

TÉCNICAS DE NEGOCIACIÓN JURÍDICA DE ACUERDOS INTERNACIONALES EN EL ÁMBITO DEL MINISTERIO DE DEFENSA

Francisco Javier Hernández Suárez-Llanos
Profesor de la Universidad Internacional de La Rioja
Comandante Auditor
Miembro del Grupo de Investigación Globalaw (UNIR)

SUMARIO

1. Introducción. 2. La negociación: cuestiones generales. 3. La negociación en el marco de los acuerdos internacionales. 4. Surgimiento y evolución histórica de la negociación de acuerdos internacionales. 5. Las partes en la negociación de acuerdos internacionales. 6. Negociación y naturaleza jurídica de los acuerdos internacionales. 7. El marco contextual en la negociación de acuerdos internacionales. 8. Etapas de la negociación de acuerdos internacionales. 8.1. Preparación de la negociación. 8.2. Procedimiento de negociación. 8.2.1. Técnicas de negociación. 8.2.2. Límites del negociador. 8.2.3. Procedimiento negocial. 8.2.4. Materias que requieren especial atención en la negociación jurídica. 8.3. El cierre de la negociación. 9. Conclusiones

1. INTRODUCCIÓN

El artículo 2 del Real Decreto 415/2016, de 3 de noviembre, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales señala: «Corresponde al Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación la dirección de la política exterior y la de la cooperación internacional al desarrollo, de con-

formidad con las directrices del Gobierno y en aplicación del principio de unidad de acción en el exterior».

Con ello se está haciendo bascular en este ministerio la acción exterior del Estado resultando protagonista claro en el ámbito de los acuerdos internacionales que pueda suscribir nuestro país con otros sujetos de derecho internacional.

Sin embargo, sin dejar de ser cierto lo anterior, el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación no es el único ente que proyecta una actividad internacional, no en vano, el Artículo 5. Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado señala: «Son sujetos de la Acción Exterior del Estado los órganos constitucionales, las Administraciones públicas y los órganos administrativos, instituciones y entidades que, en el ejercicio de sus propias competencias, actúan y se proyectan en el exterior».

Entre dichos entes destaca el Ministerio de Defensa cuya acción en el exterior se recoge especialmente en el Artículo 15 de la citada ley cuando señala: «La actuación de las Fuerzas Armadas en el ámbito internacional se enmarcará en el conjunto de la Acción Exterior del Estado, como elemento esencial para garantizar la seguridad y defensa de España y para contribuir a la proyección internacional de España y al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales».

Es manifiesto, especialmente en los últimos años, que la actividad exterior del Ministerio de Defensa ha ido creciendo dadas las necesidades de la defensa como instrumento claro de política internacional que se encuentra al servicio del Gobierno, así como atendida la asunción de compromisos internacionales especialmente con nuestros socios europeos en el ámbito de la UE y con los miembros de la OTAN.

En este punto debe aludirse a las normas-guía sobre tramitación de acuerdos internacionales en el Ministerio de Defensa que señalan:

«Las actividades del Ministerio de defensa en el ámbito internacional han experimentado en los últimos años un notable desarrollo que se ha concretado, entre otras acciones, en el establecimiento d un considerable número de acuerdos de diverso rango y entidad entre el Ministerio, y órganos de él dependientes, con instituciones homólogas de otros países».

Una de las principales formas en las que se articula esta actuación internacional es la negociación, elaboración, tramitación y firma de acuerdos internacionales, que en el ámbito del Ministerio de Defensa pueden ser

suscritos por el ministro de Defensa o por otras autoridades pertenecientes al ministerio cuando obtienen la delegación del citado ministro, o bien conforme al procedimiento reglamentario establecido para la firma de acuerdos internacionales que revisten la naturaleza de tratados internacionales en los términos señalados en el artículos 93 y siguientes de la Constitución española.

La elaboración de acuerdos internacionales, especialmente de los acuerdos de naturaleza no normativa que son los que abarcan la mayoría de la actividad internacional del Ministerio de Defensa, conlleva un proceso clave de negociación, negociación que se lleva a cabo ya desde el comienzo y que demanda la participación de diferentes técnicos especializados entre los que se encuentran los asesores legales, claves en este proceso y cuyas funciones en el ámbito del Ministerio de Defensa, se desempeñan por los miembros del Cuerpo Jurídico Militar.

En definitiva, este estudio tiene por objeto hacer una aproximación al asesoramiento jurídico que se viene desarrollando en la fase de negociación de acuerdos internacionales que se suscriben en el ámbito del Ministerio de Defensa.

2. LA NEGOCIACIÓN: CUESTIONES GENERALES

González García¹ define la negociación como «un proceso mediante el cual dos o más partes, que por diversos motivos tienen una relación de dependencia, hacen tratos con el objetivo de conciliar sus diferencias». Por otro lado, Howard Raiffa, define *negociación* como arte o habilidad de transigir, es decir, «las habilidades interpersonales, la capacidad de emplear toda una canasta de argucias, de regateo y la sabiduría de saber cuándo y cómo usarlas».

Otros autores, consideran la negociación como una técnica en el sentido de que el negociador es un sujeto que además de ser un experto en su ámbito propiamente profesional, también domina diferentes técnicas o habilidades más encaminadas hacia la negociación propiamente dicha tales como habilidades de carácter psicológico o de retórica persuasiva.

En cuanto a los tipos de negociación cabe diferenciar múltiples clasificaciones según otros tantos criterios se utilicen. En este punto podemos distinguir por su objeto:

¹ GONZÁLEZ GARCÍA, M. J. *Técnicas de negociación*. Málaga: Innovación y cualificación 2006, p. 43.

1. La negociación como un proceso más o menos complejo que incluye múltiples actividades como las de carácter económico, político y social, y no solo de los estados, sino también de cualquier otro sujeto público o privado que pretenda un acuerdo adaptado a sus necesidades (proceso complejo que abarca todas las facetas de la vida en relación). En la mayoría de estos casos, la negociación se dirige al intercambio, ya se refiera a bienes, servicios u otro tipo de actividades. Esta negociación es más propia del derecho privado y tiene su ámbito natural en el comercio internacional.

2. La negociación como proceso que busca la solución de conflictos. En estos casos, es un intento para superar conflictos entre las personas o grupos que negocian. Esta tipología se refiere a la negociación como una forma extrajudicial de resolución de conflictos y que se encontraría junto a otras como la conciliación, la mediación, el arbitraje, etc.

3. La negociación como actividad diplomática de los Estados y de los organismos internacionales para encontrar un acuerdo. Esta negociación se articula como un medio para cooperar en una actividad u objetivo común, de tal modo que las distintas partes consigan resultados que no podrían obtener de forma individual. Entra dentro de la llamada negociación colaborativa.

La negociación que interesa a este respecto, es decir, la negociación de acuerdos internacionales participaría de esta última tipología, se encasillaría en el ámbito del derecho público y dentro de ella nos centraremos a la negociación de las cuestiones con trascendencia jurídica².

Por otro lado y siguiendo a Antonio L. Manzanero³ los requisitos para poder negociar son:

— Reconocimiento de la necesidad mutua. Ambas partes deben percibir que se necesitan mutuamente para poder alcanzar sus intereses particulares. En el momento que alguna sienta que no necesita de la otra, la negociación se romperá. Por lo tanto, es conveniente que dejemos patente a la otra parte en qué medida podemos ayudarla en la consecución de sus intereses de modo que se mantenga una actitud de colaboración.

— Similar poder de negociación entre las partes. Si una de las partes implicadas en el conflicto tiene el poder absoluto de la situación y la otra ninguno o existe un desequilibrio desproporcionado, es fácil que la parte

² FERNÁNDEZ MARTOS, S. *Técnicas de negociación*. Vigo: Ideas Propias 2005, p. 10.

³ MANZANERO, A. L. «La negociación como solución a situaciones conflictivas». *Anuario de Psicología Jurídica* 2002, n.º 12, pp. 129-140.

más poderosa tienda a intentar imponer sus posturas dificultando el acuerdo. Por esta razón, debe intentarse equilibrar, de forma que en muchas ocasiones las negociaciones se convierten en un auténtico juego de poder.

— Voluntad de negociar. En términos generales, podríamos decir que dos no negocian si uno no quiere. Por lo tanto, habrá que persuadir a las partes implicadas que la mejor solución posible a la situación de conflicto es alcanzar un acuerdo en el que todas las partes puedan satisfacer sus intereses, pues de lo contrario todos pueden salir perdiendo.

— Existencia de intereses compatibles. Por último, aunque no menos importante, es fundamental que los intereses de ambas partes sean compatibles porque si no es así será difícil llegar a un acuerdo. En ocasiones es necesario redefinir los intereses, trascendiendo las diferentes posiciones de cada una de las partes, de modo que explícitamente las partes sean conscientes de que la ganancia de uno no tiene por qué implicar pérdida en el otro.

En definitiva y para centrar nuestro objeto de estudio, podemos distinguir la negociación en las dos vertientes que vamos a estudiar:

1. Por un lado, la negociación en su concepción tradicional como sistema de acercamiento de posturas que nos lleven a resolver y unificar posturas en relación con una actividad u objetivo común. En este sentido tenemos que destacar que la labor del asesor jurídico resulta muy importante.

2. Por otro lado, la negociación en su vertiente estrictamente jurídica, en cuanto a su necesidad a la hora de poder proceder a asesorar y vigilar la corrección desde el punto de vista jurídico al tiempo de elaborar un acuerdo internacional.

3. LA NEGOCIACIÓN EN EL MARCO DE LOS ACUERDOS INTERNACIONALES

Volviendo a cuestiones conceptuales, las tres acepciones correspondientes al término *negociación* que encontramos en la Real Academia de la Lengua Española son:

1. Tratar y comerciar, comprando y vendiendo o cambiando géneros, mercancías o valores para aumentar el caudal.

2. Tratar asuntos públicos o privados procurando su mejor logro.

3. Tratar por la vía diplomática, de potencia a potencia, un asunto, como un tratado de alianza, de comercio⁴.

En relación con esta última acepción, la negociación de acuerdos internacionales tiene una tradición diplomática clara. En opinión de Morales Lama⁵, a la negociación —como eje fundamental de la actividad diplomática— corresponde garantizar la adecuación de las relaciones entre los Estados. Suele encaminarse a concluir compromisos internacionales, a establecer normas de esa naturaleza y a incrementar el entendimiento político, económico, jurídico o social, así como a consolidar los vínculos amistosos entre los Estados. Es el medio indispensable para prevenir o solucionar situaciones conflictivas o controvertidas. La negociación diplomática no se diferencia de cualquier otra negociación que pueda tener lugar en el ámbito público o privado. Su especificidad viene dada por los temas que son objeto de ella y por ser llevada a cabo por sujetos de derecho internacional a través de sus órganos representativos, que actúan en el marco de las relaciones exteriores. Debido a la aparición de nuevos actores que participan en la sociedad global, se han modificado determinados aspectos de la negociación diplomática, ya que involucra no solo a los Estados soberanos, sino también a organizaciones internacionales, a organizaciones no gubernamentales y a empresas transnacionales.

Siguiendo en el ámbito diplomático, Yturriaga Barberán⁶ considera que la negociación se ha identificado desde la Antigüedad con la diplomacia y el término aparece en cualquiera de las definiciones que de ella dan los distintos autores de la época. Para Grigori Tunkin⁷ la negociación ocupa un lugar tan amplio en la diplomacia y esta se define frecuentemente como el arte de dirigir negociaciones y concluir tratados entre Estados. Harold Nicolson⁸ define la *diplomacia* como «el manejo de las relaciones internacionales mediante la negociación».

