

# Consideraciones sobre los tratados internacionales

SUMARIO: 1. APROXIMACION GENERAL A LA FIGURA.—2. CLASES.—3. EXPLICACION GENERICA DE SU EVENTUAL CONTENIDO.—4. PROCESO FORMATIVO DE LOS TRATADOS: A) IDEAL GENERAL. B) APUNTES INTERPRETATIVOS CON BELIGERANCIA EN ESTE FORO: a) *Su razón de ser*. b) *Su tenor literal*. C) ALUSIÓN A LA TEORÍA REPRESENTACIONAL EN ESTE ORDEN DE COSAS: a) *Introducción*. b) *Normativa internacional sobre la materia*. c) *Normativa interna sobre la materia*. D) LA NEGOCIACIÓN, ADOPCIÓN Y AUTENTICACIÓN DEL TEXTO DE LOS TRATADOS: a) *Introducción*. b) *Especial referencia a la negociación*: a') Normativa internacional sobre la misma. b') Normativa interna sobre la misma: a") Idea general. b") Normativa ordinaria. c") Normativa constitucional. E) MANIFESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO ESTATAL EN OBLIGARSE POR UN TRATADO: a) *Introducción*. b) *Normativa internacional ad hoc*. c) *Normativa interna ad hoc*. F) REFERENCIA A LAS «RESERVAS»: a) *Introducción*. b) *Normativa internacional sobre el particular*: a') Procedimiento para la beligerancia de las reservas. b') Eficacia jurídica de las reservas. c') Retiro de las reservas y de sus objeciones. c) *Normativa interna sobre el particular*.—5. PROCESO DE CELEBRACION DE LOS TRATADOS A LA LUZ DE LOS PLANTEAMIENTOS DE LA CE: A) INTRODUCCIÓN. B) PAPEL DEL GOBIERNO AL AFECTO: a) *Idea general*. b) *Especial alusión a la calificación de los tratados*. c) *Otras funciones gubernamentales en este orden de cosas*: a') *Introducción*. b') *Iniciativa para la intervención parlamentaria al efecto*. c') *Funciones informativas del mismo*. C) PAPEL DE LAS CORTES AL EFECTO: a) *Introducción*. b) *Caracterización genérica de tal intervención*. c) *Momento en que las Cortes deben prestar su débito competencial*. d) *Metodología procedimental para la consecución de la autorización que nos ocupa*: a') *Introducción*. b') *Metodología de la autorización requerida para los tratados previstos por el artículo 93 CE*: a") Introducción. b") Elementos a valorar por las Cortes. c') *Metodología de la autorización requerida para los tratados previstos por el artículo 94.1 CE*: a") Introducción. b") Elementos a valorar por las Cortes. c") Alusión a la batería de supuestos del artículo dicho: 1') Introducción. 2') Tratados de carácter político. 3') Tratados militares. 4') Tratados territoriales. 5') Tratados que afectan a los derechos y deberes fundamentales del individuo. 6') Tratados que implican obligaciones financieras para la Hacienda Pública. 1') Tratados que supongan modificación o derogación de alguna ley o exijan medidas le-

*gislativas para su ejecución.*—6. HOMOLOGACION DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LOS TRATADOS: A) INTRODUCCIÓN. B) ALUSIÓN A LOS CRITERIOS DE JERARQUÍA Y COMPETENCIA EN CUANTO ACTUANTES EN EL SENO DE LA TEORÍA GENERAL NORMATIVA.—7. HIPOTESIS DE DISFUNCION ENTRE EL TRATADO Y LA NORMATIVA ERICTAMENTE DOMESTICA ESPAÑOLA: A) IDEA GENERAL. B) SOLUCIONES IMPUESTAS POR LA LEY ESPAÑOLA: a) *Respecto al proceso formativo del tratado.* b) *Respecto de su contenido:* a') Idea general. b') Supuesto de disconformidad del tratado con la Constitución: a") Alusión al control previo a desplegar en este campo: 1') Introducción. 2') Legitimación para actuar ad hoc. 3') Clases de tratados que pueden motivar la activación del íter que nos ocupa. 4') Metodología del mismo. 5') Acto terminal del íter en cuestión. b") Alusión al control posterior a desplegar en este ámbito: 1') Introducción. 2') Legitimación para actuar ad hoc. 3') Clases de tratados que pueden motivar la activación del íter que nos ocupa. 4') Metodología del mismo. c') Supuesto de disconformidad del tratado con la legalidad subconstitucional: a") Introducción. b") Cuestión relativa a la eventual eficacia interna de los tratados: 1') Idea general. 2') Consideraciones generales sobre los sistemas de recepción automática o especial. c") Sistema operativo en el Derecho español: 1') Idea general. 2') Alusión a la publicidad de los tratados. 3') Concreta metodología normativa ad hoc.—8. CUESTION RELATIVA A LA EJECUCION POR VIA DE DISPOSICIONES INTERNAS DE LOS APREMIOS CONTENIDOS EN LOS TRATADOS.—9. PAPEL DE LAS COMUNIDADES AUTONOMAS EN LA EJECUCION DE LOS TRATADOS.—10. EL TRATADO EN CUANTO NORMA CONVERGENTE CON OTRAS: A) IDEA GENERAL. B) EXAMEN DE LA CUESTIÓN DESDE VERTIENTES INTERNACIONALES: a) *Concurrencia de normalidad.* b) *Concurrencia disfuncional.* C) EXAMEN DE LA CUESTIÓN DESDE VERTIENTES NACIONALES: a) *Concurrencia de normalidad.* b) *Concurrencia disfuncional:* a') Idea general. b') Resistencia del tratado a la ley posterior *antinómica.* c') Eficacia ofensiva del tratado en relación con la ley anterior *contradictoria.* d') Apunte jurisprudencial sobre la materia. 11. LA DENUNCIA DE LOS TRATADOS EN EL MARCO CONSTITUCIONAL: A) INTRODUCCIÓN. B) PRAXIS QUE HA DE SEGUIRSE AL EFECTO. C) CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN ESTAS ÁREAS.

## 1. APROXIMACION GENERAL A LA FIGURA

El estudio de la misma, en su eventual enfoque desde las distintas estrategias normativas y analíticas del Derecho Internacional Público y del Derecho interno, da mucho de sí y ello por la simple razón de que la misma acredita un evidente protagonismo en sus respectivos senos ordinamentales.

