Principios y justicia en el Derecho Internacional

Libro Homenaje al Profesor Antonio Remiro Brotóns

Javier Díez-Hochleitner
Carlos Espósito
Cristina Izquierdo Sans
Soledad Torrecuadrada

(Editores)

Dykinson, S.L.

PRINCIPIOS Y JUSTICIA
EN EL DERECHO INTERNACIONAL
Libro Homenaje al
Profesor Antonio Remiro Brotóns

PRINCIPIOS Y JUSTICIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Libro Homenaje al

Profesor Antonio Remiro Brotóns

Javier Díez-Hochleitner
Carlos Espósito
Cristina Izquierdo Sans
Soledad Torrecuadrada García-Lozano

(Editores)

Dykinson, S.L.

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, sea este electrónico, mecánico, por fotocopia, por grabación u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito del editor. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (art. 270 y siguientes del Código Penal).

Diríjase a Cedro (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra. Puede contactar con Cedro a través de la web www.conlicencia.com o por teléfono en el 917021970/932720407

Este libro ha sido sometido a evaluación por parte de nuestro Consejo Editorial
Para mayor información, véase *www.dykinson.com/quienes_somos*

© Copyright by
Los autores
Madrid

© Copyright fotografía Antonio Remiro Brotons realizada por Carlos Espósito

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Teléfono (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69
e-mail: info@dykinson.com
http://www.dykinson.es
http://www.dykinson.com

ISBN:978-84-9148-939-9

Preimpresión por:
Besing Servicios Gráficos S.L.
e-mail: besingsg@gmail.com

Impresión:
Safekat S.L
e-mail: info@safekat.com

LA LEY DE TRATADOS, ¿ASPIRACIÓN CUMPLIDA?

Araceli Mangas Martín*

SUMARIO: 1. La ley 25/2014 de tratados.– 2. Los inconstitucionales Acuerdos Internacionales Administrativos.– 3. Aproximación crítica a los Acuerdos Internacionales No Normativos.– 4. Breves reflexiones.

1. LA LEY 25/2014 DE TRATADOS

1. En la brillante y prolífica obra del profesor Antonio Remiro Brotóns, el Derecho de los tratados ha ocupado una importante esfera de sus preocupaciones científicas que ha volcado en muchas publicaciones monográficas y en sus manuales[1].

2. Sin duda, la aprobación de la Ley 25/2014 de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales[2] ha sido particularmente importante. Era algo anhelado y esperado desde la aprobación de la Constitución española de 1978 y en la que trabajaron con denuedo todos los que ocuparon la Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio de Asuntos Exteriores, dejando tras sí proyectos completos y muy sólidos, colaborando el profesor Remiro en varios de esos proyectos.

3. Por ello, la Ley 25/2014 fue saludada con satisfacción por el profesor Remiro al tiempo que propugnaba su reforma inmediata para poner fin a sus defectos e insuficiencias: "la ley es manifiestamente mejorable y sería aconsejable su modificación"[3]. Todo un carácter. Y plenamente de acuerdo en la necesidad de su reforma.

4. En efecto, tenemos una Ley frente al Decreto 801/1972[4], que regulaba con una impresionante brillantez técnica la actividad convencional

---

* Catedrática de Derecho internacional público de la Universidad Complutense de Madrid. Académica de Número de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas de España.

1 Sin intentar hacer un listado representativo, su primera gran obra en materia de tratados es una obra clásica para todo especialista: *Derecho Internacional Público. 2. Derecho de los Tratados*, Tecnos, Madrid, 1987, 550 pp.

2 *BOE* núm. 288, de 28 de noviembre de 2014.

3 Remiro Brotóns, A., "Comentario general a la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros acuerdos internacionales", en Andrés Sáenz de Santa María, P., Díez-Hochleitner, J., y Martín y Pérez de Nanclares, J. (dirs.), *Comentarios a la Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales*, Cizur Menor, Civitas, Thomson Reuters, 2015, p. 51.