⁴ REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. *Diccionario de la lengua española* [en línea]. Vigésimotercera edición. 2014. Madrid: Real Academia de la Lengua Española 2014 [Consultado el 19 de diciembre de 2016]. Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=QMTFYRQ>.

⁵ MORALES LAMA, M. «La negociación como método diplomático». *Listín Diario*, 8 de Mayo de 2015.

⁶ YTURRIAGA BARBERÁN, J. A. *Los órganos del Estado para las relaciones exteriores. Compendio de Derecho Diplomático y Consular*. Madrid: Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación 2015, n.º 21, p. 150.

⁷ TUNKIN, G. I. *Theory of International Law*. Londres: E-Dition 1974, p. 273.

⁸ NICOLSON, H. *La Diplomacia*. México: Fondo Económico de Cultura 1975, p. 14.

Desde la perspectiva de los tratados Internacionales, Murgia Rosete⁹ dice: «En el campo de las relaciones internacionales, la manera idónea de resolver los conflictos es mediante las negociaciones internacionales y una de las formas en el que el resultado de las mismas se expresa es por medio de los tratados internacionales». También se refiere a este aspecto de la negociación Remiro Brotons¹⁰ al señalar que «negociar es participar en la elaboración del texto de un tratado, proponiendo, discutiendo, contraofertando o aceptando propuestas para las cláusulas que han de componerlo».

Desde esta óptica, y si acudimos al derecho positivo, el artículo 2 letra f) de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, aporta una definición de *negociación*: «Negociación: proceso por el que se elabora el texto de un tratado internacional», y en la letra g) la definición de *negociador*: «el representante del sujeto de derecho internacional que participa en la elaboración y adopción del texto de un tratado internacional». No en vano ésta estas acepciones serán las que se manejen en este estudio.

4. SURGIMIENTO Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA NEGOCIACIÓN DE ACUERDOS INTERNACIONALES

Se puede decir que la negociación internacional en el marco de la negociación de acuerdos internacionales surge con el nacimiento del concepto de Estado moderno. El rol de mediador que ha tenido la negociación en las relaciones internacionales era debido al hecho que, en aquella época, el derecho internacional no lograba conciliar los intereses nacionales con los intereses supranacionales. En el marco de las contiendas militares, la negociación empieza a tener un importante desarrollo, sucediéndose alianzas entre distintas naciones que de forma *ad hoc*, se articulaban para iniciar campañas militares contra otras naciones.

Durante el siglo XX, la negociación adquirirá un nuevo impulso y una nueva utilidad práctica en correlación con los cambios que experimenta la sociedad de la época y las funciones diplomáticas (que también sufren importantes cambios como consecuencia de los avances tecnológicos en materia de transporte y comunicaciones). El nacimiento de la ONU, el surgimiento de mercados globales internacionales y de alianzas militares

⁹ MURGIA ROSETE, J. A. *El derecho internacional público en la agenda política de las relaciones internacionales*. México: Universidad Autónoma de México 2005, p. 377.

¹⁰ REMIRO BROTONS, A. RIQUELME CORTADO, R. M., ORIHUELA CALATAYUD, E., DÍEZ-HOCHLEITNER, J.; PÉREZ-PRAT DURBÁN, L. *Derecho internacional*. Madrid: McGraw-Hill 1997, p. 204.

especialmente tras la Guerra Fría llevará a la diplomacia a afrontar un desarrollo importante de la actividad internacional a través de la firma de múltiples acuerdos internacionales.

No en vano, tras la Segunda Guerra Mundial, el mundo se caracterizará por una acelerada diversificación de las preocupaciones y conflictos internacionales, por un creciente entrelazamiento entre las distintas sociedades nacionales, y por la multiplicación de los actores —nacionales, multinacionales y transnacionales— con una gran cantidad de intereses.

Otro hito importante en el ámbito de la negociación de los acuerdos internacionales es el Convenio de Viena de 1969 al que España se adhirió a la en julio de 1972. Hasta la entrada en vigor de la primera Convención de Viena, los tratados internacionales que regían las relaciones jurídicas internacionales se establecían de acuerdo con el derecho consuetudinario¹¹. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 es el principal instrumento que regula los tratados. Define un tratado en su artículo 2: «se entiende por tratado un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular». Las referencias de la Convención a la negociación de estos instrumentos se recogen en diferentes preceptos, como la definición de *plenos poderes*¹², *estado negociador*¹³, la negociación en el proceso de enmienda de un tratado¹⁴, etc.

Es importante señalar que esta Convención entra a regular las diferentes fases de elaboración y suscripción de un tratado internacional. *Grosso modo* podríamos decir que estas fases serían la negociación, la adopción del texto del tratado, la autenticación y la prestación del consentimiento para obligarse.

En cuanto a la fase de negociación, los estados negociadores son aquellos que participan en la elaboración y adopción del texto. Conforme con nuestro ordenamiento jurídico, el inicio del tratado corresponde al Gobierno¹⁵ y en concreto el ministro de Asuntos Exteriores y de cooperación, quien pedirá al Consejo de Ministros la obtención de la plenipotencia y de-

¹¹ GALLEGO HERNANDEZ, A. C. «La ley española de tratados de 2014». Sevilla: *Anuario Español de Derecho Internacional* 2015, vol. 31, p. 194.

¹² Apartado 2.c) un documento que emana de la autoridad competente de un Estado y por el que se designa a una o varias personas para representar al Estado en la negociación [...].

¹³ Apartado 2.e) Estado que ha participado en la elaboración y adopción del texto del tratado.

¹⁴ Mencionado en el apartado 40.

¹⁵ Artículo 5.1.d) de la Ley 50/1997 de Funcionamiento del Gobierno.

positará esos poderes en representantes del Estado, que son quienes representarán al país en la negociación. La fase de negociación es la más larga, no en vano puede llegar a durar varios años realizar un texto definitivo que pueda ser suscrito por las partes. Durante esta fase se determinará el objeto, fin y contenido del tratado, así como la redacción de este.

Centrándonos en el ámbito castrense, España empezará a desarrollar en el ámbito militar una actividad internacional en la subscripción de acuerdos internacionales inédita tras su entrada en 1982 en la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN), y a tenor de lo señalado en el artículo 3 que señala: «A fin de lograr más eficazmente la realización de los fines del presente tratado, las partes, actuando individual y conjuntamente, de manera continua y efectiva, mediante el esfuerzo propio y la ayuda mutua, mantendrán y acrecerán su capacidad individual y colectiva de resistencia al ataque armado». Este precepto viene a exigir a los países la interacción entre ellos para colaborar en el desarrollo de sus capacidades militares, colaboración que ha exigido una importante labor exterior por parte del Ministerio de Defensa en la negociación de los diferentes acuerdos internacionales.

De forma parecida, y en el ámbito de la UE, la actividad negociadora internacional de nuestro país en el ámbito militar también resulta impulsada a raíz del Tratado de Lisboa que señala:

«Los Estados miembros se comprometen a mejorar progresivamente sus capacidades militares. La Agencia en el ámbito del desarrollo de las capacidades de defensa, la investigación, la adquisición y el armamento (en lo sucesivo denominada “Agencia Europea de Defensa”) determinará las necesidades operativas, fomentará medidas para satisfacerlas, contribuirá a definir y, en su caso, a aplicar cualquier medida oportuna para reforzar la base industrial y tecnológica del sector de la defensa, participará en la definición de una política europea de capacidades y de armamento y asistirá al Consejo en la evaluación de la mejora de las capacidades militares».

Un último acontecimiento normativo de especial importancia en nuestro ordenamiento jurídico en relación con la negociación y tramitación de acuerdos internacionales será la entrada en vigor de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, materia que con anterioridad en España se venía regulando mediante el Decreto 801/1972, de 24 de marzo, sobre la Ordenación de la Actividad de la Administración del Estado en Materia de Tratados Internacionales.

La citada Ley de Tratados tiene una importancia en materia de negociación de acuerdos internacionales que va más allá de lo que vendría a ser un desarrollo o actualización de la normativa española en relación con la regulación de tratados internacionales, toda vez que la nueva ley no se ciñe solamente a la regulación en materia de tratados internacionales, sino que también lo hace respecto a las nuevas formas de acuerdos, como los acuerdos de ejecución de tratados internacionales, normalmente denominados en la práctica española *acuerdos internacionales administrativos* o *los acuerdos internacionales no normativos*, frecuentemente denominados Memorandos de Entendimiento o identificados mediante las siglas MOU (derivadas de la denominación inglesa *Memoranda of Understanding*), que instrumentan la asunción de compromisos políticos. Estos últimos son acuerdos que tienen algunos elementos de carácter internacional, pero no se rigen por el Derecho de los Tratados¹⁶.

En cualquier caso, hay que destacar que la Ley de Tratados nace no solamente por obsolescencia del antiguo decreto, lo hace también debido a la creciente falta de formalismo en el campo de las relaciones internacionales y la proliferación de estos acuerdos no normativos.

5. LAS PARTES EN LA NEGOCIACIÓN DE ACUERDOS INTERNACIONALES

Una de las primeras cuestiones que surgen en la negociación es la identificación de las partes que deben participar y el carácter con el cual los interlocutores han de concurrir a la mesa de negociación.

Tradicionalmente la negociación de acuerdos internacionales a menudo recaía en la actividad propiamente diplomática, y su dirección se realizaba desde las misiones consulares. Como señala Adolfo Maresca¹⁷, «la negociación es la ciencia misma del método diplomático y consiste en la defensa de los intereses del Estado acreditante, no mediante el atropello de los intereses del Estado receptor, sino buscando alcanzar un acuerdo y tendiendo a conseguir un punto de encuentro entre las propuestas del uno y las contrapropuestas del otro».

Sin embargo, hoy en día la negociación se disocia de la misión diplomática y se hace residir en delegaciones propiamente negociadoras que

¹⁶ GALLEGO HERNÁNDEZ, A. C. «La ley española de tratados de 2014». *Anuario Español de Derecho Internacional* 2015, Vol. 31, p. 194.

¹⁷ MARESCA, A. *La missione diplomatica*. Milán: A. Giuffrè 1967, p. 150.

reciben asistencia desde las misiones diplomáticas. Como señala Yturriaga Barberán¹⁸, en un sentido estricto, la negociación tiene por objeto la conclusión de un acuerdo internacional y, en este aspecto, está regulada en la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados. En un período de desarrollo de las organizaciones internacionales y de apogeo de la diplomacia de conferencia, la misión diplomática y la diplomacia bilateral han perdido protagonismo en la negociación y celebración de tratados. No obstante, las misiones siguen desempeñando un papel al respecto, especialmente de apoyo logístico y de asesoramiento a las misiones especiales y a las delegaciones en conferencias internacionales enviadas por el Estado acreditante para la negociación de un tratado.

En este punto es de crucial importancia tener en cuenta el objeto de la negociación, y a partir de allí el órgano originador que inicia el proceso de elaboración del acuerdo internacional, y a partir de ahí, deberá seleccionarse a quienes deban participar en las mesas de negociación, como asesores jurídicos, especialistas en cuestiones económicas, ingenieros, negociadores calificados y especialmente expertos en las cuestiones de fondo.

Es importante indicar en este punto el papel que llegan a jugar los agregados militares españoles que se encuentran destinados en el extranjero. A través de ellos las actividades en la negociación de redacción de acuerdos internacionales en el ámbito del Ministerio de Defensa va a ser a menudo clave, facilitando los contactos entre las autoridades concernidas y apoyando a menudo las delegaciones negociadoras españolas que se encuentren en territorio extranjero, ejerciendo una actividad próxima a la propia actividad negociadora que tradicionalmente ha sido asumida por el personal diplomático.