Así, y contemplando el instituto desde el DIP, ante la inexistencia de una legislatura internacional con eventual soberanía sobre todos y cada uno de los Estados integrantes de la comunidad internacional, el tratado es la única posibilidad jurisdiscente dotada de una encomienda normativa efectiva, coherente y rigurosa, circunstancia que provoca el hecho de que los autores que ofician en las áreas doctrinales de dicha rama jurídica le pro-

fesen un singular afecto considerativo, atención también recibida por los esfuerzos de codificación **internacionalista**, siendo claro exponente de este interés el abultado recetario de cuestiones relacionadas con la categoría jurídica sometida a debate que fueron abordadas en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de Tratados, reunida en Viena en dos períodos de sesiones (1968 y 1969), forjándose en su seno una Convención a todas luces fundamental sobre la materia (A/Conf. 39/27), que fue suscrita el 23 de mayo de 1969, y que entró en vigor, según el tenor de su propio artículo 84 («1. La presente Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el trigésimo quinto instrumento de ratificación o adhesión. 2. Para cada estado que ratifique la Convención o se adhiera a ella después de haber sido depositado el trigésimo quinto instrumento de ratificación o adhesión, la Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o adhesión») el 27 de enero de 1980.

No quiere ello decir, ni mucho menos, que la existencia del Convenio meritado (al que se adhirió nuestro país por Instrumento de 16 de mayo de 1972. *BOE* número 142 de 13 de junio de 1980) haya venido a «devorar» el eventual rol a desarrollar en esta sede por las distintas fuentes de derecho asimismo operativas en el foro del **DIP**, aunque ciertamente el papel de éstas, aún subsistente (el propio Preámbulo del Convenio en cuestión reconoce el protagonismo que en este orden de cosas debe continuar desplegando la costumbre internacional) ha experimentado un evidente deterioro por mor del impulso racionalizador y securitario que siempre va a caballo de cualquier tarea de positivación normológica.

En suma, retengamos de este breve apunte introductorio la relevancia actual del tratado como fuente normativa del **DIP** y la existencia de lo que en aras de la más reputada teoría **normativista** (en sus distintas variantes oportunamente abanderadas por **KELSEN**, **HART**, **BOBIO**, **REALE**) podemos calificar como auténtica fuente primaria, fundamental o de reconocimiento de la figura investigada mereciendo con creces este calificativo la Convención dicha, cuyo papel como Norma de Normas o Norma constitucional en este ámbito es indiscutible.

De todos modos, y apurando el discurso sobre el particular, tengo que recalcar la falta de completud del Instrumento que estamos analizando, nota que se hace visible tanto en relación con el escandallo de Convenios **some-**tibles a sus dictados como en conexión con sus propios apremios fundacionales.

Así, y en lo tocante a la indicada carencia de completud, en las dos vertientes dichas es de notar que su espectro operacional no abarca la totalidad de posibles tratados a instrumentar entre todos los operadores

jurídicos dotados de subjetividad internacional sino sólo a aquellos exclusivamente concertados entre Estados, siendo suficientemente explícito al respecto el *dictum* —cabalmente lapidario en sus perfiles de denotación— del artículo 1 de la Convención que nos ocupa, según el cual «La presente Convención se aplica a los tratados entre Estados», criterio de estrictidad aplicativa que margina consecuentemente toda una serie de posibilidades convencionales y que resulta además corroborado por lo que también se predica en el artículo 3 siguiente, precepto por otra parte que viene a matizar la exclusión dicha al sancionar la vigencia parcial de la Convención en relación con la etnia de tratados en principio excluidos (los convenidos por los sujetos del Derecho internacional que no sean Estados, bien exclusivamente entre sí o bien con los propios Estados, y también los que no revistan la forma escrita), señalando literalmente que:

«Acuerdos internacionales no comprendidos en el ámbito de la presente Convención.—El hecho de que la presente Convención no se aplique ni a los acuerdos internacionales celebrados entre Estados y otros sujetos de derecho internacional o entre esos otros sujetos de derecho internacional, ni a los acuerdos internacionales no celebrados por escrito, no afectará:

- a) Al valor jurídico de tales acuerdos.
- b) A la aplicación a los mismos de cualquiera de las normas enunciadas en la presente Convención a que estuvieren sometidos en virtud del derecho internacional independientemente de esta Convención.
- c) A la aplicación de la Convención a las relaciones de los Estados entre sí en virtud de acuerdos internacionales en los que fueren asimismo partes otros sujetos de derecho internacional.»

Vemos, pues, que en aras al criterio ordinamental resultante del artículo que acabamos de transcribir, la exclusión aludida no opera en su integridad, ya que en relación con los supuestos descritos en los párrafos del calendado precepto, la Convención se aplica, si bien tal aplicación siempre será vicaria de la de una serie de principios generales de indiscutida vigencia universal.

En relación con este tema de la virtualidad subsidiaria de la Convención de Viena en sede de los tratados concertados por los Estados con otros operadores jurídicos dotados de subjetividad internacional distintos a los mismos (o de éstos entre sí) tengo que manifestar que los supuestos en los que la misma tiene lugar han experimentado un crecimiento portentoso en los últimos tiempos, siendo todo ello debido a que la Comunidad internacional evoluciona y se modifica constantemente, evolución que en lo que nos afecta ha ido en la línea de atribuir aptitud operativa internacional —plena o menos plena— a un número considerable de agentes jurídico-

económicos que antes no la tenían, provocando este fenómeno de creciente e intensa personalización paraestatal el que el número de Tratados sustraídos parcialmente del cobijo ordinamental ofertado por el Convenio de Viena sea cada vez mayor.

Así pues, el Derecho de gentes ha abierto sus puertas a entidades que anteriormente o no existían o se hallaban absolutamente extramuros de sus confines, y todo ello ha generado un formidable proceso expansionista aún en plena ebullición, siendo ello, en suma, una consecuencia de que todavía no se hayan cancelado las condiciones objetivas que dieron lugar a este proceso descolonizador, de soberanización plena de entidades dependientes, de creación más o menos inopinada de instituciones internacionales con proyección de futuro (caso de la Unión Europea, por ejemplo), etc.

La conclusión es que los Estados han perdido el monopolio de la subjetividad internacional, evidencia de fértil consecuencialidad en las áreas en que nos movemos y que ciertamente ha provocado una eclosión de los tratados sólo parcialmente regidos por el Convenio de Viena.

No se agota con lo explicado el haz de singularidades aplicativas que surgen del Convenio en cuestión, y en tal sentido, dicho caudal de excepción se enriquece con el tenor de sus artículos 4 y 5.

El primero de ellos sanciona en este campo la virtualidad del canon *antirretroactivo*, directiva que si bien goza de general predicamento en otras áreas del Derecho carecía de suficiente explicitéz en el que nos ocupa, y del cual resulta la exclusión de la normatividad incluida en la Convención materia de estudio para aquellos tratados ya en vigor en el momento de la adopción de ésta (exclusión asimismo impuesta por la propia naturaleza de las cosas), señalando dicho artículo que:

«Irretroactividad de la presente Convención.—Sin perjuicio de la aplicación de cualesquiera normas enunciadas en la presente Convención a las que los tratados estén sometidos en virtud del derecho internacional independiente de la Convención, ésta sólo se aplicará a los tratados que sean celebrados por Estados después de la entrada en vigor de la presente Convención con respecto a tales Estados.»