4 De 24 de marzo de 1972 (*BOE núm. 85*, de 8 de abril de 1972).

de España y la adaptaba, a pesar del régimen jurídico-político de la dictadura, al Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados (en adelante, CVDT)[5]. Ahora, como bien decía el profesor Remiro "[L]a ley satisface los propósitos de *aggiornamento* regulatorio y adecuación a la Constitución del régimen de tratados"[6]. La Ley está redactada en tono megalómano (con títulos cuando bastaba con la ordenación en capítulos, un desproporcionado y farragoso preámbulo), sin la concisión y mesura que debe tener una ley, debiendo haber eliminado "disposiciones superfluas, redundantes o de naturaleza infralegal"[7].

5. Menos hincapié, pero suficiente, ha hecho en los eventuales roces con la propia Constitución. El profesor Antonio Remiro estuvo entre los primeros, sino el primero, en estudiar e interpretar el alcance de los preceptos constitucionales en materia de tratados tras la promulgación de la Constitución de 1978.

6. El *aggiornamiento* en materia de tratados de la Ley 25/2014 es dudosamente compatible con la Constitución. Probablemente, la culpa se deba más al vértigo que ha producido a los partidos políticos una reforma constitucional. Nuestra vetusta Constitución (cuarenta años sin reformas naturales[8] es una inmensidad) no ha sido acomodada a nuevas realidades y necesidades mediante los procedimientos de reforma constitucional por voluntad del legislador con escrúpulos de monja, o más exactamente de los partidos mayoritarios, pero estos no tienen empacho en modificar la Constitución mediante leyes, con rodillo o sin rodillo. Ya lo hicieron con la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006 o con la propia Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado[9]. Una Constitución que no puede ser reformada, pero si continuamente burlada por todos.

7. Como Antonio Remiro afirma, la regulación de los "tratados" es lo único logrado en la Ley 25/2014. Menos mal que el CVDT es una horma bastante consolidada y ha funcionado como freno frente a veleidades megalómanas. El vértice o tríptico de la Ley –la regulación de los tratados– es

---

5 Convenio de 23 de mayo de 1969 (*BOE* núm. 142, de 13 de junio de 1980).

6 *Op. cit.*, nota 3, p. 54.

7 *Op. cit.*, nota 3, p. 53.

8 Las dos reformas habidas (arts. 13.2 y 135 CE) vinieron condicionadas por obligaciones convencionales de la UE (Tratado de la Maastricht de 1992 y Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza de 2012).

9 Santiago Muñoz Machado ha puesto de relieve las incorrecciones constitucionales que se disponen con carácter general en una ley del Estado al margen de ámbitos regulados por la UE, así como el hecho de que mediante esa Ley se estaría sustituyendo o imposibilitando el ejercicio de sus atribuciones por las Administraciones competentes (en Prólogo a Alonso Mas, M.J., *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado. Comentario a la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado*, Kluwer, 2014, accesible en: *http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1503144*).

correcto, aunque también tenga lagunas. Antonio Remiro dice de forma expresiva "*agujero negro*" –que comparto–, como el relativo a la aplicación provisional de los tratados hasta que se tramite la autorización parlamentaria en el supuesto de los tratados previstos en el artículo 94.1 CE. Además de haber respetado las competencias constitucionales de las Cortes, hubiera sido una buena oportunidad si la Ley de Tratados hubiera establecido algún requisito para decidir la aplicación provisional de los tratados (como sería justificar la urgencia para el interés general). Para Antonio Remiro esa carta blanca a favor del Gobierno tiene "una tacha de inconstitucionalidad"[10]. No es la única; abunda la burla a la Constitución española en los otros dos tipos de acuerdos que regula. Es lo que pasa cuando se hacen leyes para reformar la Constitución.