El papel del asesor jurídico o experto legal en las negociaciones de acuerdos internacionales es crucial, toda vez que una de las labores que compete a los servicios jurídicos del estado en el ámbito internacional consiste en participar en conferencias internacionales o delegaciones para la negociación de acuerdos internacionales, labor que encarna una función tan apasionante e interesante como compleja en su articulación¹⁹. Representar al Estado en una negociación internacional encarna una tarea en la que se han de acomodar más que en ninguna otra tarea los argumentos

¹⁸ YTURRIAGA BARBERÁN, J. A. *Los órganos del Estado para las relaciones exteriores Compendio de Derecho Diplomático y Consular*. Madrid: Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación 2015, n.º 21, p. 151.

¹⁹ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. *La labor de asesoramiento jurídico internacional al gobierno: el papel de la A.JI*. Madrid: Ministerio de Asuntos Exteriores 2014, Colección Escuela Diplomática n.º 20, p. 25 y ss.

jurídicos a los intereses del Estado, a través de un correcto planteamiento jurídico.

Continuando con el mismo precepto legal, artículo 2 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, hay que tener en cuenta la definición de negociador que recoge la letra g) negociador: el representante del sujeto de derecho internacional que participa en la elaboración y adopción del texto de un tratado internacional.

Es claro que el concepto representante no ha de entenderse en sentido estricto. El nombramiento de representante oficial del Reino de España para negociar o asistir a un asunto de carácter internacional tiene un carácter formal y precisa de unos requisitos procedimentales, especialmente un documento en el que se señala de forma oficial la designación de dicho nombramiento, que no tiene sin embargo la designación de los componentes de la comisión negociadora que participara en cada caso en la negociación para la redacción de un borrador que lleve a la suscripción del acuerdo. En este sentido, en el ámbito de los tratados y convenios internacionales se habla de plenos poderes para referirse a capacidad, competencia y facultad que la autoridad competente concede por escrito a una persona para la ejecución de todos los actos relativos a la celebración de un tratado internacional, la adopción del texto del tratado y para manifestar el consentimiento del estado para obligarse. El Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados señala en su punto 2:

«Entiende por *plenos poderes* un documento que emana de la autoridad competente de un Estado y por el que se designa a una o varias personas para representar al Estado en la negociación, la adopción o la autenticación del texto de un tratado, para expresar el consentimiento del Estado en obligarse por un tratado, o para ejecutar cualquier otro acto con respecto a un tratado».

La designación de los miembros de la comisión negociadora en los acuerdos internacionales no normativos suele, por el contrario, consistir en una mera contestación de la unidad a la que pertenece el designado y en contestación al requerimiento realizado por el órgano originador que va a tutelar los trabajos de negociación y redacción del acuerdo.

Normalmente en los acuerdos que se suscriben en el ámbito del Ministerio de Defensa, la comisión negociadora española estará compuesta por personal perteneciente a dicho ministerio y en concreto al órgano originador que promueve la suscripción del acuerdo por su carácter técnico

en el ámbito en el que el acuerdo pretende firmarse²⁰, y las funciones que competen al experto legal, en caso de que sea necesaria su concurrencia, la habrá de asumir personal perteneciente al Cuerpo Jurídico Militar. No en vano, el papel habitual y normal del asesor jurídico en las negociaciones de tratados internacionales es el de un miembro más dentro de la delegación española de que se trate, y su función será apoyar adecuadamente en los escollos jurídicos que pudieran surgir a lo largo de estas.

Ello no es óbice para que en determinados casos y por concurrir ámbitos multidepartamentales pudiera ser necesaria la participación en las negociaciones personal de otros ministerios, a menudo del Ministerio de Hacienda y Función Pública²¹, del Ministerio del Interior o del Ministerio de Fomento²². E igualmente también es factible que miembros del Cuerpo Jurídico Militar puedan integrar comisiones negociadoras en ámbitos en principio ajenos al Ministerio de Defensa, pero que por el objeto de estas sea conveniente su concurrencia en las negociaciones²³.

Aunque los miembros de la comisión negociadora son intercambiables, por ejemplo, el asesor legal puede ser sustituido en cualquier momento, lo cierto es que es conveniente cierta permanencia de los designados al objeto de hacer más manejable los trabajos por las mismas personas que ya conocen la trayectoria y que han participado ya en las cuestiones que se han podido venir presentando en las mesas de negociación. Además, el asesor legal deberá como norma general pertenecer a la asesoría jurídica que preste los servicios en el nivel y ámbito correspondiente al cual pertenezca el órgano originador, ya se trate del Ejército de Tierra, de la Armada, del Ejército del Aire, la Guardia civil, Órgano central del Ministerio de Defen-

²⁰ En este sentido, las normas-guía sobre tramitación de acuerdos internacionales en el Ministerio de Defensa señalan que cualquier órgano del Ministerio de Defensa puede, en el desarrollo de sus cometidos, advertir la necesidad o conveniencia de establecer acuerdos de cooperación con órganos similares de otros países.

²¹ Por ejemplo, cabe citar a las negociaciones que se sucedieron para la elaboración del Canje de Cartas que hubo de suscribirse en el ámbito del SOFA OTAN entre el JEMAD y SACEUR, en cuya preparación y negociación el Ministerio de Hacienda tuvo un papel importante, ya que hubo de incluirse cláusulas relativas a los privilegios tributarios que habrían de aplicarse al personal de la OTAN que por sus funciones reside en territorio español.

²² Conforme a la nomenclatura utilizada en el Real Decreto 415/2016, de 3 de noviembre, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales.

²³ Por ejemplo, en la negociación del protocolo SNP al *Convenio internacional sobre responsabilidad e indemnización de daños en relación con el transporte marítimo de sustancias nocivas y potencialmente peligrosas*, 1996, suscrito en el ámbito del Ministerio de Fomento, cuyos trabajos de redacción se llevaron a cabo en la Organización Marítima Internacional, en su sede en Londres, participó personal del Cuerpo Jurídico Militar destinado en la Armada.

sa, etc. Pero en cualquier caso existe en la actualidad una gran elasticidad para evaluar la competencia de los integrantes de la comisión negociadora.

Además, tal elasticidad a la hora de evaluar la competencia de los integrantes de la comisión negociadora, se debe también a que esta puede ser especialmente tolerante en el proceso de negociación, en el cual, dado que aún no se aborda una tramitación administrativa más formal de lo negociado, no existe problema en permitir cierto margen en la competencia, dado que, en todo caso, los extremos contenidos en el borrador que se acuerde podrán ser aceptados o no por quien tenga la atribución de llevar a cabo la tramitación reglamentaria del acuerdo.

Otra cuestión es la conveniencia de que los integrantes de la comisión negociadora evalúen previamente el grado de respaldo que sus acciones pueden tener en su legislación interna y por quienes deben aprobar el texto definitivo que haya de remitirse para su tramitación reglamentaria y por la autoridad que haya de firmar o delegar su firma, que en el caso de acuerdo internacional no normativo de que se trata, lo será siempre el ministro de Defensa.

6. NEGOCIACIÓN Y NATURALEZA JURÍDICA DE LOS ACUERDOS INTERNACIONALES

El artículo 11 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, bajo la rúbrica «Negociación» señala: «Los departamentos ministeriales negociarán los tratados internacionales en el ámbito de sus respectivas competencias, en coordinación con el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación».

De tal forma, la competencia para negociar tratados internacionales la ostentan los diferentes ministerios en coordinación con el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación. A más abundamiento, el Artículo 5 de la Ley 25/2014 señala en relación con la negociación de Acuerdos Internacionales: «Corresponderá a los departamentos ministeriales respecto de los tratados y otros acuerdos internacionales que les afecten en el ámbito de sus respectivas competencias: a) La iniciativa en la negociación del tratado o acuerdo. b) El planteamiento, desarrollo y conclusión de la negociación [...]».

Sin embargo, hay que tener en cuenta que la citada Ley 25/2014 contempla en su artículo 2, junto con los tratados internacionales, otros acuerdos de diferente naturaleza. En este punto debe citarse también a los *acuerdos internacionales administrativos* y a los *acuerdos internacionales no*

normativos, que como se señalaba con anterioridad cubren la mayor parte de los procesos negociadores que se desarrollan en la actividad exterior que compete al Ministerio de Defensa.

Según el mismo precepto legal, el *acuerdo internacional administrativo* es un acuerdo de carácter internacional no constitutivo de tratado 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. Un *acuerdo internacional no normativo*, por el contrario, es el acuerdo de carácter internacional no constitutivo de tratado ni de acuerdo internacional administrativo que contiene declaraciones de intenciones o establece compromisos de actuación de contenido político, técnico o logístico, y no constituye fuente de obligaciones internacionales ni se rige por el derecho internacional.

Hay que tener en cuenta que, a menudo, la negociación de acuerdos internacionales que inicialmente se pretendía tramitar como acuerdos no normativos, no impide su calificación por la Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación como tratados internacionales, cuando concurren las condiciones enunciadas en los artículos 93 y siguientes de la Constitución española.

En cualquier caso, la calificación de un acuerdo internacional como tratado o como acuerdo administrativo o acuerdo no normativo condicionará necesariamente las técnicas de negociación internacional, especialmente desde la perspectiva legal toda vez que la naturaleza jurídica del acuerdo que le va a llevar a tener un mayor o menos grado de obligación para los firmantes de este condicionará la acción negociadora del texto por parte de los asesores jurídicos que participen en las reuniones que se celebren para la redacción de los diferentes acuerdos.

En este punto debe aludirse a las normas-guía sobre tramitación de acuerdos internacionales en el Ministerio de Defensa, y en concreto el apartado 3 de las citadas normas, que especifica una serie de directrices que deben respetarse durante la redacción de acuerdos no normativos, es decir, de acuerdos en los que no hay una voluntad de las partes de someterse al derecho internacional. La singularidad e importancia de tales directrices aconseja reproducirlas en este punto ya que la negociación de los diferentes borradores requerirá a menudo pronunciarse aconsejando respetar las siguientes directrices:

1. Nunca debe expresarse en el texto del correspondiente acuerdo la voluntad de las partes de someterse al derecho internacional.

2. No debe denominarse al acuerdo como tratado, convenio, convención, etcétera. Los términos más usuales a utilizar son comunicado, programa, memorando, minuta, acta, declaración conjunta, etcétera.

3. Hay que utilizar expresiones que no surgieran la idea de obligación legal y excluir verbos en imperativo.

4. No debe indicarse como sujetos de los compromisos al Reino de España a España, a los Estados, a las altas partes contratantes, incluso a las Partes, con mayúscula, sino al órgano o autoridad que los asume, y en el caso de hacer referencia a las partes, este término debe ponerse en minúscula.

5. Conviene reducir lo más posible las formalidades del escrito, evitando los párrafos preambulares y adoptando una redacción menos formal que en un tratado.

6. Conviene evitar la sistematización de texto, difuminar en lo posible la articulación, recurriendo a una simple numeración sucesiva (1, 2, 3...), en lugar de la articulada (artículo 1, artículo 2, etc.). Si el texto es breve, se puede incluso evitar toda forma de numeración.

7. Asimismo, conviene evitar cláusulas finales que prevean la formalización del acuerdo con posterioridad a su firma, formulación de reservas, alusiones a la entrada en vigor, denuncia y arreglo de controversias que vayan más allá de la previsión de consultas. Eliminar cualquier previsión de responsabilidad por incumplimiento.

8. Es preferible la utilización de un texto no firmado a un texto firmado; si se recurre a un texto firmado, no se utilizará en ningún caso plenipotencia para firma.