En virtud del segundo de los artículos anunciados —el 5 de la Convención— el régimen fundacional especial de determinados Convenios queda incólume, sin perjuicio de la aplicación subsidiaria de la misma, régimen de especialidad que alcanza su cenit en todo lo tocante a las Comunidades Europeas, siendo el tenor de tal artículo el siguiente:

«Tratados constitutivos de organismos internacionales y tratados adoptados en el ámbito de una organización internacional.—La presente Convención se aplicará a todo tratado que sea un instrumento constitutivo de

una organización internacional y a todo tratado adoptado en el ámbito de una organización internacional, sin perjuicio de cualquier norma pertinente de la organización.»

Así pues, y concretando el punto debatido, el Convenio objeto de permanente alusión acredita desde la vertiente *internacionalista* una beligerancia absoluta tratándose de tratados internacionales «comunes», que se celebren con ulterioridad a su adopción entre Estados y consten por escrito, y relativa en todos los demás casos.

Ahora bien, esta síntesis sólo adquiere su cabal sentido a base de conceptualizar la figura y efectuar alguna puntualización sobre lo alegado, y ello porque la misma no absorbe todas las posibilidades de negociación internacional de los Estados ni la exigencia de forma escrita se convierte en un requisito sacramental de ésta, aspectos que vamos a ver siguiendo el orden de su exposición.

Así, el tratado es sólo una de las posibilidades que acreditan los Estados (y otros sujetos con capacidad internacional) para ligarse por vía convencional, matiz que adquiere todo su sentido del concepto que resulta para el mismo del artículo 2 de la Convención, cuando inicia su repertorio de precisiones interpretativas señalando, en su apartado 1 *a*), que:

«Para los efectos de la presente Convención:

- a*) Se entiende por «tratado» un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos cualquiera que sea su denominación particular.»

De la noción ofertada por el pasaje normativo que acabo de evidenciar resulta la serie de emblemas conceptuales a los que alude DÍEZ DE VELASCO en su obra *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 1985, página 104, autor que al enfocar desde su lógica interpretativa el indicado precepto señala literalmente que:

«La anterior definición (la propuesta por el calendado precepto) pone de manifiesto:

- 1) Que se reserva la denominación de Tratado sólo para los acuerdos concertados en forma escrita, ya sea en un instrumento único o en varios conexos.
- 2) Que la Convención sólo contempla los Tratados concertados entre Estados.
- 3) Que los mismos están regidos por el DI.
- 4) Que cabe la posibilidad de que reciban otras denominaciones

(Acuerdos, Convención, Carta, Compromiso, Concordato, *Modus vivendi*, Pacto, Protocolo, Estatuto, etc.); pero no por ello dejan de ser considerados como tratados.»

En relación con este escándalo de arquetipos de la figura, descartamos la observación del segundo y el último. El segundo, por haber sido debatido previamente; el último, debido a su claridad ya que de su propia mención resulta obvio que el concepto de tratado no depende del *nomen iuris* dado al mismo sino de su propia mismidad obligacional.

Ciñéndonos a los dos restantes, tengo que poner de manifiesto que el que figura bajo el número 1 ha sido ya barajado con anterioridad en estas mismas páginas, razón por la cual sólo vamos a reafirmar ahora el que el tratado no escrito constituye una variante de la categoría que nos ocupa perfectamente plausible, aunque sustraída parcialmente de la parte dispositiva de la Convención de Viena, constituyendo por tanto una modalidad del instituto sometido a investigación, modalidad que viene a desgazar la presunta exigencia *ad solemnitatem* de la forma escrita que parece desprenderse del tenor del pasaje conceptualizador dicho, convirtiendo ésta en un simple condicionante *ad probationem*, discurso desrigidificador que emerge claro del antes literalizado artículo 3 de la Convención, y que ha tenido franca acogida por parte del Tribunal Internacional de Justicia (TIJ) con motivo de la controversia suscitada entre Turquía y Grecia en relación con un comunicado conjunto dado a la prensa por ambos países relativo al asunto de la plataforma continental del Mar Egeo, comunicado que si bien en el caso concreto debatido no fue valorado así por el TIJ como vinculante, en cuanto tratado no formal, sí que permitió aventurar a éste la tesis materializada en la idea de que «no existe regla en derecho internacional que impida que un comunicado conjunto constituya un acuerdo internacional por el que se someta una controversia a arbitraje o arreglo judicial (ver los arts. 2.3 y 11 del Convenio de Viena sobre Tratados). En consecuencia, que el comunicado de Bruselas de 31 de mayo de 1975 constituya o no tal acuerdo, depende esencialmente de la naturaleza del acto o transacción contenida en el mismo; pero no se resuelve el problema invocando la forma del comunicado dado a dicho acto o a la expresada transacción. Por el contrario, para precisar la naturaleza del acto o de la transacción contenida en el comunicado de Bruselas, el Tribunal deberá tener en cuenta ante todo los términos empleados y las circunstancias en las cuales ha sido elaborado el comunicado» (CU. *Recueil*, 1978, pág. 39).

De todos modos, la forma escrita es la manera habitual de visibilizarse el tratado, y en realidad, la única tomada en consideración, en toda su plenitud, por el Convenio de Viena, cuestión que nos obliga a poner de manifiesto el hecho de que partiendo de este común denominador instru-

mental —la formalización escrituraria dicha— se observa en estas áreas una enorme diversidad de manifestaciones concretas de la misma, mosaico de gran envergadura en cuanto integrado por un conjunto sumamente variopinto de modalidades a adjuntar al clásico paradigma categorial de «tratado», entre las que pueden citarse como de mayor uso, las de «convención», «acuerdo», «convenio», «protocolos», «ajustes», «arreglos», «declaraciones», «canjes de notas», «concordatos», etc., recetario de posibilidades, cuya admisión en este foro aparece expresamente consagrado por el último inciso del apartado 1.a) del artículo 2 del Convenio de Viena, en los términos antes literalizados, y cuya elección depende de consideraciones tradicionales, del contenido, del rango de las personas intervinientes, de su propio significado en lo que se refiere a la concreta prestación del consentimiento en obligarse, de la calidad de los contratantes, de las exigencias provenientes de las sendas normativas domésticas de los Estados implicados y de otra serie de referentes cuya *reductio* a la unidad sólo puede efectuarse de forma muy arriesgada en cuanto casuística y accidental.