2. LOS INCONSTITUCIONALES ACUERDOS INTERNACIONALES ADMINISTRATIVOS

8. La democracia y el Estado de Derecho es el respeto a las formas y al fondo. Muy evidente en la Ley 25/2014 es la deficiente e inconstitucional regulación de los acuerdos internacionales administrativos (en adelante, AIA) que la Ley de Tratados incluye como novedad regulatoria. La Ley los define en el artículo 2.b) como un "acuerdo de carácter internacional no constitutivo de tratado" que ejecuta un acuerdo previo, mientras que reserva para el "tratado" la definición –readaptada– del Convenio de Viena[11].

9. Es decir, al margen del Derecho internacional, la Ley se inventa una clasificación de andar por casa; "grave error" remarca Remiro este uso doméstico. La Ley dice que son acuerdos internacionales pero no tratados, contradiciendo al propio Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, originando –en palabras de Remiro Brotóns– "una contradicción en sus propios términos y una fuente de indeseables confusiones"[12].

10. De cara a la enseñanza en las Facultades de Derecho y la aplicación por los operadores jurídicos avergüenza la pobreza técnica del revoltijo de términos que, para el CVDT (art. 2), son sinónimos. Desde luego, los AIA son tratados o acuerdos internacionales, cualquiera que sea la denominación con la que se designe a un acuerdo internacional o bien porque desarrolle otro tratado.

---

10 *Op. cit.*, nota 3, p. 55.

11 Los "tratados", por tanto, como es habitual, se podrán denominar acuerdos, convenios, pacto, etc. A los "tratados" se aplica el Convenio de Viena, la Constitución, la Ley de Tratados y otras leyes.

12 *Op. cit.*, nota 3, p. 56.

11. De entrada, la Constitución de 1978 solo distingue dos tipos de tratados o convenios: entre tratados o convenios que requieren la autorización previa de las Cortes por la materia o efectos en el ordenamiento español (arts. 93 y 94.1) y los restantes tratados o convenios (art. 94.2) para los que basta la aprobación por el Gobierno de la Nación.

12. Lo más grave no es la torpeza técnica sobre los AIA, sino el atentado constitucional a la democracia, en concreto, de un lado, a los poderes de las Cortes, al "hurtarlos groseramente al control parlamentario" y, de otro, a los poderes del Gobierno en cualquier tratado, pues se le retira de plano al Gobierno de la Nación el derecho a aprobar toda suerte de tratados o acuerdos[13]. Mediante esa Ley se exime a los AIA de respetar el procedimiento constitucional de tramitación previsto en los artículos 94 y 97 CE, es decir, se exime de respetar la Constitución (los poderes de las Cortes y del Gobierno) por el simple mandato de la propia Ley (art. 40) escondiendo la burla a la Constitución con la referencia a la exención de cumplimiento del Título II de la Ley –que esconde los artículos 94 y 97 CE–. Es el peligro de reescribir la Constitución en una Ley. Así se acaba reformando la Constitución.

13. Con la excusa de unas definiciones inventadas, el legislador ordinario faculta a una serie de organismos públicos centrales, regionales, e institucionales para celebrar acuerdos internacionales extrayéndoles del control de las Cortes y de la decisión del Gobierno y, por consiguiente, del marco constitucional a tratados por la mera opción de denominarles o calificarles como "acuerdos internacionales administrativos".

14. La Ley de Tratados pasa por alto que la Constitución establece la competencia exclusiva del Estado en el *ius ad tractatum*, y exige que haya una específica ley de delegación (art. 150 CE) para atribuir dicha facultad a entes distintos al Gobierno. La Ley de Tratados se permite modificar la Constitución al establecer un inmenso abanico de autoridades internas que podrán celebrar acuerdos internacionales para el desarrollo administrativo de los tratados con terceros Estados.

15. La Ley deja la puerta abierta a toda administración pública competente en la materia que quiera concertarse con un Estado extranjero u organización internacional. Estos AIA –que son tratados regidos por el Derecho internacional–, se podrán celebrar por órganos, organismos y entes de las Administraciones Públicas competentes por razón de la materia, lo que incluye a organismos de ministerios diversos, Comunidades autónomas y ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, entes como las Universidades públicas, etc. (art. 11.4 de la Ley de Acción Exterior y art. 2.*c* de la Ley de Tratados).