Por el contrario, en caso de negociación de acuerdos internacionales que conlleven una naturaleza normativa y que sean capaces de obligar desde una perspectiva jurídica, el asesoramiento jurídico deberá asegurar que las formalidades y las cláusulas prototípicas de los tratados internacionales se incorporen en los borradores y textos que sean objeto de negociación.

Por ejemplo, en el Convenio entre el Reino de España y los Estados Unidos de América sobre Cooperación para la Defensa, anejos y canjes de notas anejas a este, hecho en Madrid el 1 de diciembre de 1988, podemos encontrar diferentes cláusulas que marcan el carácter normativo del convenio como por ejemplo: «el presente convenio y sus anejos, que forman parte del mismo, entraran en vigor cuando las partes se comuniquen por escrito que han cumplido los respectivos requisitos constitucionales» o «hasta que se complete esta retirada, seguirán en vigor todos los derechos,

privilegios y obligaciones de ambas partes que se deriven del convenio, disposiciones que se recogen a lo largo de su articulado».

Asimismo, los elementos formales asemejan los textos de dichos acuerdos internacionales a auténticos textos legislativos con sus preámbulos, capítulos y artículos.

La dicotomía *acuerdo normativo/acuerdo no normativo* suele generar en el proceso de negociación una importante fuente de problemas cuando se pretende introducir por parte de un equipo negociador cláusulas que pueden contradecir alguna disposición de carácter general del Estado al que pertenece el otro u otros equipos negociadores. Por ejemplo, en el caso de España, si partimos de la intención de suscribir un acuerdo no normativo, por ejemplo un MOU o un acuerdo técnico, la inclusión de este tipo de cláusulas adulterarían la naturaleza extrajurídica del acuerdo y lo transmutaría en un acuerdo internacional normativo, ya tratado internacional, ya acuerdo administrativo.

Normalmente dichos problemas se terminan resolviendo con facilidad, ya que los diferentes Estados de nuestro entorno cuentan con sistemas jurídicos próximos al nuestro y legalidades que presentan los mismos problemas, permitiendo llegar a acuerdos de compromiso que excluyen cláusulas obligacionales en los acuerdos no normativos.

En cualquier caso y habida cuenta de que este trabajo se centra en la acción exterior del Ministerio de Defensa, nos centraremos en los acuerdos no normativos ya que son estos los que de forma habitual más se suscriben entre el Gobierno del Reino de España y los gobiernos de otros países en el ámbito de la defensa, siendo los tratados internacionales menos frecuentes en la actividad cotidiana del citado ministerio.

Dentro del ámbito de los acuerdos no normativos y siguiendo a Poyato Ariza²⁴, cabe distinguir en el ámbito del Ministerio de Defensa tres tipos básicos de acuerdos no normativos:

1. Acuerdos derivados de los planes generales de política exterior.

Los planes generales de política exterior suelen incluir proyectos de acercamiento a determinados países, materializados por el establecimiento de acuerdos formales en áreas tales como la defensa. En virtud de estos planes de política exterior, el Gobierno a través del Ministerio de Defensa

²⁴ POYATO ARIZA, J. L. «Los MoU,s. Fundamento jurídico. Tipos y competencias para suscribirlos. Los arreglos Técnicos». *Lecciones de derecho operativo*. Madrid: Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica 2001, pp. 172 y 173.

o del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, en su papel de coordinador de la acción exterior del Estado, ejerce la iniciativa para la suscripción de acuerdos internacionales que se encuadrarían bajo esta tipología de acuerdos internacionales no normativos.

2. Acuerdos originados a iniciativa de algún órgano del Ministerio de Defensa.

También puede ocurrir, y de hecho se produce de forma habitual, que diferentes autoridades u organismos consideren oportuno la suscripción de acuerdos no normativos en el ámbito de sus competencias con otras autoridades análogas de otros países. En este caso, la iniciativa, que vendría dada desde dichos órganos, exige que previamente se notifique a la Dirección General de Política de Defensa (DIGENPOL) con remisión de datos razones que aconsejen la firma del acuerdo, para que valore bajo el prisma de la política de defensa la oportunidad para que comiencen los contactos al objeto de iniciar su negociación.

3. Acuerdos originados a iniciativa de la otra parte.

También puede ocurrir que sean organismos y autoridades de otros países los que tomen la iniciativa para la firma de un acuerdo internacional en el ámbito del Ministerio de Defensa. Con frecuencia, en el curso de conferencias, reuniones o visitas oficiales se hacen propuestas para el establecimiento de acuerdos bilaterales o multilaterales.

7. EL MARCO CONTEXTUAL EN LA NEGOCIACIÓN DE ACUERDOS INTERNACIONALES

Con carácter previo a la negociación las partes deben tener en cuenta y analizar el marco en el que se va a desarrollar la negociación, si es en un país participante en la negociación, si es en nuestro país, si es en la sede de una organización internacional (normalmente OTAN o UE), el momento en que la negociación se produce, así como los antecedentes de la negociación que pueden ser definitivos a la hora de emprender un proceso de redacción de un texto internacional.

En primer lugar, debe señalarse que antes de agendar las primeras reuniones entre las delegaciones participantes que integran asesores jurídicos, los textos o borradores de trabajo sobre los que va a recaer la actividad de

negociación suelen ser objeto de un desarrollo previo a través de los contactos (normalmente por correo electrónico) que permitan disponer de un borrador lo suficientemente depurado.

Esta falta de *contacto directo* previo no implica que el apoyo legal no se produzca durante esta fase ya que los borradores son facilitados a las correspondientes asesorías jurídicas de aquellos mandos de los que dependan los órganos originadores del acuerdo internacional que se pretende negociar y firmar.

El lugar de negociación a menudo no afecta a las técnicas de negociación legal entre las comisiones participantes en la redacción de un borrador de trabajo. Normalmente en los acuerdos bilaterales, las sesiones de trabajo se desarrollan en los dos países participantes, desplazándose la correspondiente delegación con los medios de que disponga al país interlocutor. En tales casos, cuando es la delegación española la que se traslada al extranjero, no siempre va a disponer de las facilidades que tendría para desplegar su actividad que las que tendría en España. Esto deberá ser tenido en cuenta especialmente en cuestiones tales como la comunicación con superiores jerárquicos, autoridades y órganos consultivos que podrían ser consultados en el momento de negociar los términos del acuerdo. Aunque los medios de que van a disponer, como correo electrónico e incluso llamadas telefónicas, podrán estar a disposición de las delegaciones, no siempre responderán estos a la urgencia y premura que a menudo requieren los trabajos de negociación, haciéndolos menos manejables para la delegación que se traslada al extranjero.

Igualmente ocurre con los acuerdos multilaterales, que suelen negociarse bien en las sedes de las organizaciones internacionales que auspician dichos trabajos (por ejemplo, la EDA en el ámbito de la UE, o SHAPE en el ámbito OTAN) o en las de los países originadores y patrocinadores del objeto sobre el que recae el acuerdo que pretende suscribirse. Aunque por lo general dichas sedes suelen responder a las necesidades de las delegaciones visitantes, no cabe duda que la lejanía del territorio nacional podrá suponer una desventaja que no se daría si la negociación tuviera lugar en el territorio nacional.

8. ETAPAS DE LA NEGOCIACIÓN DE ACUERDOS INTERNACIONALES

Analizando de forma más analítica el proceso de negociación, cabe diferenciar las siguientes etapas propias de una negociación en el marco de

los acuerdos internacionales no normativos que pretendan suscribirse en el ámbito del Ministerio de Defensa.

8.1. PREPARACIÓN DE LA NEGOCIACIÓN

La planificación es una parte crítica en la negociación, toda vez que una buena preparación previa es la mejor forma de asegurar una negociación satisfactoria. Un negociador sin una adecuada preparación no tendrá otra opción que la de limitarse a reaccionar ante los acontecimientos sin poder dirigirlos, y su poder negociador será probablemente inferior a su interlocutor en la mesa de negociación. Esta preparación bascula entre diferentes aspectos, si bien hay que referirse a dos fundamentales como son la definición de la estrategia a seguir (en la que cabe referirse por ejemplo a aspectos técnicos sobre qué información se va a proporcionar y cuál no, el establecimiento de los objetivos que se persiguen, etc.), y la elaboración de la agenda de negociación.

Pero antes ha de advertirse que la negociación conlleva previamente a las primeras sesiones de trabajo la realización de un trabajo previo. Como se comentó, antes de comenzar las negociaciones directas a través de las delegaciones de los países en sesiones de trabajo, los borradores que se van a presentar a estos son ya redactados previamente a través de otros tantos contactos, normalmente por correo electrónico, en los que el asesor jurídico aporta ya un primer asesoramiento jurídico.

Dicho asesoramiento en este estadio previo se articula bien a través de contactos por correo electrónico o bien mediante sesiones de trabajo de los propios integrantes de la comisión o delegación y que, por ello, se desarrollan todavía en territorio nacional.

Además, es usual que los primeros borradores pretendan remitirse a las asesorías jurídicas competentes para recabar un primera valoración inicial y que revista cierta formalidad con el aval del asesor jurídico titular de la citada asesoría jurídica. Aunque normalmente el borrador definitivo que haya de tramitarse reglamentariamente para recabar su firma y que deberá ser trasladado a la asesoría jurídica competente para informe como reglamentan las diferentes instrucciones internas de los Cuarteles Generales de los tres Ejércitos, no es extraño que quizá por un exceso de prudencia se recaben informes *anticipados* de tales asesorías, práctica esta que no resulta recomendable, dado que la participación del asesor jurídico en las negociaciones debe ser tenida como garantía suficiente para salvaguardar el control legal durante los trabajos de redacción de los correspondientes

textos internacionales. En definitiva, deberán pasar a informe de las asesorías jurídicas solo los borradores definitivos y previamente a su tramitación reglamentaria mediante su traslado a DIGENPOL para recabar la firma con toda la documentación que resulte pertinente (memorias económicas y justificativas, etc.).

Normalmente, y dado que el asesor jurídico que forma parte de una comisión o delegación negociadora deberá tener suficiente nivel en el dominio de la lengua extranjera (normalmente el inglés), lo cierto es que los borradores que pretendan ser informados formalmente por las asesorías jurídicas deberán ser siempre traducidos al español con carácter previo a su remisión.

No obstante, el experto legal que forma parte de la delegación negociadora deberá asumir un asesoramiento en el idioma utilizado en estas, normalmente el inglés, ya que como parte de dicha comisión, deberá trabajar directamente sobre los textos en el idioma de que se trate sin necesidad de que haya de traducirse al español. Las consultas que puedan efectuarse, así como la negociación en sí, se desarrollarán en el idioma en el que se vayan redactando dichos borradores, ya que se trata de un asesoramiento al margen de la tramitación reglamentaria del acuerdo en la Administración Pública, y su dinámica se insertará en la misma dinámica que discurra durante los debates que se sucedan con los interlocutores pertenecientes a los demás países negociadores.

En cualquier caso, el asesor jurídico que participe en las negociaciones deberá recabar previamente la documentación necesaria para atender las negociaciones tanto legal (doctrina, dictámenes, informes, jurisprudencia etc., en el ámbito del derecho internacional público) como de otro carácter, como son los contactos de los organizadores; si, por ejemplo, el acuerdo se tutela desde una organización internacional, de los asesores legales de los otros países, creándose listas de correo y a menudo grupos de trabajo propios en cuyo seno se trabajará y negociarán los aspectos legales de los borradores, etc.