En cualquier caso, esta problemática no ha dejado indiferente a la doctrina internacionalista, debiendo destacarse al efecto la labor de sistematización desplegada por D. P. MYERS en su obra *The names and scope of treaties*, libro en el que se efectúa un concienzudo estudio sobre la particularidad dicha, intentándose la búsqueda de claves en virtud de las cuales la enorme variedad de *nomen iuris* puedan encajarse en patrones de coherencia, labor que se desarrolla sobre el rastreo y el análisis de más de 5.000 instrumentos internacionales y que ha servido de punto de referencia inexcusable a la doctrina ulterior, la cual unas veces se limita a elaborar una síntesis de las conclusiones forjadas por dicho autor y otras a reinterpretar su teoría forjando sobre la misma un punto de vista más personal.

Como ejemplos de estas sendas maneras de proceder resultan citables J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, L. I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ y M. P. ANDRÉS, en su libro *Curso de Derecho Internacional Público*, I, Oviedo, 1983, quienes en su página 123 señalan literalmente, al comentar esta cuestión, que «Finalmente, debe tenerse en cuenta que el término "tratado" posee un valor genérico; de manera que si se dan los elementos presentes en la definición (del art. 2.1 a) del Convenio de Viena) puede hablarse de un tratado internacional cualquiera que sea su denominación particular», atribuida por los negociadores. En un estudio de MYERS sobre este problema se ha puesto de relieve que las denominaciones dadas a los tratados no son tan arbitrarias como suele creerse, existiendo en la práctica una cierta uniformidad en el empleo de algunas, en relación con determinados tipos de tratados, aunque no se use de forma constante una denominación determinada para cada tipo de acuerdo. A juicio de MYERS, las denominaciones más frecuentes, en la práctica internacional, se orientan hacia dos grupos distintos: el grupo «tra-

tado» comprende, junto a ésta, el «pacto», «constitución», «carta», «estatuto», «convenio o convención», «declaración», etc. El grupo «acuerdo» comprende, junto a este término (con sus variantes en otros idiomas, en algún caso con valor específico), los de «Arraigamente», «compromiso», «*modus vivendi*», «canje de notas», «memorandos de acuerdo», «minuta aprobada», etc. La importancia política del acuerdo, la intervención en su celebración de ciertos órganos del Estado, junto con la materia regulada, son los factores que determinan la elección por los negociadores de una determinada denominación.

Desde la otra ladera considerativa apuntada, es decir, desde aquella en la que militan autores que objetivan en sus trabajos una visión más personalista de esta problemática REMIRO BROTONS; en su ensayo sobre la materia incorporado en la obra colectiva *Comentarios a las leyes políticas*, señala, siempre con referencia a la obra de MYERS, como ingredientes a tener en cuenta en el cocinado de la concreta denominación que en definitiva se adopte «La tradición, la importancia material y formal del instrumento, la forma de manifestación del consentimiento, el rango de las personas que participan en la celebración, la accesoriedad o no de un instrumento respecto de otro, su número, su *transitoriedad*, la naturaleza de las partes contratantes...», batería de factores y directrices a considerar en la adopción del *nomen* pretendido sobre cuya existencia apoya el autor dicho su conclusión al respecto, cuya encarnadura literal es la siguiente:

«Sobre esta base, y con propósito puramente descriptivo, podría decirse que el empleo de la cabecera "tratado" se reserva habitualmente a los acuerdos bilaterales entre Estados que afectan a materias de relativa importancia respecto de las que existe una cierta tradición convencional (paz, amistad, establecimiento...), encorsetadas en un instrumento solemne que contiene cláusula de ratificación y es concluido por el Jefe del Estado. Y añadiríamos que su uso es proporcionalmente decreciente, como si las nuevas áreas de cooperación internacional, bilateral y multilateral, los nuevos sujetos de derecho internacional y las nuevas formas de manifestación del consentimiento reclamaran también nuevas cabeceras o títulos, entre los que los de convenio y acuerdo gozarían de especial aceptación. Pero en cualquier caso, la elección de uno u otro término es tan discrecional como jurídicamente irrelevante en el orden internacional.»

De todos modos, la *meritada* irrelevancia quiebra en aquellos supuestos en los que los ordenamientos domésticos —*constitucionales* u *ordinarios*— en cuanto exponentes de las sendas reglas de reconocimiento o primarias en estas áreas impongan una determinada denominación en aras al propio contenido material o sustantivo del tratado en cuestión (o en mérito a otras circunstancias del mismo), exigencia ligada a la necesidad de que en este

caso se conciten determinados presupuestos legitimadores de la prestación del consentimiento para obligarse en su sede, supuesto en los que el *nomen* a adoptar no resulta discernible de forma discrecional sino en apelación al propio alcance objetivo o del funcional del instrumento en cuestión: caso por ejemplo de la metodología a seguir en EE.UU., país en el que no es ni mucho menos baladí la elección del nombre a imponer al tratado en cuestión, ejemplo también utilizado por el autor indicado *ut supra* que en el curso de sus observaciones sobre el particular (en el libro antes dicho, pág. 450) señala literalmente que: «A nadie escapa, por ejemplo, la repercusión que ha tenido en Estados Unidos la distinción —nacida en la práctica ya a partir de 1817— entre los *traties* y los *executive agreements* desde ángulos muy diversos: su conclusión (con intervención o no el Senado actuando por mayoría reforzada de dos tercios), su rango (supremacía o no sobre las leyes de los Estados miembros de la Unión) o las garantías del cumplimiento de las obligaciones convenidas, especialmente las financieras».

Tras este bloque de consideraciones de vigencia ecuménica, vamos a referirnos a esta materia en relación con nuestro foro y al efecto tengo que decir que la cuestión acredita en nuestro ordenamiento una importancia muy limitada, siendo así que el sistema que sigue nuestra CE en lo relativo a la necesaria intervención de las Cortes en orden a la prestación del consentimiento estatal para obligarse en esta sede se instrumenta de forma exclusiva con sujeción a un parámetro de estricta obediencia sustantiva, desdeñándose cualquier otra posibilidad alternativa, sustantividad del instrumento que prima sobre cualquier otra consideración incluida la terminológica.

Efectuada esta precisión, tengo que poner de relieve que en la legislación preconstitucional el criterio rector al efecto fue el de la sobriedad terminológica, siendo buena prueba de ella el de la utilización prácticamente monocorde del vocablo «tratado» (Código Civil, LEC), si bien su protagonismo, en principio hegemónico, fue ulteriormente compartido con el resultante de la utilización del término «Convenio» (C. de C; Constitución de 1931), tándem de locuciones que fue el barajado por los hacedores de la CE, si bien enriquecido con el uso del concepto «acuerdo internacional», trilogía de alternativas semánticas que son las que ejercen beligerancia en toda la serie de artículos que se ocupan de la materia en el Texto básico.