13 *Op. cit.*, nota 3, p. 57.

16. La única garantía es que el acuerdo internacional administrativo se subordinará y deberá respetar el tratado "marco", pero deja muchas opciones de desarrollo y ninguna de control de esa subordinación. El proyecto de AIA debe ser remitido por el organismo celebrante al Ministerio de Asuntos Exteriores para su conocimiento e informe preceptivo –pero no vinculante–. No exige el acuerdo del Consejo de Ministros (a pesar de lo establecido en artículo 97 CE y artículo 5.1 de la Ley de Gobierno), ni tan siquiera tomar conocimiento de todos, sino conocer los que le seleccione como relevantes el Ministerio citado.

17. No se prevé oposición o veto del Consejo de Ministros a tales proyectos de acuerdos internacionales administrativos en el supuesto de que le sean dados a conocer. Tampoco se exige visto bueno alguno o veto del Ministerio si hubiera un desbordamiento del acuerdo marco o diferencias de interpretación o un cambio de circunstancias o de contexto político nuevo que afecte al interés general de España o a la dirección de la política exterior por el Gobierno, que es su competencia exclusiva.

18. Los artículos 93 y 94.1 CE no eximen de la autorización de las Cortes a los tratados en función de su denominación; el constituyente quiso descartar maniobras nominalistas de burla al Parlamento español –propias de la dictadura franquista– utilizando una descripción objetivable de las materias y efectos que produzca el acuerdo o tratado en el orden interno, lo que obligaría a las Cortes a autorizar o rechazar; incluso se refirió a dos denominaciones para dejar claro que son asimilables ("tratado o convenio"); la lista de sinónimos de "tratado" en la CVDT es amplia y no es moldeable a capricho por el legislador nacional.

19. En definitiva, se transfiere una competencia a pesar de que la Constitución y la Ley de Gobierno no distinguen la competencia del Gobierno en función de la denominación circunstancial del tratado. La competencia constitucional exclusiva del Consejo de Ministros para autorizar la negociación, adopción, autenticación y manifestación del consentimiento no depende de la denominación del acuerdo de voluntades.

20. Nada se prevé en el supuesto de que se celebrara el AIA por el organismo público sin notificarlo al Ministerio, o que no respetara el tratado marco o, incluso, la propia Constitución española. Se supone que la vía es la judicial ordinaria (o el recurso de inconstitucionalidad en su caso), tan ineficaz como arriesgada para la ineludible responsabilidad internacional del España frente al Estado extranjero celebrante con el organismo interno. Todo ello se pudo haber evitado si se hubiera respetado la competencia constitucional del Gobierno de autorización o acuerdo previo. La Ley de Tratados, al excluir a las Cortes y el acuerdo del Gobierno, atenta a la superior jerarquía de la Constitución sobre las leyes.

21. Tampoco el artículo 94.2 CE exime de la obligación de informar "inmediatamente" a las Cortes del resto de tratados o convenios que no encajen en los artículos 93 y 94.1 CE en función de la denominación. Por el contrario, la Ley de Tratados no exige notificar a las Cortes tales acuerdos; se exime al Gobierno mediante una ley de sus obligaciones y competencias constitucionales. Esta forma de "escabullirse" los AIA de las Cámaras y del propio Gobierno ha sido muy criticada con toda razón por el profesor Remiro Brotóns[14].

22. La prevalencia de estos AIA que suscribirán entes diversos (CCAA, ayuntamientos, universidades, organismos diversos…) sobre las leyes estatales o autonómicas es discutible, dado que carecen de las autorizaciones del Gobierno y de las Cortes. Para Antonio Remiro la prevalencia dependerá de tal autorización parlamentaria.

23. La confusión se agrava al observar que a los AIA se les exime también, aunque de forma ininteligible, del cumplimiento del artículo 96 en materia de publicación en el BOE para su recepción y aplicación directa.