En este punto, órganos de gran importancia a la hora de realizar contactos previos a las negociaciones por parte de los asesores jurídicos intervinientes en las negociaciones serán: la Subdirección General de Planes y Relaciones Internacionales (en DIGENPOL), la Asesoría Jurídica General del Ministerio de Defensa, la Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, etc. Aunque dichos órganos administrativos tendrán un papel relevante al tiempo de la tramitación reglamentaria de los borradores definitivos que hayan de elevarse al Ministro de Defensa para su firma o para recabar la delegación de la misma, lo cierto es que son órganos

que también pueden resultar de utilidad a la hora de recabar información y cualquier otra ayuda que el asesor jurídico pueda precisar.

En cualquier caso, lo más aconsejable es intentar realizar las gestiones oportunas en territorio nacional con carácter previo a los debates que se puedan desarrollar, tanto en territorio nacional como en territorio extranjero, para recabar cuantas instrucciones sean necesarias para poder responder adecuadamente en los debates que se vayan a suceder en los trabajos de negociación de acuerdos internacionales. Estas instrucciones serán impartidas normalmente desde los Estados Mayores de los tres Ejércitos, de Direcciones Generales del Ministerio de Defensa que sean competentes en los ámbitos en los que dichas decisiones deban tomarse. Si bien también suele ser clave a este respecto las instrucciones que puedan recabarse desde otros centros directivos del departamento.

En este sentido cabe hacer alusión a los siguientes:

1. En materia propiamente legal, las instrucciones deberán, en caso de ser necesario, recabarse de la Asesoría Jurídica General, a la cual le corresponde según el artículo 11 del Real Decreto 454/2012, de 5 de marzo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Defensa:

«2. La función de asesoramiento jurídico, función única en el ámbito del Departamento, se ejerce bajo la dirección del Asesor Jurídico General de la Defensa quien, a tal fin, puede dictar instrucciones a las asesorías jurídicas de los cuarteles generales de los ejércitos y a cualquier otra en el ámbito del Departamento, así como evacuar las consultas que le formulen tendentes a asegurar la debida coordinación y unidad de criterio».

2. La Dirección General de Política de Defensa (DIGENPOL), habida cuenta de que conforme al artículo 15:

«1. La Dirección General de Política de Defensa es el órgano directivo al que le corresponde la planificación y desarrollo de la política de defensa. A estos efectos, dependen funcionalmente de esta dirección general los órganos competentes en las citadas materias de las Fuerzas Armadas y de los organismos autónomos del Departamento. 2. Corresponden a esta dirección general, en el ámbito de sus competencias, las siguientes funciones: [...] b) Elaborar las directrices de política de defensa y realizar su seguimiento. c) Controlar el desarrollo del Plan de Diplomacia de Defensa. d) Elaborar las líneas generales de desarrollo de las directrices de política de defensa para la participación en organizaciones internacionales de seguridad y defensa».

3. Continuando con la misma disposición reglamentaria, entre otros organismos y direcciones que pueden resultar de interés para recabar direc-

trices al tiempo de negociar acuerdos internacionales en el ámbito del Ministerio de Defensa, tenemos la Dirección General de Armamento y Material, cuyo artículo 4 le atribuye entre otras, las siguientes competencias:

«c) Ejercer las competencias que se le atribuyan para negociar y gestionar la cooperación industrial, controlar las transferencias de tecnología nacional a terceros países, así como la obtenida de programas, acuerdos o convenios internacionales. d) Impulsar, junto con la Dirección General de Política de Defensa, las relaciones bilaterales, ejerciendo la representación nacional en los foros multinacionales. e) Impulsar el apoyo institucional a la internacionalización de la industria española de defensa, coordinar la promoción internacional de la enajenación de bienes muebles y productos de defensa y, en coordinación con la Dirección General de Política de Defensa, dirigir las actuaciones de los agregados y consejeros de defensa. f) Ejercer las competencias atribuidas en relación con el control del comercio exterior de material de defensa y de productos y tecnologías de doble uso y la gestión de las inversiones extranjeras en España, relacionadas con la defensa. g) Proponer y dirigir los planes y programas de investigación y desarrollo de sistemas de armas y equipos de interés para la defensa nacional, en coordinación con los organismos nacionales e internacionales competentes en este ámbito».

4. También se incluiría entre los órganos que por su competencia pueden ser consultados antes de proceder a negociar un acuerdo internacional, la Dirección General de Asuntos Económicos a la que corresponde: «la planificación y desarrollo de la política económica y financiera del Departamento, así como la supervisión y dirección de su ejecución», así como «d) Administrar los recursos financieros que se le asignen y los no atribuidos expresamente a otros órganos del Ministerio, así como los destinados a las adquisiciones en el extranjero, las operaciones de paz y ayuda humanitaria, y al funcionamiento de las agregadurías y los consejeros de defensa y representaciones militares²⁵».

5. La Dirección General de Infraestructura a la que corresponde: «controlar los programas y proyectos internacionales y relacionarse, en coordinación con la Dirección General de Política de Defensa, con organismos internacionales en materia de infraestructura»²⁶.

6. O la Dirección General de Reclutamiento y Enseñanza Militar a la que corresponde «elaborar, en coordinación con la Dirección General de

²⁵ Artículo 5 del Real Decreto 454/2012, de 5 de marzo, por el que se desarrolla la Estructura Orgánica Básica del Ministerio de Defensa.

²⁶ Artículo 6 del Real Decreto 454/2012, de 5 de marzo, por el que se desarrolla la Estructura Orgánica Básica del Ministerio de Defensa.

Política de Defensa, los programas de cooperación internacional en materia de enseñanza y dirigir su ejecución»²⁷.

Con independencia de lo anterior, previamente a la negociación de un acuerdo internacional de los denominados no normativos en el ámbito del Ministerio de Defensa, debe recabarse la oportunidad *política* a DIGENPOL para poder iniciar los contactos con la contraparte.

En este punto debe citarse el apartado 2 de las normas-guía sobre tramitación de acuerdos internacionales en el Ministerio de Defensa, que señala para el caso de acuerdos originados a iniciativa de algún órgano del Ministerio de Defensa que «[...] cualquier paso en la esfera internacional, por mínimo que parezca, puede tener significado, por lo que es muy conveniente que aquellos órganos actúen de acuerdo con las directrices generales de política exterior [...]». Por ello, «cuando se sienta la necesidad o conveniencia de celebrar un acuerdo, el primer paso debe ser informar a DIGENPOL facilitándole los datos y razones en que esta se basa». A resultas del análisis que lleve a cabo DIGENPOL de la propuesta, pudiendo hacer las apropiadas consultas de nivel superior dentro del Ministerio y con el Ministerio de Asuntos Exteriores, decidirá aconsejando o desaconsejando la apertura de negociaciones para la suscripción del acuerdo. Incluso si la amplitud del acuerdo u otras circunstancias que pudieran concurrir, cabría que el propio DIGENPOL pueda asumir la dirección en la elaboración y negociación con el asesoramiento técnico del promotor.

8.2. PROCEDIMIENTO DE NEGOCIACIÓN

Volviendo a la perspectiva de la actividad diplomática, la negociación puede ser contemplada desde una perspectiva amplia, en el sentido de comprender los contactos y las conversaciones que mantiene la misión diplomática con las autoridades del Estado receptor sobre cualquier tema, con el objetivo de conseguir que dicho Estado adopte un comportamiento o una posición determinada²⁸. Para Martínez Morcillo²⁹, la negociación es un

²⁷ Artículo 10 del Real Decreto 454/2012, de 5 de marzo, por el que se desarrolla la Estructura Orgánica Básica del Ministerio de Defensa.

²⁸ YTURRIAGA BARBERÁN, J. A. *Los órganos del Estado para las relaciones exteriores. Compendio de Derecho Diplomático y Consular*. Madrid: Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación 2015, n.º 21, p.150.

²⁹ MARTINEZ MORCILLO, A. «La función diplomática». *España y la práctica del Derecho Internacional*. Madrid: Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación 2014, Colección Escuela Diplomática, p. 350,.

procedimiento específico por el que varios sujetos dotados de personalidad jurídica internacional buscan un acuerdo sobre un tema de interés común.

El procedimiento de negociación es la parte central de la negociación. Se trata de un diálogo por turno, en forma oral (excepto los resultados que se consignan por escrito), en el cual ambas partes hacen valer sus propios argumentos para conseguir las redacciones que más interesen en el acuerdo que haya de suscribirse. Y es en esta fase cuando se desarrollan propiamente las técnicas de negociación argumentando, escuchando atentamente la argumentación de las demás partes, para conocer la información de la otra parte, sea verbal o no verbal, entrando en juego las habilidades tanto de expresión propia como de interpretación de los gestos y expresiones e la contraparte se sucedan en las sesiones de trabajo. Es la etapa en que se utilizan tácticas de negociación y donde la destreza del negociador va a ser importante a fin de lograr obtener un acuerdo.

8.2.1. Técnicas de negociación

Las técnicas de negociación son reglas y procedimientos de uso en las negociaciones que pueden facilitar la conclusión de un acuerdo satisfactorio.

Los obstáculos que con mayor frecuencia surgen en un proceso negociador para el negociador experto legal se pueden reducir a los siguientes:

1. La reacción inapropiada o realizada en un momento inoportuno. Es un obstáculo de carácter interno del propio negociador, en tanto que los seres humanos son máquinas de reacción, por lo que hay que procurar saber esperar a los momentos adecuados para tener reacciones adecuadas. Esto ocurre por ejemplo cuando se hacen valer argumentos anticipadamente a cuestiones que todavía no han sido debatidas y que no lo serán hasta más adelante, lo que puede suponer dar una ventaja al interlocutor en el punto que haya de debatirse.

2. También, propias de la habilidad y destreza del negociador son las emociones que deben atemperarse en lo posible al objeto de dar mayor confianza y seguridad a nuestros interlocutores haciendo más manejables los debates que se sucedan durante las sesiones de trabajo. En especial deberán evitarse manifestaciones negativas, los ataques que podrían deberse a ira y hostilidad, posiciones inflexibles, u otras que puedan traslucir miedo o falta de confianza.

Esta variable en la negociación internacional no es exclusiva de nuestro tiempo, pues de la obra francesa de 1716 *De la Manière de Négociier avec les Souverains*, se extrae el siguiente extracto:

«El diplomático debe ser rápido, recursivo, buen oyente, cortés y agradable. No debe crearse la reputación de ser un talento, ni tampoco debe discutir en exceso de forma que divulgue información secreta para ganar una discusión. Un buen negociador debe sobre todo dominarse suficientemente para resistir la tentación de hablar antes de haber pensado a fondo lo que se propone ceder. No debe caer en el error de suponer que un poco de misterio dentro del cual se crean secretos de la nada y se elevan las trivialidades al nivel de los asuntos de Estado es algo más que el síntoma de una cabeza chica. Deberá prestarles atención a las mujeres, pero sin entregar su corazón. Deberá ser capaz de aparentar dignidad aun sin poseerla, pero al mismo tiempo tendrá que evitar cualquier exhibición de mal gusto. El ser valiente, una cualidad esencial puesto que el tímido no podrá esperar culminar con éxito una negociación confidencial. El negociador deberá tener la paciencia del relojero y carecer de prejuicios personales. No debe tener inclinación por la bebida, el juego o las mujeres, ni ser irritable, ni dejarse llevar por otras veleidades y fantasías. El negociador deberá además estudiar historia, conocer las instituciones extranjeras y las costumbres y ser capaz de decir, para cualquier país extranjero, en manos de quién realmente reside la soberanía. Deberá tener también algún conocimiento de la literatura, ciencia, matemáticas y derecho. Finalmente deberá ser buen anfitrión. Un buen cocinero es a menudo un excelente conciliador³⁰».