Así, el capítulo III del Título III («De las Cortes Generales») utiliza el epígrafe genérico «Los Tratados internacionales», expresión que aparece sistemáticamente reproducida en los artículos 11.3, 13.1, 13.2, 93, 94.1.a) 95, y 96.1, uniformidad que se rompe en los artículos 10.2 (que invoca a los «tratados y acuerdos internacionales»), 39.4 que alude a los «acuerdos internacionales») y 94.Ll.fej, c), d) y e) y 2 y 96.2 (que hacen servir la disyuntiva «tratados o convenios»).

Si de la CE pasamos a la normativa integrante del bloque de constitucionalidad, vemos también la carencia de un dispositivo semántico uniforme, característica fácilmente evidenciable si tenemos en cuenta que el Reglamento del Congreso de los Diputados de 10 de febrero de 1982 lea sin atenuamiento a ningún criterio especial el vocablo «tratados», ex artículo 154, con el binomio «tratados o convenios», ex artículo 155.1.2, 156.3.2.º, 157.1.2.3, 158, 159 y 160.

Tampoco el Reglamento del Senado de 26 de mayo de 1982 aporta grandes dosis de coherencia en este entorno, siendo así que si bien utiliza mayoritariamente la expresión «Tratados y/o Convenios Internacionales, ex arts. 144.1 y 3, 145, 146 y 147, en el apartado 2 del dicho art. 144 la sustituye sorpresivamente por el vocablo "Tratados" ».

Si de estos textos reglamentarios pasamos a las distintas leyes orgánicas con incidencia en este orden de cosas, vemos cómo el panorama de desorden y caos conceptual continúa siendo moneda corriente ya que mientras que el artículo 21 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado habla de «tratados, convenios o acuerdos internacionales» (trilogía de categorías reproducida asimismo en el artículo 22.2 de dicho texto legal) más sobriamente la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, considera como susceptibles de sus actuaciones (en el sentido programado por la misma que luego veremos) los «tratados internacionales» a secas, **monografismo** que de nuevo torna a romperse en la construcción semántica de los distintos Estatutos de Autonomía, siendo así que sus respectivas leyes orgánicas de aprobación utilizan tanto la expresión «tratados y convenios» (caso de los Estatutos para el País Vasco, Cataluña, Andalucía, Asturias, Canarias, Navarra, Extremadura y Madrid) como la de «tratado» sólo (caso de Castilla-La Mancha, Islas Baleares), no faltando en esta relación de supuestos aquellas hipótesis que se salen absolutamente de lo común, siendo este el caso de Murcia y Aragón, que haciendo gala de un purismo conceptual digno de encomio emparejan a los consabidos «tratados» con los «actos normativos de las Organizaciones internacionales».

En relación con este abigarrado recetario de posibilidades, y centrándose de forma exclusiva en la policromía terminológica del lenguaje legal de la CE, REMIRO BROTONS, en la obra colectiva dicha, páginas 452 a 455, compone un acertado conjunto de observaciones críticas del casuismo dicho, crítica que funda en la evidencia de que con la utilización indiscriminada de los vocablos meritados se han originado considerables perturbaciones en lo que debiera ser la necesaria intelección, segura y comprensible, del sistema competencial diseñado por el artículo 94, precepto que al elaborar su retablo prescriptivo enucleándolo unas veces sólo sobre la palabra «tratado», caso del párrafo 1.a), y otras (en realidad todas las restantes) sobre el tándem «tratados o convenios», vino a introducir la duda en el intérprete de si debían

o no permanecer al margen del ámbito de aplicación de dicho apartado *l.a)* los «convenios», siendo así que tal pasaje sólo hablaba, a diferencia de los anteriores, de los «tratados» (en su alusión a los «políticos»).

Tal como explica el **meritado** autor, la utilización del binomio «tratados o convenios» respondía a la necesidad de yugular el peligro de que a base de una interpretación literalista —y abusiva— del vocablo «tratado» quedaren «descolgados» del control parlamentario los denominados «Convenios» por el Ejecutivo pero esta finalidad quedó vacía de contenido al instaurarse la desarmonía dicha, es decir, al utilizar los párrafos *a)* al *e)* los términos «tratados o convenios» y el *a)*, el concepto «tratado» sólo.

En suma, se adoptó una posición normológica errada, cuestión muy bien atinada por el autor dicho, quien en la página 453 de la obra colectiva antes indicada, señala literalmente que «He aquí como queriendo liquidar el fantasma del literalismo se le dieron vuelos. He aquí cómo queriendo huir de él los parlamentarios se echaron en sus brazos, cuando para combatirlo eficazmente hubiera bastado —de estimarse necesario— con reenviar expresamente al Derecho internacional o constitucionalizar una definición de tratado, entendido como género, en línea de la ofrecida por el Decreto de 24 de marzo de 1972 (art. 8.a). Llama la atención de quienes supieron —como veremos— traducir en la Constitución la libertad de forma en la manifestación del Consentimiento consagrada por el Derecho internacional, no hayan percibido con la misma claridad la libertad de terminología en la denominación de los acuerdos y el alcance comprensivo que al término tratado se le reconoce».

Ese era, en suma, el camino correcto, el utilizar de forma monográfica el vocablo «tratado», cabiendo, sin embargo, como solución alternativa, pero ciertamente más trabajosa, haber usado la voz «convenio» siempre en **compañía** de la anterior. Lo que no cabía era lo que al final sucedió, es decir, la utilización del concepto «tratado» en la hipótesis descrita en el apartado *l.a)* del artículo 94 CE y el uso conjunto de este vocablo con la palabra convenio en las restantes, situación en suma engendradora de penumbra exegética y requirente por ello de una interpretación orientada a poner de manifiesto la sinonimia entre ambas hipótesis.

Ahora bien, y profundizando un poco más en la intrínquis de esta nota, tengo que poner de relieve que el *prius* de su existencia es que el tratado en cuestión sea propiamente tal, es decir, que sea un instrumento convenido entre operadores jurídicos como subjetividad internacional regido por el **DIP** y del cual emerja el consiguiente entramado de derechos y obligaciones, entendiendo esta locución en el sentido clásico de la teoría general del derecho, quedando al margen de la posibilidad convencional que estamos viendo aquellos documentos de los que afloran, entre tales sujetos, «obligaciones» no estrictamente jurídicas, situación convencional alejada de los

parámetros nomotéticos que estamos considerando y que a lo sumo comprometen, siempre de forma relativizada, por supuesto, a sus propios firmantes.