24. El torpe y confuso[15] artículo 41 de la Ley de Tratados establece mandatos contradictorios entre sí: remite a la publicación en el boletín oficial del *ente* que lo firme (apdo. 1) –el cual además señalará la fecha de entrada en vigor con independencia de su publicación en el BOE–, lo que no facilitará su conocimiento y control. A su vez el apartado segundo señala que el Ministerio de Asuntos Exteriores determinará los casos en que se notificarán al Consejo de Ministros y cuándo se publicarán en el BOE. Dice eso y su contrario. El apartado tercero prevé de forma sorprendente que a los solos efectos de publicidad "todos" los acuerdos administrativos se publicarán en el BOE. El cuarto apartado proclama que "los acuerdos internacionales administrativos válidamente celebrados una vez publicados en el «Boletín Oficial del Estado» formarán parte del ordenamiento interno. ¿Solo los que se publiquen en el BOE serán Derecho interno?

25. Si hubiera habido buena técnica y respeto a la seguridad jurídica, hubiera bastado solo el último apartado.

26. El AIA es un acuerdo que vincula a España como sujeto del Derecho internacional y compromete su responsabilidad internacional en caso de violación por parte del organismo público que dio su consentimiento en nombre de España. Como son acuerdos internacionales, publicados o no, España responderá de su cumplimiento, a pesar de que no hubo control ni

14 *Op. cit.*, nota 3, p. 57.

15 Las críticas, que comparto, a la redacción final del artículo 41 son muy claras (*op. cit.*, nota 3, pp. 58-59).

consentimiento del Consejo de Ministros ni control de las Cortes. De todos, de todos responderá España como Estado, a pesar de que ni se tramitan conforme a las previsiones constitucionales ni se suscriben por quien es constitucionalmente competente.

3. APROXIMACIÓN CRÍTICA A LOS ACUERDOS INTERNACIONALES NO NORMATIVOS

27. La Ley de Tratados regula un tercer tipo de acuerdos: los "Acuerdos Internacionales No Normativos" (en adelante, AINN). Esa concreta denominación fue la iniciada personalmente por el profesor Remiro en el borrador de un anteproyecto que se preparó en los años ochenta desde el Ministerio y que, veinte años más tarde, en un obra muy posterior prefirió sustituir por "acuerdos no jurídicos"[16].

28. Buen conocedor de la práctica española en la materia de acuerdos políticos, Antonio Remiro se ha mostrado también muy crítico con la regulación de estos acuerdos no jurídicos en la Ley de Tratados. De entrada, por la incapacidad del legislador y sus redactores de conceptualizar de forma sencilla qué es un Acuerdo Internacional No Normativo. Las formas atropelladas y farragosas son las escogidas en esta Ley por sus redactores.

29. Con su gracia natural ha recordado los "diez mandamientos" que debe guardar quien intervenga en tales acuerdos políticos[17] y que de entrada no se respetan en la Ley, por lo que la Ley propicia acuerdos exigibles jurídicamente. O en expresión muy particular de Antonio Remiro, la Ley 25/2014 hace de los Acuerdos No Normativos la "*casa del Tócame Roque*"[18], expresión que en mi opinión es aplicable a más títulos de la Ley. Si estos acuerdos no comprometen al Estado, ¿por qué exige que se mencione *expressis verbis* al Reino de España?

30. Estos acuerdos no normativos son "acuerdos entre caballeros, que empeñan política y personalmente a sus signatarios, aunque no a sus sucesores. En el ámbito interno, no faltan recursos para tolerarlos, consentirlos y asegurar su aplicación si esa es la voluntad del Gobierno"[19].

31. Una regulación tan alegre, sin cohesionar, lleva a una contradicción con la regulación de los AINN. De entrada, es una contradicción sujetar a

16 *Derecho internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007. La denominación de acuerdos no normativos no aparece en su primera gran obra sobre *Derecho de los tratados* de 1987 (Tecnos), citada en nota 1.

17 *Derecho internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 194-195.

18 *Op. cit.*, nota 3, p. 60.