3. También ha de subrayarse el obstáculo consistente en el comportamiento posicional o hábito de atrincherarse en una posición pretendiendo así hacer ceder al negociador sin tener la intención de doblegar su postura. La firmeza en las posturas no debe confundirse con la sensación de inflexibilidad, ya que una negociación adecuada deberá dirigirse justamente a doblegar a la contraparte a través de argumentos y en su caso cesiones para conseguir el resultado pretendido, pero no mediante una postura inflexible que dificulte obtener progresos durante las negociaciones para la redacción de los acuerdos.

³⁰ CALLIÈRES, F. *De la Manière de Négociier avec les Souverains* [en línea]. 1716 [Consultado el 18 de diciembre de 2016] Disponible en web: http://www.mific.gob.ni/docushare/dscgi/ds.py/Get/File-4903/CINCO_ESTILOS.doc.

Como señala Manzanero³¹, es recomendable centrarse en los intereses y no obsecarse con las posiciones. Buena parte de las negociaciones se han malogrado porque se confunden los intereses con las posiciones, a causa de la falta de flexibilidad que esto supone, ya que aunque las posiciones de las diferentes partes en conflicto puedan ser incompatibles, los intereses frecuentemente no lo son.

En la negociación hay que tener muy presente que se negocia cuando una persona trata de un problema con otra o cuando dos Estados examinan un asunto en común. Dado que una negociación implica una conciliación de puntos de vista e intereses opuestos, los negociadores deberían recordar que, para concluirla favorablemente, es necesario esforzarse por comprender el punto de vista contrario y demostrar que se ha llegado a tal comprensión. Si una parte se ve forzada a aceptar pura y simplemente las peticiones de la otra, no existe negociación, sino capitulación³².

4. Aunque la negociación colaborativa pretende obtener beneficios para ambas partes, lo cierto es que no resulta impensable que en determinados casos a una de las partes no le interese el resultado por no ver o no entender el beneficio que podría generarle el acuerdo. Esto podría ocurrir por ejemplo en casos de negociación de acuerdos para la utilización de instalaciones o recursos en territorio nacional por parte de otros países sin que realmente se genere un beneficio alguno que pudiera redundar en favor de nuestro país, lo que en determinados casos podría llevar a considerar la inoportunidad de afrontar la negociación en un momento dado.

5. Otro obstáculo que puede surgir en un proceso negociador son las diferencias legales y culturales entre los países que participan en la negociación. Cuando se trata de negociar acuerdos internacionales con países que participan de un sistema jurídico próximo al nuestro, como ocurre, por ejemplo, con los países que integran la UE, las diferencias culturales y legales no suelen ser importantes, facilitando en gran medida los trabajos de redacción de los acuerdos. Sin embargo, no ocurre lo mismo cuando los países interlocutores guardan ciertas diferencias culturales y legales. En este punto debe señalarse que España, en ocasiones, ha participado en ejercicios y maniobras militares con países árabes con los que mantenemos una disparidad cultural y legal que puede presentar dificultades a la hora de fijar, por ejemplo, el estatus jurídico del personal español que haya de trasladarse a dichos países durante un tiempo más o menos permanente.

³¹ MANZANERO A. L. «La negociación como solución a situaciones conflictivas». *Anuario de Psicología Jurídica* 2002, n.º 12, pp. 129-140.

³² CAHIER, P. *Derecho Diplomático contemporáneo*. Madrid: Rialp 1965, pp. 188-189.

Delitos tipificados en los códigos penales de dichos países pueden no resultar tipificados en España, y las garantías judiciales pueden ser distintas, lo que puede generar dificultades a la hora de llegar a un acuerdo entre las partes negociadoras. Si bien, estamos ante una cuestión más específica, como es, la cuestión relativa al estatuto jurídico del personal de los países participantes que será abordada en otro lugar.

En cualquier caso, con carácter general, las diferencias socioculturales condicionarán en mayor o menor medida las particularidades de la negociación. Por ejemplo, los anglosajones manejan la relación desde el reconocimiento personal de sus habilidades negociadoras y sobre los intereses particulares del acuerdo en sí. Por otro lado, los negociadores latinos, orientales y árabes centran la negociación en la confianza o en los lazos de amistad que puedan formar con su interlocutor. Ambas posiciones, sin importar sus diferencias, se orientan a potencializar las habilidades negociadoras de las partes y a desarrollar con éxito el objeto de la negociación³³.

Cabe mencionar también a la globalización, que ha sido y es un vehículo de homogeneización al mismo tiempo que pone de manifiesto las diferencias y asimetrías que exhiben los pueblos y naciones que conforman la aldea global³⁴, pues bien, la globalización también supone una ayuda a superar las barreras culturales para subrayar el valor de la interdependencia.

En definitiva, baste señalar que en los ámbitos internacionales las brechas interculturales obligarán a menudo a salvar diferencias, tanto en el fondo como en la forma, debido a que analizamos las situaciones de forma diferente y partimos de limitaciones legales e incluso culturales que afectarán a los trabajos de negociación y a sus resultados.

Asimismo, una buena preparación de la negociación permitirá llevar una mayor ventaja en los trabajos de negociación. La consulta de fuentes legales de derecho internacional público, o los acuerdos que se han firmado previamente con objetos iguales o próximos, especialmente cuando han sido firmados por los mismos países y en general cualquier fuente jurídica que pueda ser tenida en cuenta, nos dará mayor ventaja que nuestros interlocutores al tiempo de llevar a cabo la negociación.

Haciendo una aproximación al ámbito legal, desde la perspectiva propiamente letrada y siguiendo a García Ramírez³⁵, cabe destacar los siguientes

³³ CAÑÓN, M.; DAYANA K. *La interculturalidad de los negocios internacionales*. Bogotá: Universidad & Empresa 2007, vol. 6, pp. 261-291

³⁴ GARCÍA CANCLINI, N. *Diferentes, Desiguales y Desconectados*. Barcelona: Gedisa, 2004, p. 54.

³⁵ GARCÍA RAMÍREZ, J. *Las cuatro habilidades del abogado eficaz: la buena práctica*. Madrid: Editorial De Rasche y Pereira-Menaut 2013, pp. 117 y ss.

tes aspectos importantes a tener en cuenta en una negociación por parte de un abogado:

A. En primer lugar, lo mejor para negociar es saber más que la otra parte, porque *conocer es poder*. Así en el marco de derecho sustantivo se cuentan como actividades claves a conocer bien por el letrado las siguientes:

1. Preparar las doctrinas más importantes sobre el asunto. Es decir, aprovechar la bibliografía que pueda existir sobre el caso de que se trate.

2. Realizar estudios de antecedentes de algún caso similar que hayamos tenido previamente. Es decir, aprovechar la documentación de los casos que hayamos despachado como parte de nuestra investigación.

3. Analizar jurisprudencia a favor y en contra en las bases de datos de que dispongamos y porque no, habrá que añadir también aquí la búsqueda de la normativa que pueda ser de aplicación, etc.

B. En cuanto a las circunstancias propiamente no jurídicas habrá que:

1. Determinar las circunstancias personales o profesionales de la otra parte que fueran a influir en la negociación. El conocimiento de dichas circunstancias nos permitirá dominar más la negociación en el sentido de que sabremos cuándo podemos presionar más o menos a la otra parte, etc.

2. Y, por último, en el marco del derecho procesal o adjetivo habrá que valorar los medios de prueba de los que dispongamos.

Aunque en principio es obvio que los casos deben ser estudiados de la forma más amplia posible, en realidad la cuestión en este punto es que un mejor conocimiento del caso va a permitir que tengamos al mismo tiempo más seguridad sobre las posibilidades que tengamos ya sea en sentido favorable o desfavorable de forma que si tenemos más posibilidades de ganar el caso, podremos presionar más a la parte contraria, toda vez que sabemos que, en el peor de los casos, si fracasa la negociación, habrá que ir a juicio, sabiendo que en esta arena tenemos más posibilidades de ganar que la otra parte.

A menudo los precedentes suelen ser un buen argumento para hacer valer nuestras pretensiones en las diferentes cuestiones que se puedan plantear. Aunque los sistemas jurídicos y en especial los administrativos pueden acarrear cambios en las perspectivas, lo cierto es que los argumentarios que defendieron los diferentes países en anteriores ocasiones pueden servir para oponerlos ante cambios que no nos puedan interesar que prevalezcan en la correspondiente negociación.

También suelen ser útiles las interpretaciones que se suceden en los diferentes tribunales que se puedan pronunciar al tiempo de aplicar las disposiciones contenidas en la normativa OTAN. Qué se entiende por cónyuge del personal que se traslada al territorio de otro Estado, en qué términos se articula la inmunidad de ejecución de los cuarteles generales de la OTAN, o como se protegen la información confidencial generada en el curso de las actuaciones objeto del acuerdo, pueden ser claves a la hora de redactar de una forma u otra un acuerdo internacional.

Por lo demás, las técnicas de negociación jurídica en el ámbito de los acuerdos no normativos relativos al Ministerio de Defensa quedarán condicionadas básicamente al tipo de acuerdo ante el que nos encontremos, y especialmente a su objeto.

Por ejemplo, no requerirá una gran actividad negociadora en el ámbito jurídico un acuerdo técnico que tenga por objeto desarrollar unos ejercicios o maniobras en España, que se realizan anualmente y en el que suelen participar los mismos países. En este caso la actividad negociadora sería mínima toda vez que dichos borradores no suelen sufrir grandes cambios respecto de los que se firmaron en anteriores ocasiones. La costumbre es normalmente utilizar anteriores acuerdos para redactar los nuevos de forma que las partes negociadoras no se apartarán en cuestiones estructurales y generales en los términos que ya fueron acordados en el pasado.

Sin embargo, sí cabe desplegar una negociación de mayor envergadura cuando nos encontramos ante acuerdos nuevos, complejos en los que se establecen pautas para realizar colaboraciones futuras. Estos acuerdos requieren una mayor atención por parte de los asesores jurídicos que forman parte de las delegaciones participantes.

8.2.2. Límites del negociador

Como se decía inicialmente al tiempo de distinguir entre acuerdos normativos o tratados (también se incluirían acuerdos administrativos), y acuerdos no normativos, al iniciar la negociación de un acuerdo internacional es de vital importancia precisar la naturaleza del objetivo que se procura o de la cuestión que se pretende solucionar, ya que habitualmente el fracaso de las negociaciones se suceden a menudo dada la falta de claridad o el desconocimiento del objeto de la negociación y de la naturaleza del acuerdo internacional en el que se trabaja.

En este punto puede entenderse como un límite en el ejercicio de la negociación e condicionante que conlleva el que estemos ante un acuerdo normativo o no normativo.

Es indispensable, por ejemplo, que las partes tengan claro si se está ante un acuerdo que no se vaya a regir por el derecho internacional, ya que es conveniente que el acuerdo que se vaya a suscribir genere los mismos efectos para las partes, ya sea un acuerdo generador de derechos y obligaciones o un acuerdo de los llamados *pacto entre caballeros*.

En este punto, la nomenclatura del acuerdo dentro de los acuerdos no normativos no es excesivamente importante al comienzo de las negociaciones toda vez que una vez que se ha alcanzado un consenso acerca de la naturaleza jurídica del acuerdo, la nomenclatura de este —MOU (*Memorandum of Understanding* por sus siglas en inglés), acuerdo técnico, etc.— podrá ser decidida más adelante sin especiales consecuencias desde un punto de vista jurídico.