Esta posibilidad, que ciertamente no es una pura cuestión de gabinete, implica la necesidad de que se proceda a la oportuna identificación de los derechos y obligaciones antes dichos, concreción sólo alcanzable en aras a la oportuna traída a colación *ad casum* de los referentes interpretativos al uso, acreditando, pues, beligerancia en el hallazgo del referido componente obligacional característico del auténtico tratado (y sin cuya existencia éste no acredita realidad alguna) los artículos 31 al 33 del Convenio, preceptos que constituyen un «precipitado» de las reglas interpretativas de general vigencia en las distintas ramas del Derecho, bloque normativo del que ahora sólo me urge resaltar que uno de los índices clarificadores que pueden esgrimirse en esta andadura es precisamente la cabecera ofertada por los sujetos que convinieron en el texto de que se trate, índice que en lo tocante a la objetivación del dato del contenido obligacional efectivo del instrumento en cuestión resulta de suma utilidad, en cuanto evidenciadora en sus propios términos de la tasa de sustancia obligacional aportada a dicho instrumento, no siendo lo mismo calificar éste de «tratado o convenio» que de «pacto entre caballeros» o «declaración» (acepciones, estas últimas, que ejemplifican aquellos supuestos en los que la tasa obligacional es irrisoria o inexistente).

También es útil a los efectos del hallazgo del componente obligacional del convenio investigado (paso previo para su inserción en el marco operativo delineado por el Convenio de Viena) la interpretación (según los cánones *hermenéuticos* al uso) del condicionado concreto del mismo, cometido que tendrá un desenlace u otro según que la positivación del tejido de derechos y obligaciones sea suficientemente explícito en el sentido que nos interesa, dependiendo en gran medida tal explicitéz de la elaboración semántica de dicho tejido, y concretamente de su *genericidad* o especificidad.

En relación con esta dualidad de referentes, REMIRO BROTONS, en su obra *La Acción Exterior del Estado*, Tecnos, Madrid, 1984, tras patentizar su importancia, también pone de manifiesto lo inseguro de su utilización, indiscriminada, cosa que impone su toma en consideración con cautela, huyendo de aceptaciones acríticas de su valor, ocupándose tal autor, en las páginas 166 y 167, de ejemplificar supuestos en los que instrumentos rotulados con el membrete «declaración» se han arropado de una evidente calidad de tratados y de casos en los que una elaboración muy detallada del contenido resulta carente de cualquier contenido obligatorio.

Así, y en cuanto a la primera de las facetas *ejemplificadoras* dichas, el *meritado* autor, tras aludir a la importancia que tiene utilizar un título u otro a los efectos que estamos investigando, dice literalmente que:

«Propongo al lector que se distraiga en el ejercicio de situar tres documentos importantes en las relaciones de España en los últimos años, todos ellos bautizados como declaraciones: la Declaración de Principios básicos hispano-norteamericanos de 19 de julio de 1974, que precedió al Tratado de amistad y cooperación de 1976; la Declaración tripartita de Madrid de 14 de noviembre de 1975, entre España, Marruecos y Mauritania, que supuso el abandono del Sahara por parte española; y la Declaración hispano-británica de Lisboa de 10 de abril de 1980 sobre Gibraltar. Ninguna pasó por las Cortes. ¿Acaso ninguna contenía obligaciones jurídicas internacionalmente exigibles?»

En lo alusivo a la segunda vertiente aludida —la de la laxitud o concreción del lenguaje utilizado en la pertinente composición **denotativa**— el referenciado autor pone también de manifiesto (en su dicha obra, pág. 167) que: «La práctica enseña que se conciertan con frecuencia acuerdos muy pormenorizados cuya índole no jurídica es recalcada por las partes (*ad ex* en el marco del GATT) y viceversa, tratados cuyas obligaciones son genéricas, programáticas, de mero comportamiento, sin que ello les prive de una condición jurídica que sólo perderán en el caso de que el intérprete llegara a la conclusión de que por su redacción nunca podrían servir de base a una decisión judicial.»

En resumen, los índices de interpretación aludidos, cuyo uso resulta posibilitado por las fórmulas locucionarias, ciertamente abiertas, de los indicados artículos 31 al 33 del Convenio, son útiles, pero no decisivos en su propia mismidad ni tampoco los únicos en cuanto a elementos de clarificación a valorar, asumiendo protagonismo también otros, entre los que se incluyen los que evidencia el autor citado *ut supra*, en su misma obra (y pág. 167), autor que remata su interés por el punto debatido señalando que «El procedimiento de formalización del acuerdo, el empleo de las cláusulas finales habituales en los tratados, la previsión de un mecanismo de arreglo pacífico de las controversias o la dimensión política de la materia concertada, son otros tantos índices de la intención de las partes».

Ello expuesto, y volviendo al listado de notas identificadoras del tratado, tengo que aludir a la exigencia —que resulta del antes literalizado artículo 2.º.a) del Convenio de Viena— de que el contenido del instrumento de que se trate resulte gobernado por el DI, queriendo ello decir que el tejido de derechos y obligaciones emergente del mismo quede afectado en exclusividad —y en su **integridad**— por tan especial rama jurídica.

Corolario de esta exigencia es la posibilidad de que determinados convenios celebrados por los Estados, por no concitarse en ellos la referida huella de identidad (su exclusiva sujeción al DI) no puedan recibir el calificativo de tratados, quedando por ello al margen del potencial de ordinalidad activado por el Convenio que nos ocupa, evidencia, sin embar-

go, que no deja de presentar dificultades por lo que alude a su eventual concreción, teniendo en cuenta lo espinoso que es describir con precisión cuál es el criterio rector diferencial entre un tipo de negocio y otro, es decir, entre el tratado sometido en su integridad al Convenio que nos ocupa y aquel acuerdo interestatal sustraído a tal reglatividad, cuestión a la que alude GONZÁLEZ CAMPOS, en su antes indicada obra, página 126, en la que puede leerse sobre este tema que «En definitiva, existen dos criterios esenciales para distinguir los tratados internacionales de los acuerdos no regidos por el Derecho internacional. El primero se refiere a la «intención de las partes» de someter un acuerdo al Derecho internacional o al derecho interno de un Estado. El segundo criterio, complementario del anterior, opera por la presunción de las personas que han intervenido en su celebración, de manera que si ha sido celebrado por los órganos responsables de las relaciones internacionales (Jefe de Estado, de Gobierno o Ministro de Asuntos Exteriores), existirá una presunción en torno a su calificación como tratado. Pero debe admitirse en todo caso que la práctica internacional contempla situaciones dudosas, como ponen de relieve las decisiones en los asuntos de la *Anglo-Iranian Oil C* y de la *Texaco/Calasiatig c Gobierno Libio*».

