corrido mejor suerte por un cúmulo de circunstancias que no procede tratar en un trabajo de esta índole, pero que, en todo caso, han permitido sacar adelante una norma de rango legal que debería haber visto la imprenta del *Boletín Oficial del Estado* hace ya varias décadas. Sin duda, el resultado ofrece flancos para la crítica jurídica, como los ofrece en realidad cualquier ley; pero, a nuestro juicio (acaso no el más objetivo imaginable), resulta razonable.

La nueva ley configura un nuevo marco legislativo que contribuye a dar carta de naturaleza a la realidad actual de los instrumentos jurídicos empleados en la práctica internacional. Sienta, igualmente, las bases para intentar garantizar en un Estado descentralizado como el nuestro, ese difícil equilibrio entre la competencia del Estado para fijar la política exterior y la legítima aspiración de las CCAA de contar con instrumentos jurídicos adecuados para desplegar la acción exterior propia que les permite la Constitución y sus respectivos Estatutos de Autonomía. La ley opta, así, por una tipología de acuerdos internacionales acorde con la práctica internacional actual y los regula de manera perfectamente compatible con los Convenios de Viena en materia de tratados.

Sin duda, no faltará quien piense que hubiera resultado preferible que la ley hubiera renunciado a cierta ambición en su ámbito material y se hubiese limitado a regular los tratados internacionales (y, a lo sumo, los AIA) de la forma más cercana posible al Decreto de 1972. Y, desde luego, desde una perspectiva estrictamente técnico-jurídica, hubiera resultado tarea bastante más sencilla y menos arriesgada. Pero ello hubiera significado cerrar los ojos a una realidad jurídica difícil de ignorar que, guste o no, está presente en el Derecho internacional contemporáneo y reclama una regulación interna que la discipline de la forma más razonable posible.

RESUMEN

LA LEY DE TRATADOS Y OTROS ACUERDOS INTERNACIONALES: UNA NUEVA REGULACIÓN PARA DISCIPLINAR UNA PRÁCTICA INTERNACIONAL DIFÍCIL DE IGNORAR

El 18 de diciembre de 2014 entró en vigor la Ley 25/2014, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales. Esta nueva regulación era necesaria para adaptar el contenido del Decreto 801/1972 a las exigencias internas derivadas de la Constitución de 1978, así como al nuevo contexto internacional existente en la actualidad. La ley regula los tratados internacionales, como principal instrumento jurídico para articular la voluntad de los sujetos de Derecho internacional de asumir y cumplir obligaciones jurídicas. Pero regula también otros dos tipos de acuerdos internacionales que han cobrado en la práctica internacional gran relevancia. Se trata, en primer lugar, de los acuerdos internacionales administrativos, que disponen de idéntico efecto que los tratados internacionales, pero son celebrados por órganos o entes de las administraciones públicas cuando existe una cobertura formal y material en un tratado previo. Y regula también los controvertidos acuerdos internacionales no normativos (conocidos como *Memorandum of Understanding*), cuya característica fundamental es que no son susceptibles de crear obligaciones jurídicas ni de generar responsabilidad internacional en caso de incumplimiento. Finalmente, la ley incluye también disposiciones sobre la participación de las CCAA en la celebración de tratados por el Estado, así como la celebración por sí mismas de acuerdos internacionales administrativos y acuerdos internacionales no normativos. Así, la ley configura un razonable marco legislativo nacional en materia de acuerdos internacionales, a la vez que busca un equilibrio entre la competencia exclusiva del Estado para fijar la política exterior y la competencia de las CCAA para desplegar la acción exterior que les permiten sus Estatutos de Autonomía.

Palabras clave: Tratados internacionales, acuerdos internacionales administrativos, acuerdos internacionales no normativos, memorandos de entendimiento, acción exterior de CCAA, Asesoría Jurídica Internacional.

ABSTRACT

THE LAW OF TREATIES AND OTHER INTERNATIONAL AGREEMENTS: A NEW LEGAL FRAMEWORK TO DISCIPLINE AN INTERNATIONAL PRACTICE HARD TO IGNORE

On 18 December 2014 Law 25/2014 on Treaties and other International Agreements entered into force. This new legal framework was necessary in order to adapt the content of Decree 801/1972 to the internal requirements arising from the Constitution of 1978, as well as to the new international context currently in place. The Law regulates international treaties, as the main legal instrument to articulate the will of the subjects of international law to be bound and to fulfill legal obligations. But it also regulates two further types of international agreements that have gained great relevance in the international practice. Firstly, it covers international administrative agreements, which are identical on their effects to international treaties, but which are concluded by bodies or entities belonging to public administrations in cases when formal and substantive coverage derives from a previous treaty. The new piece of legislation also regulates the controversial non-binding international agreements (also known as *Memoranda of Understanding*), which are characterized by their inability to create legal obligations nor to compromise the state's international responsibility in cases of violation. Finally, the Law includes provisions on the participation of the Autonomous Communities in the conclusion of treaties by the State, as well as on the conclusion by Autonomous Communities of administrative international agreements and non-binding international agreements. Thus, the Law sets a reasonable national legal

framework regarding international agreements, while seeking a balance between the exclusive competence of the State to determine its foreign policy and the competence of the Autonomous Communities to carry out the external action to the extent allowed by their Statutes of Autonomy.

Keywords: International treaties, international administrative agreements, non-binding international agreements, Memoranda of Understanding, external action of the Autonomous Communities, International Law Division.

RÉSUMÉ

LA LOI DES TRAITÉS ET AUTRES ACCORDS INTERNATIONAUX: UNE NOUVELLE RÉGULATION POUR UNE PRATIQUE INTERNATIONALE DIFFICILE D'IGNORER

Le 18 Décembre de 2014 a marqué l'entrée en vigueur de la Loi 25/2014 des traités et autres accords internationaux. Cette nouvelle régulation était nécessaire afin d'adapter l'ancien Décret 801/1972 même aux exigences internes découlant de la Constitution de 1978, aussi qu'au nouveau contexte international. Cette Loi règle les traités internationaux, en tant qu'instrument juridique principal pour articuler la volonté des sujets de Droit international d'assumer et de remplir obligations juridiques. Cette nouvelle Loi porte aussi sur d'autres types d'accords internationaux qui ont acquis une importance croissante dans la pratique internationale. On parle notamment, en premier lieu, des accords administratifs internationaux, disposant d'effets juridiques identiques aux ceux des traités internationaux, mais conclus par des organes ou des entités des administrations publiques sous la couverture formel et matérielle d'un traité antérieur dans la matière. La Loi règle également les très controversés engagements non contraignants (en anglais, *Memorandum of Understanding*), caractérisés, pour l'essentiel, par le fait qu'ils ne sont pas susceptibles de créer obligations juridiques contraignants et, par conséquent, d'engager la responsabilité international de l'état en cas de leur violation. Finalement, la Loi contient des dispositions relatives à la participation des Communautés autonomes dans la conclusion des traités internationaux par l'état, aussi que portant sur la conclusion en tant que telles d'accords administratifs internationaux et d'engagements non contraignants. De ce fait, la nouvelle Loi crée un encadrement normatif raisonnable en ce qui concerne les accords internationaux, en essayant au même temps de trouver un équilibre entre la compétence exclusive de l'état pour gérer sa politique extérieure et la compétence des Communautés autonomes de déployer leur action extérieur comme prévu par leurs Statuts d'autonomie.

Mots-clés: Traités internationaux, accords administratifs internationaux, engagements non contraignants, protocoles d'entente, action extérieure des Communautés autonomes, Direction des affaires juridiques internationaux.