En las negociaciones el experto legal deberá procurar que, en la redacción que figure en los borradores a resultas de las diferentes sesiones de trabajo, los contenidos no contradigan nuestra legislación, entendiendo por tal el ordenamiento jurídico que desde la Constitución regule cualquier cuestión que haya de figurar en el acuerdo internacional que pretenda suscribirse. En este punto debe referirse el artículo 94 de la Constitución señala: «1. La prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio de tratados o convenios requerirá la previa autorización de las Cortes Generales, en los siguientes casos: e) Tratados o convenios que supongan modificación o derogación de alguna ley o exijan medidas legislativas para su ejecución». No en vano, en el caso de que el acuerdo a suscribir hubiera de contener alguna cláusula que por contravenir nuestro ordenamiento jurídico «supongan modificación o derogación de alguna ley», el citado acuerdo habría de revestir la forma de tratado internacional.

El experto legal también estará limitado en los trabajos de negociación en los que pueda participar por las instrucciones que haya podido recibir del Ministerio de Defensa, de sus superiores o del jefe de la delegación española³⁶. La práctica normal es la de una ausencia de instrucciones a este respecto lo que hace a veces difíciles las acciones del experto legal en algu-

³⁶ En este punto cabe señalar que el artículo 10 del derogado Decreto 801/1972, de 24 de marzo, sobre la Ordenación de la Actividad de la Administración del Estado en Materia de Tratados Internacionales señalaba: «En el desempeño de sus funciones, los representantes de España se atenderán en la negociación de un tratado al contenido y alcance de la autorización otorgada por el Consejo de Ministros, así como a las instrucciones que les dé el Ministro de Asuntos Exteriores, al que tendrán informado del desarrollo de la negociación».

nas cuestiones abiertas que deben cerrarse en los trabajos de negociación y para las que es necesaria por su contenido más político que técnico jurídico, de instrucciones de quien son competentes para pronunciarse. En tales casos lo normal es establecer contacto directo lo más rápidamente posible con quienes desde territorio nacional pueden dar esas directrices, lo que ocurre es que normalmente será difícil, por no decir imposible, contactar con las personas indicadas en un breve espacio de tiempo, debiendo el experto legal en tales casos pronunciarse en el sentido de tener que demorar la decisión por parte de España en tales cuestiones, una vez que se haya recabado las autorizaciones e instrucciones pertinentes por parte de los responsables que tengan la competencia para decidir dichos temas.

En tales casos suele ser de ayuda las consultas con el jefe de la delegación, que a menudo asumirá la responsabilidad para decidir sobre el terreno la respuesta que se demande a los miembros de la delegación española en los trabajos de negociación. No obstante, no suele ser habitual que se den estas situaciones en la negociación de acuerdos internacionales no normativos en el ámbito del Ministerio de Defensa, habida cuenta de que, en este tipo de negociaciones, el nivel de responsabilidad de los miembros negociadores no es lo suficientemente alto como para decidir cuestiones comprometedoras que corresponda decidir a autoridades perteneciente a altos niveles de responsabilidad, capaces de comprometer a España en cuestiones más o menos delicadas. Es por ello que los acuerdos no normativos, al no generar derechos ni obligaciones para las partes, no suelen generar en los trabajos de negociación, situaciones en las que el experto legal deba solicitar instrucciones a autoridades competentes normalmente no concurrentes a los debates.

8.2.3. Procedimiento negocial

Por otro lado, debe tenerse en cuenta, como se indicó más arriba, que en las primeras sesiones de negociación directa las delegaciones ya suelen disponer de un borrador relativamente avanzado, borrador que se ha venido redactando mediante continuos contactos por parte de los interlocutores en los que se ha contado previamente con informes, dictámenes, valoraciones, y asesoramientos técnicos por parte de los países involucrados en la redacción de los acuerdos internacionales.

En este punto, el primer contacto en el que se lleva a cabo la negociación de los citados borradores puede ser una sesión genérica en la que participan todos los miembros de las delegaciones, contacto que normalmente

permite presentar a los intervinientes dando turno a cada uno de ellos para que se presenten indicando nombre y puesto de trabajo que desempeñan en el momento que se produce dicha negociación, de tal forma que sabemos qué es quién y la formación jurídica de cada representante legal.

Aunque normalmente en la primera sesión de negociación participarán todos los miembros de las delegaciones, no es inusual que posteriormente, y si la naturaleza del acuerdo lo requiere, se realicen futuras sesiones esta vez solo entre los representantes legales de los países, creándose grupos *ad hoc*, que se cierran exclusivamente a aquellos miembros de las delegaciones que por su formación y condición como experto legal, se escinden de los grupos de trabajo generales en los que siguen participando todos los miembros de las delegaciones participantes en los trabajos de negociación.

También es habitual que se formen otros grupos de trabajo distintos como grupos de expertos financieros, e incluso grupos mixtos de expertos tanto legales como financieros.

Normalmente la cuestión del idioma es crítica en la negociación de los textos, ya que el dominio del idioma va a permitir al negociador desplegar su labor con mayor o menor efectividad. La terminología y los giros idiomáticos en el ámbito jurídico hacen que un mayor dominio permita una redacción más depurada del borrador. No en vano, la tutela o dirección de los trabajos de redacción de los acuerdos internacionales multilaterales suelen recaer en expertos legales que dominan con especial dominio del idioma que va a ser utilizado, con independencia de su pertenencia a organizaciones internacionales o a las delegaciones de los países participantes.

8.2.4. Materias que requieren especial atención en la negociación jurídica

Los puntos de mayor atención para el negociador experto legal se puede decir que son los siguientes:

1. Preámbulos:

A menudo los preámbulos o introducciones de los acuerdos no normativos pueden ser demasiado formales asemejándose a los de un tratado internacional o incluir alusiones que puedan presentar dudas en torno a la naturaleza jurídica del acuerdo. Son típicas las alusiones a tratados internacionales como el Tratado de Washington suscrito el 4 de abril de 1949, o al Convenio entre los Estados Partes del Tratado del Atlántico Norte re-

lativo al Estatuto de sus Fuerzas, hecho en Londres el 19 de junio de 1951 (SOFA), ya que de forma frecuente los acuerdos que se firman se hacen con países pertenecientes a la OTAN, utilizándose un paraguas normativo que facilitan muchas cuestiones jurídicas y prácticas que habrían de desarrollarse y poner en peligro la naturaleza jurídica no normativa del acuerdo si no se incluyen en el texto.

2. Cláusulas tipo:

Se trata de cláusulas que fijan la naturaleza jurídica del acuerdo internacional separando un acuerdo no normativo de otro que sí lo sea. Por ejemplo, las cláusulas que señalan y la interpretación de las cláusulas que integran el tratado y en especial la forma de dirimir las controversias³⁷. Las cláusulas que señalan la forma de comienzo de la aplicación o efectividad de los acuerdos³⁸. Cláusulas que inequívocamente expresan la calidad no jurídica o normativa del acuerdo, como por ejemplo aquellas que señalan que al acuerdo se la aplicarán las legislaciones nacionales sin que puedan contravenir las mismas, o que los acuerdos no se someterán a la jurisdicción de ningún Tribunal Internacional³⁹, etc.

Pérez Giralda⁴⁰ subraya la importancia de este último tipo de cláusulas y señala:

«Si la voluntad de sustraer el acuerdo no normativo al ámbito del derecho internacional no queda clara en su texto, sus disposiciones pueden acarrear la responsabilidad del Estado frente a la otra parte, ya que “el hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por

³⁷ Ejemplo de cláusula de este tipo sería: «Cualquier desavenencia relativa a la interpretación o aplicación de este MOU se resolverá únicamente mediante negociación entre los Participantes afectados», o «Cualquier controversia que surja en la interpretación o aplicación del presente acuerdo será resuelta por consultas entre los participantes sin sumisión, para su arreglo, a terceras autoridades ni a ningún tribunal».

³⁸ Ejemplo de cláusula de este tipo sería: «El presente MOU, incluyendo sus anexos, comienza sus efectos para los participantes en la fecha de la última firma».

³⁹ Ejemplo de cláusula de este tipo sería: «Los desacuerdos relativos al presente MOU que surjan entre los participantes se resolverán mediante consultas entre los participantes involucrados», o «Este MOU no pretende entrar en conflicto con ninguna ley nacional o internacional o acuerdos internacionales aplicables entre los participantes. Si se produjera dicho conflicto, prevalecerían las leyes nacionales o internacionales y los acuerdos internacionales entre los participantes. Los participantes respectivos deberán notificarse entre sí la existencia de cualquier conflicto».

⁴⁰ PÉREZ GIRALDA, A. *España y la práctica del derecho internacional: los acuerdos no normativos*. MARTÍN PÉREZ DE NANCLARES, J. (coord.). Madrid: Ministerio de Asuntos Exteriores 2014, Colección Escuela Diplomática, p. 78.

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...»».

3. La forma en la redacción:

Al igual que las cláusulas tipo, la forma en la redacción de los acuerdos no normativos deberá cuidar especialmente expresiones que conlleven o de las que se deduzca que el acuerdo genera derechos u obligaciones, así por ejemplo se reducirá el carácter imperativo de las expresiones, se evitará la forma estipulada para la elaboración de los tratados por parte de los Convenios de Viena, evitándose la estructura normativa mediante artículos, capítulos, secciones, etc., y en general cualquier expresión o referencia que acerque el acuerdo no normativo a un tratado internacional.

4. Estatus jurídico:

Normalmente aquellos acuerdos que conlleven la presencia de personal de un estado participante en las negociaciones en el territorio de otro estado participante llevará necesariamente a pactar un estatuto jurídico de dicho personal, ya que de otra forma dicho personal quedaría desprovisto de las garantías jurídicas necesarias para el caso que se sucedan problemas de índole jurídica, como accidentes, sometimiento a jurisdicciones, asistencia sanitaria, cuestiones fiscales, régimen jurídico de matrículas especiales y privilegios que pudieran tener por razón de su puesto de trabajo en el país receptor, etc.

En este punto debe señalarse que normalmente se vino utilizando el estatuto jurídico recogido en el SOFA OTAN no solo a los acuerdos que se subscribieron en el ámbito propiamente OTAN, sino también en ámbitos al margen de la OTAN, pero siempre que se concluyeran con países que pertenecieran a la OTAN. Esta práctica se fundamentaba en el artículo 3 del Tratado de Creación de la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN). Ese precepto alentaba a las naciones pertenecientes a la OTAN a acrecer sus capacidades militares mediante acuerdos entre ellos de cooperación militar. Sin embargo, la Asesoría Jurídica Internacional se opuso recientemente a esta práctica, toda vez que entendía que no existía un fundamento legal válido para sostener que el estatus jurídico del SOFA OTAN pudiera ser de aplicación fuera del ámbito propiamente OTAN. Sin embargo, esta cuestión ha quedado finalmente resuelta a través de la *Ley*

Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las organizaciones internacionales con sede u oficina en España y las conferencias y reuniones internacionales celebradas en España, cuyo artículo 33 reza:

«Estatuto de las Fuerzas Armadas visitantes, de su personal militar y civil y de sus bienes, señala: 1. A las Fuerzas Armadas visitantes de un Estado miembro de la OTAN o de la Asociación para la Paz, a su personal militar y civil y a sus bienes, cuando se encuentren en territorio español a invitación o con consentimiento de España, se les aplicarán las disposiciones del Convenio entre los Estados Partes del Tratado del Atlántico Norte relativo al estatuto de sus fuerzas, de 19 de junio de 1951. 2. A las Fuerzas Armadas visitantes de cualquier otro Estado extranjero, a su personal militar y civil y a sus bienes, cuando se encuentren en territorio español a invitación o con consentimiento de España, se les aplicarán, de forma total o parcial, las disposiciones del Convenio entre los Estados Partes del Tratado del Atlántico Norte relativo al estatuto de sus fuerzas, de 19 de junio de 1951. Dicha aplicación se hará, atendiendo al principio de reciprocidad y en virtud del acuerdo que sea suscrito a tal efecto por el Ministerio de Defensa de España con el homólogo del Estado extranjero».