Con estas observaciones pongo punto final a la cuestión alusiva a la falta de completud objetiva del Convenio materia de permanente referencia, procediendo ahora a efectuar lo propio, pero en relación con los propios tratados afectados, poniendo de relieve al efecto que la normativa contenida en el Convenio que nos ocupa no llega a monopolizar el tratamiento ordinamental de los mismos en la medida en que tal normativa debe compatibilizar su encomienda al efecto con las procuras que sobre el particular emergen de los ordenamientos domésticos de los Estados parte.

Y en relación con ello tengo que poner de manifiesto que la incidencia de tales ordenamientos en este foro resulta más o menos intensa según que el contenido del tratado en cuestión se constriña al establecimiento de un marco de derechos y obligaciones sólo operativo en relación con los Estados implicados o bien, tal marco (aunque siempre de forma refleja o indirecta) afecte a los ciudadanos nacionales de dichos Estados (o residentes presentes o hacederos en los mismos) disyuntiva que en estas áreas se llena de sentido en tanto en cuanto la normativa interna se adornará de más o menos protagonismo según cuál sea en suma el referente obligacional aflorado por el tratado en cuestión.

Ahora bien, y con independencia de esta beligerancia normativa de los ordenamientos domésticos (virtualidad de geometría variable, tal como hemos visto, tema sobre el que volveremos ulteriormente) el protagonismo de los mismos en este ámbito siempre resulta presente en lo tocante al proceso constitutivo de los tratados y también en lo referente a su eventual anulación.

Así, y centrándome ahora en el íter constitutivo de los tratados, éstos, ciertamente, no germinan de forma instantánea ni por generación espontánea, sino que lo hacen a través de un proceso más o menos largo y complejo cuya metodología se impulsa a base de una convergencia competencial entre los sendos ordenamientos internacional y doméstico de los Estados concernidos, conjunción no exenta de tensiones en determinados supuestos, tal como tendremos ocasión de considerar más tarde.

Por otro lado, y ya en directa relación con la teoría general de la eficacia-validez de los tratados, tengo que puntualizar que también en su seno se detecta una simbiosis entre materiales normativos internacionales y domésticos, provocándose así un maridaje cuya llevanza no resulta siempre fácil, casamiento sobre el que también volveremos ulteriormente.

En cualquier caso, retengamos ahora la evidencia de estas interferencias competenciales, tema al que se refiere GONZÁLEZ CAMPOS en su antes indicada obra, señalando literalmente, en su página 126 (y con la reseña de su autorizada opinión abandono momentáneamente la inteligencia de este entrecruzamiento competencial), que «Cuando se alude al proceso de celebración de los tratados, se está haciendo referencia al conjunto de actos a través de los cuales se forman los tratados en el orden internacional. La totalidad de este proceso se regula a dos niveles distintos: en cuanto conjunto de actos internacionales, está regido por el Derecho internacional, en especial por los artículos 6 al 18 del Convenio de Viena, pero debe señalarse asimismo que cada sistema jurídico nacional contiene normas sobre esta materia, cuya finalidad es la de regular la actividad de los órganos de cada Estado en orden a la expresión de la voluntad estatal. Incluso el Ordenamiento internacional atribuye relevancia a esta normativa interna, pues si se produce "una violación manifiesta" que "afecta a una norma de importancia fundamental" del Derecho interno, el Estado podrá alegar esta circunstancia como causa de nulidad del tratado (art. 46 del Convenio de Viena)».

En suma, y así concluyó este apunte caracteriológico de la figura a debatir, la convergencia entre los correspondientes ordenamientos internacional y doméstico se hace patente en sede de los tratados: *a)* en el proceso formativo de los mismos; *b)* en lo tocante a su eficacia interna, y *c)* en lo referente a su eventual invalidez.

Concluyo este apunte introductorio poniendo de relieve que en lo referente a nuestro ordenamiento, no existe un bloque normativo unitario que ofrezca una respuesta coherente a esta forzada convergencia ordinamental sino que en estricta coherencia con la técnica del acarreo normológico (tan frecuente en nuestro país) el dispositivo preceptual a tener en cuenta en este entorno resulta polisémico y abigarrado, tanto en relación con su carácter como en cuanto a su concreto mensaje innovador, hallándose integrado, en suma, por normas constitucionales y ordinarias.

Así, en la conformación de este caleidoscopio ordinamental intervienen disposiciones de condición constitucional, integrándose en este bloque de máxima fundamentalidad aquellas que en la CE se ocupan en atribuir lo esencial del *ius tractatus* al Estado (y ello con carácter prácticamente monopólico y exclusivo), siendo éstas, por un lado, su artículo 149.1.3 (que al vertebrar el haz competencial consiguiente no olvida la titularización estatal de tal derecho) y, por otro, el 97, precepto que resigna al Gobierno la diligencia en este orden de cosas, discernimiento que deriva del hecho de dejar en sus manos «la política exterior», posibilidad pletórica de consecuencias en lo que concierne al trámite de negociación de los aludidos tratados (y a su iniciativa) e incluso a la propia celebración de los mismos (tal como tendremos ocasión de puntualizar más tarde).

También en el Texto básico se contienen otras normas de directo impacto en este foro, tales como el 56, que atribuye al Rey «la más alta representación del Estado español en las relaciones internacionales» (texto que viene a consagrar, a nivel constitucional, una tradición sumamente arraigada en nuestro Ordenamiento) y el 63, que al elaborar el listado de actos cuyo ejercicio resulta conferido a la Monarquía no olvida incluir entre ellos la manifestación del «consentimiento del Estado para obligarse internacionalmente por medio de tratados, de conformidad con la Constitución y las leyes», título competencial cuya recta comprensión exige tener en cuenta el papel esencialmente simbólico de la función regia, todo ello en consonancia con la filosofía general de la CE y de lo que en concreto postula el artículo 64 de la misma, norma que exige el refrendo de los actos del Monarca por el Presidente del Gobierno y, en su caso, por los Ministros competentes, que asumirán, también en su caso, las responsabilidades consiguientes (y no personalmente el Rey).

Tampoco olvida la Constitución la habilidad competencial que acreditan las Cortes, materia que es objeto de especial consideración por los artículos 93 al 95, bloque de preceptos sobre los que luego volveremos con peculiar insistencia (teniendo en cuenta su enorme importancia en este orden de magnitudes) cuyo complemento operacional aparece ofertado por los artículos 154 y siguientes del Reglamento del Congreso y 144 y siguientes del Reglamento del Senado.

En otro circuito de ideas, es decir, no entrañando su eficacia en el aspecto competencial directo, es de citar el artículo 96, también de la CE, precepto que elevando el rango constitucional de ciertas cuestiones alusivas a los tratados y entrañadas en su teoría general, incide directamente en el núcleo fundamental del proceso de internización de sus apremios y alude, aunque de forma tangencial, a su nivel jerárquico en relación con la ley, tema complicado donde los haya y al que nos referiremos luego especialmente.