19 *Op. cit.*, nota 1, p. 258.

una Ley, es decir, en términos de Derecho acuerdos que no pueden generar efectos jurídicos, ni derechos ni obligaciones; los tradicionales "acuerdos no jurídicos" o acuerdos políticos no son ni tratado ni acuerdo internacional administrativo, pero se les regula por pura arbitrariedad en una Ley.

32. Estos acuerdos políticos estarían desprovistos de su núcleo jurídico esencial, es decir, del principio *pacta sunt servanda*. Es claro que los verdaderos acuerdos no normativos no generan obligaciones internacionales para España ni se rigen por el Derecho Internacional.

33. Sin embargo, la propia Ley de Tratados se contradice al negar, por un lado, que sean fuente de obligaciones para España, al tiempo que, por otro, prevé con desparpajo que puedan implicar "obligaciones financieras" por lo que exige su previsión presupuestaria (arts. 43 y 45 *in fine*).

34. El legislador de la Ley de Tratados se empeñó en regular jurídicamente acuerdos que no tienen contenido jurídico, que no crean ni derechos ni obligaciones, y están fuera del Derecho internacional. Este tipo de acuerdos pueden ser celebrados no sólo por el Gobierno sino "por organismos y entes de la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y Ciudades de Ceuta y Melilla, las Entidades Locales, las Universidades públicas y cualesquiera otros sujetos de Derecho público con competencia para ello". Todos ellos pueden hacerlos por su cuenta, sin recabar la autorización del Consejo de Ministros ni tan siquiera notificar su conocimiento. De ahí que los títulos III y IV de la Ley 25/2014 hayan convertido la política exterior de España –en su feliz expresión– en la "casa de Tócame Roque".

35. En efecto, ¿de qué sirve que la Constitución reserve la prerrogativa de la política exterior al Gobierno si cualquier director general en el Estado o consejero autonómico puede celebrar AINN con terceros Estados sin conocimiento del Gobierno? No es suficiente reconocer que su contenido constituye meras "declaraciones de intenciones" o "compromisos de actuación de contenido político, técnico o logístico".

36. Con anterioridad a la Ley de Tratados ya había una práctica política estatutaria sobre los acuerdos de cooperación que las CCAA pueden celebrar con las instituciones públicas y privadas de territorios y Estados extranjeros para la promoción de los intereses propios de las CCAA en el exterior ("acuerdo internacional no normativo"). Tales acuerdos, que en modo alguno tienen *naturaleza jurídica internacional*, se contemplan en los Estatutos de Valencia, Cataluña, Andalucía y Castilla y León, y lo confirma también la nueva Ley de Tratados.

37. Ya sea organismos gubernamentales o infraestatales, unos y otros, no disponen de poderes discrecionales o ilimitados a la hora de calificar un

tratado como acuerdo no jurídico; está limitado por una interpretación que dé un efecto útil y razonable a las diversas descripciones de materias del artículo 94.1 de la C.E. o a la obligación de notificar a las Cortes la conclusión de los restantes Tratados (art. 94).

4. BREVES REFLEXIONES FINALES

38. No es fácil responder si es preferible una mala ley a la ausencia de ley sustentada por un buen Decreto hecho por dos excelsos juristas demócratas en los años setenta. Lo que sobresale de esa Ley 25/2014 de Tratados es que se centra en: *a*) dar carta blanca en materia convencional exterior a cualquier organismo público español que quiera concertarse con un Estado extranjero o con una Organización internacional; *b*) en excluir a las Cortes y al propio Gobierno del control de los acuerdos internacionales administrativos; *c*) dejar asilvestrados los acuerdos no normativos que pueden tener contenido obligacional al ser hechos en nombre del Reino de España; *d*) en excluir a las Cortes del control de la aplicación provisional de los Tratados y de la formación de la voluntad del Estado en la conclusión de acuerdos o tratados por las organizaciones internacionales de las que es parte España.

39. De acuerdo con Antonio Remiro, hay que reformar esa Ley.