5. Información clasificada:

A menudo la aplicación de los acuerdos internacionales genera información clasificada lo que lleva a menudo a los asesores legales a tener que redactar con especial precisión y diligencia aquellas cláusulas que regulen y articulen el tratamiento de dicha información.

En este punto habrá de tenerse en cuenta especialmente la existencia de tratados internacionales de información clasificada firmados por los países participantes en las correspondientes negociaciones⁴¹, o las regulaciones de la información clasificada a nivel de organizaciones internacionales como la OTAN, la UE o la Agencia Espacial Europea. A menudo se suele remitir a la normativa OTAN o europea el tratamiento de información clasificada que pudiera generarse con ocasión de las actividades desarrolladas en el

⁴¹ Ejemplo de cláusula que tenga en cuenta dichas circunstancias sería: «Los participantes son conscientes de que el intercambio y protección de información clasificada se regirán por lo dispuesto en el acuerdo sobre protección recíproca de información clasificada firmado el 21 de mayo de 2007 por el Gobierno de la República Federal de Alemania y el Gobierno del Reino de España».

seno del objeto de los acuerdos internacionales del ámbito del Ministerio de Defensa.

6. Definiciones:

Los borradores de los acuerdos que se negocian contienen a menudo apartados de definiciones en el comienzo de los textos. Estos apartados son muy importantes desde el punto de vista jurídico, ya que su interpretación va a ser clave al tiempo de aplicar las cláusulas que contienen dichos acuerdos.

Muchos de estas definiciones además llegan a ser auténticos conceptos jurídicos o al menos a integrar matices directamente previstos por normas internacionales que tendrán que ser cuidadosamente atendidos por los expertos legales que participen en las negociaciones.

Por otro lado, la negociación de la redacción del acuerdo internacional queda condicionada a su estructura, lo que también habrá de tenerse en cuenta por el negociador jurídico, que a modo de ejemplo en el caso de los no normativos en general y de los MOU en particular, podría ser la siguiente:

Secuencia	Secciones	Requerimiento
1	Índice	Cuando concurren muchas secciones
2	Introducción	Obligatoria
4	Definiciones	Si figuran múltiples abreviaturas, acrónimos o terminología especializada
5	Objeto	Obligatoria
6	Organización y gestión	Opcional
7	Consideraciones contractuales	Opcional
9	Consideraciones financieras	Opcional

Secuencia	Secciones	Requerimiento
10	Impuestos, aduanas, etc.	Opcional
11	Tratamiento de la información clasificada	Opcional
12	Responsabilidad	Opcional
13	Estatus jurídico del personal	Opcional
14	Ventas y donaciones a terceras partes	Opcional
15	Seguros	Opcional
17	Apoyo logístico	Opcional
18	Seguridad	Opcional
19	Acceso a instalaciones	Opcional
20	Adhesión de nuevos participantes	Opcional
21	Solución de controversias	Obligatoria
22	Modificaciones	Obligatoria
23	Duración, renuncia y terminación	Obligatoria
24	Idiomas	Si el MOU se suscribe en más de un idioma
25	Fecha de efectividad del MOU	Obligatoria

8.3. EL CIERRE DE LA NEGOCIACIÓN

Corresponde a la parte final de la etapa de discusión y de los debates que sirven para cerrar un texto definitivo que haya de ser finalmente objeto de la tramitación reglamentaria por parte de cada uno de los Estados negociadores.

No siempre es una decisión fácil de tomar, pues a menudo los textos supuestamente cerrados y definitivos son nuevamente modificados por las partes, encontrándose incluso ya en fase de tramitación reglamentaria en las administraciones públicas de los Estados que lo habrán de suscribir, cuestión esta que conlleva que la tramitación realizada hasta el momento habrá de anularse, puesto que cualquier modificación del texto implicará la existencia de un texto diferente al tramitado, por lo que habrá de iniciarse nuevamente la citada tramitación administrativa. Es por ello que el texto no deberá considerarse cerrado y, por tanto, ser sometido a tramitación hasta no estar completamente seguros de que este no va a sufrir más modificaciones.

Por eso, el anuncio del cierre debe tener dos características: ser firme y ser aceptado por todas las partes. Se dice que una negociación tiene éxito siempre y cuando a través de esta se satisfagan las necesidades de los participantes y se puedan resolver todos los conflictos, los desacuerdos o las discordancias.

Por otro lado, el cierre de la negociación conlleva la apertura de una nueva etapa, cualitativamente distinta a las anteriores. En puridad cabe hablar de dos fases en la elaboración de un acuerdo internacional, tanto en los casos de los acuerdos normativos, tanto tratados como acuerdos administrativos como en los casos de los acuerdos no normativos, como son la fase de negociación y la fase de tramitación reglamentaria. En el caso de los acuerdos a tramitar en el ámbito del Ministerio de Defensa y acudiendo a las normas que rigen la tramitación reglamentaria de este tipo de acuerdos⁴², una vez que el borrador se considera cerrado, firme y definitivo, habrá de ser traducido al español, si los trabajos de redacción se sucedieron en idioma distinto al español, y a continuación remitirlo por conducto reglamentario desde el órgano originador a DIGENPOL para su tramitación reglamentaria, es decir, para su firma por el ministro o por la autoridad a quien se le delega la firma del ministro. Para ello, acompa-

⁴² Véanse las instrucciones generales dictadas en su ámbito por cada jefe de Estado Mayor del Ejército respectivo, así como el documento aclaratorio de las normas-guía sobre tramitación de acuerdos internacionales en el ámbito del Ministerio de Defensa.

ñará al borrador una memoria justificativa y una memoria económica, y se solicitará en caso de solicitarse la delegación de firma del ministro, en qué persona recaerá dicha delegación refiriéndose tanto al nombre como al cargo que ocupa.

Una vez que la documentación es recibida en DIGENPOL y en particular en la Subdirección General de Planes y Relaciones Internacionales, se procede a la tramitación administrativa propiamente dicha, ya que una vez recibido el borrador este se remite a la Asesoría Jurídica General para informe, que habrá de velar por la legalidad del documento así como advertirá si este ha de ser elevado a la Asesoría Jurídica Internacional cuando hubiera sospechas de que el acuerdo pudiera tener carácter de tratado internacional y, por lo tanto, seguir la tramitación reglamentaria de un documento de este tipo con las formalidades que ello conllevaría. Además, cabría incluso recabarse dictamen del Consejo de Estado en determinados casos, como ha venido ocurriendo en acuerdos que han conllevado especiales problemas a la hora de poder deducir su naturaleza jurídica.

Nada impide, por lo demás, recabar cualesquiera otros informes y documentación por parte de la Subdirección General de Planes y Relaciones Internacionales a otras unidades, departamentos u organismos que dentro del Ministerio de Defensa hayan de pronunciarse sobre cualquier cuestión e incluso a ministerios diferentes que pudieran quedar afectados por el acuerdo que se pretenda suscribir.

9. CONCLUSIONES

1. Dentro de las diferentes acepciones del término *negociación*, hemos partido de la *negociación colaborativa*, que alude a la actividad diplomática de los Estados y de los organismos internacionales, para cooperar y colaborar en una actividad u objetivo común, mediante la suscripción de acuerdos internacionales.

2. La negociación de acuerdos internacionales ha evolucionado con el tiempo pasando de una actividad básicamente diplomática a una actividad más especializada dentro de la administración. Ello ha sido acentuado especialmente tras la proliferación de los acuerdos no normativos, o acuerdos no jurídicamente vinculantes, que cada vez con más habitualidad son celebrados desde los diferentes departamentos ministeriales, fruto del fenómeno de la desregulación normativa y la huida del derecho sustantivo y procesal.

3. Dicha circunstancia ha hecho que el papel de ciertos especialistas, como son los expertos legales, haya venido adquiriendo carta de naturaleza en las negociaciones que se suceden durante los debates para la redacción y suscripción de los citados acuerdos internacionales.

4. En el ámbito del Ministerio de Defensa, cuando se requiere el concurso del experto legal, corresponde a los miembros del Cuerpo Jurídico Militar participar directamente en las negociaciones desplegando las habilidades propias del negociador mediante técnicas específicas con identidad propia dentro del mundo de la negociación legal internacional.

BIBLIOGRAFÍA

- CAHIER, P. *Derecho Diplomático contemporáneo*. Madrid: Rialp 1965.
- CAÑÓN M.; DAYANA K. *La interculturalidad de los negocios internacionales*. Bogotá: Universidad & Empresa 2007, vol. 6.
- FERNÁNDEZ MARTOS. S. *Técnicas de negociación*. Vigo: Ideas Propias 2005.
- GALLEGO HERNÁNDEZ, A. C. «La ley española de tratados de 2014». *Anuario Español de Derecho Internacional* 2015, vol. 31.
- GARCÍA CANCLINI, N. *Diferentes, Desiguales y Desconectados*. Barcelona: Gedisa 2004.
- GARCÍA RAMÍREZ. J. *Las cuatro habilidades del abogado eficaz: la buena práctica*. Madrid: Editorial De Rasche y Pereira-Menaut 2013.
- GONZÁLEZ GARCÍA M. J. *Técnicas de negociación*. Málaga: Innovación y cualificación 2006.
- MANZANERO, A. L., «La negociación como solución a situaciones conflictivas». *Anuario de Psicología Jurídica* 2002, n.º 12.
- MARESCA, A. *La missione diplomatica*. Milán: A. Giuffrè 1967.
- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES J. *La labor de asesoramiento jurídico internacional al gobierno: el papel de la AJI*. Madrid: Ministerio de Asuntos Exteriores 2014, Colección Escuela Diplomática, n.º 20.
- MARTÍNEZ MORCILLO, A. «La función diplomática». *España y la práctica del Derecho Internacional*. Madrid: Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación 2014, Colección Escuela Diplomática.
- MURGIA ROSETE, J. A. *El derecho internacional público en la agenda política de las relaciones internacionales*. México: Universidad Autónoma de México 2005.
- NICOLSON, H. *La Diplomacia*. México: Fondo Económico de Cultura 1975.

- PÉREZ GIRALDA A. *España y la práctica del derecho internacional: los acuerdos no normativos*. Madrid: Ministerio de Asuntos Exteriores 2014, Colección Escuela Diplomática.
- POYATO ARIZA, J. L. «Los MOU. Fundamento jurídico. Tipos y competencias para suscribirlos. Los arreglos Técnicos». *Lecciones de derecho operativo*. Madrid: Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica 2001.
- REMIRO BROTONS, A. *et al. Derecho internacional*. Madrid: Mc Graw-Hill 1997.
- REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. *Diccionario de la lengua española* [en línea]. Vigésimotercera edición. 2014. Madrid: Real Academia de la Lengua Española 2014 [Consultado el 19 de diciembre de 2016]. Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=QMTFYRQ>.
- MORALES LAMA, M. «La negociación como método diplomático». *Listín Diario*, 8 de Mayo de 2015.
- UNKIN, G. I. *Theory of International Law*. Londres: E-Dition 1974, p. 273.
- YTURRIAGA BARBERÁN, J. A. *Los órganos del Estado para las relaciones exteriores Compendio de Derecho Diplomático y Consular*. Madrid: Ministerio de Asuntos Exteriores 2015, Colección Escuela Diplomática, n.º 21, p.150.