Prosiguiendo en sede constitucional, y a fin de apurar esta mención normológica, tengo que completar este apunte señalando que la CE también contiene otras referencias a la categoría jurídica que nos ocupa, pudiendo incluirse en este capítulo de alusiones las que se infieren de los artículos 75.3 y 87.3, señalando el primero de ellos que la aprobación de proyectos o proposiciones de ley sobre «cuestiones internacionales» no podrá ser delegada en las Comisiones legislativas permanentes y procediendo el segundo a descartar la iniciativa popular legislativa en todo lo relativo a materias de «carácter internacional».

Cerrando este bloque alusivo de la CE al tratado he de colacionar ahora una serie de artículos de ésta en los que se contienen reservas al mismo (aunque sin carácter excluyente de la ley como norma asimismo innovadora en las áreas cubiertas por tal reserva, dato importante a retener con vistas al ulterior entendimiento de la problemática que aflora cuando se produce una hipótesis de convergencia normativa de adverso entre el tratado y la ley), aconteciendo ello concretamente —y la lista tiene carácter cerrado— en sus artículos 11.3 (doble nacionalidad), 13.1 (extranjería), 13.3 (extradición), 39.4 (protección de la infancia) y 42 (emigración).

Esto por lo que atina al Derecho objetivo interno de los tratados en sede constitucional directa, conjunto de disposiciones del máximo nivel, colocadas por ello en la cúspide de tan singular rama jurídica, la que regula los tratados, y que acreditan los consiguientes apoyos, unos integrados en el **correspondiente** bloque de constitucionalidad y otros de nivel subconstitucional.

En relación con el primero de los foros normativos dichos, es de notar que también se ocupa de la problemática del tratado la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, texto que destina algunos de sus preceptos a instaurar una serie de cautelas orientadas a evitar en lo posible la concertación de instrumentos internacionales que contraríen al Texto básico, medidas que se convierten en represivas cuando éstos han sido ya convenidos, consistiendo estas últimas en la declaración de inconstitucionalidad de los mismos (aspectos que analizaremos más tarde).

También es de citar, en relación con el bloque de constitucionalidad aludido, que determinados Estatutos de Autonomía contienen referencias a esta materia, configurándose en ellas la intervención que en el proceso formativo de los tratados pueden activar las Comunidades Autónomas, cuestión a la que aludiremos luego.

Descendiendo al nivel subconstitucional, el Derecho de los tratados se nutre de las normas que sobre la materia se contienen, en lo que se refiere a su eficacia como fuente de derecho interna, en el artículo 1.5 del CC, y en lo que atina a su elaboración, en el Decreto 801/1972, de 24 de marzo, sobre Ordenación de la Actividad de la Administración del Estado en

materia de Tratados Internacionales (texto que traspuso a las áreas normológicas internas las procuras sustanciales ofertadas por el Convenio de Viena objeto de constante referencia —en lo sucesivo, El Convenio—) y la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, conjunto preceptual que confiere a dicho alto Organismo la función de emitir dictamen en relación con la celebración de determinados tratados (así como con la interpretación y ejecución de los mismos en delimitados supuestos).

Este es, a vuela pluma, el diseño de nuestro Derecho objetivo interno de los tratados, ordenamiento que irá asumiendo protagonismo en estas páginas a medida que el nivel explicativo incorporado a las mismas lo demande, limitándome a poner de relieve ahora, en relación con el indicado ordenamiento, su acusado cromatismo y su variada jerarquía, circunstancia que no siempre facilita el hallazgo de la respuesta considerativa más idónea.

Como colofón de estas reflexiones introductorias, sólo me resta señalar, en relación con el apunte caracteriológico que del tratado he ofertado precedentemente, que el concepto que di de la figura, resultante del artículo 2.1.a) del Convenio, queda reproducido en términos parejos (aunque con alguna desviación por lo que se refiere a sus componentes subjetivos) por el artículo 2 del antes indicado Decreto 801/1972, queriendo puntualizar ahora este extremo a fin de remarcar que la sintonía entre dicho Decreto y la norma básica traspuesta es patente, siendo así que el referente **definitorio** y **objetivador** de sus respectivos ámbitos competenciales es idéntico.

En cualquier caso, lo que sí resulta noticiable del precepto indicado, en cuanto a su consecuente perfil **categorizador**, es que el mismo se ha adelantado a los acontecimientos como consecuencia de la positivación del apunte definitorio alojado en el artículo 2.1.a) del Convenio de Viena, que impone el sometimiento «pleno» a su régimen de los tratados convenidos entre «España y un Organismo u Organismos internacionales de carácter gubernamental», posibilidad parcialmente excluida, como dijimos, del mensaje nomotético global alumbrado por el indicado Convenio.

En aras de ello, la aplicabilidad de las normas de dicho Decreto a los tratados celebrados por España con dichas organizaciones será plena, quebrándose así la exigencia —**basada** en el anterior monopolio de subjetividad internacional detentada por los **Estados**— de que los tratados a considerar fueren exclusivamente los concertados entre éstos, aspecto considerado por REMIRO BROTONS; en su dicha obra, página 164, autor que si bien no deja de reconocer la amplitud de miras que emerge del *dictum* del explicitado precepto también recalca la insuficiencia de sus predicados, teniendo en cuenta que el reciente proceso de subjetivación que ha enseñoreado en los últimos tiempos las áreas internacionales ha afectado a un mayor número de protagonistas que los exclusivamente atinados por dicho precepto, señalando al respecto dicho autor, literalmente, que:

«La definición de tratado que en el Derecho español adopta el Decreto 801/1972 (art. 2.a), es amplia desde el punto de vista de los sujetos —al hacer referencia a los Estados y a los organismos internacionales de carácter gubernamental—, pero no es completa, al omitir otros supuestos, como el de los sujetos errantes e interinos, las entidades territoriales cuya estatalidad es discutida (*ad ex.* Andorra), los entes singulares (como la Santa Sede, sea cual sea la forma como se conciba su relación con la Ciudad del Vaticano) o los establecimientos públicos o empresas de carácter jurídicamente internacional, creados por los Estados mediante tratado para desarrollar una actividad industrial o mercantil, financiera o crediticia, asistencial o científica.»

Estoy plenamente de acuerdo con estas reflexiones, aunque con el matiz de que la alusión a Andorra debe examinarse a la luz de los nuevos planteamientos internacionales en relación con dicho país, sobre todo aquellos relacionados con su reciente ingreso en la ONU (acontecimiento que ha motivado, con otras razones, el que España haya acreditado un embajador en dicho Estado).

Volviendo al tema central de estas consideraciones, es de notar que, aun de forma parcial, el Decreto objeto de constante alusión ha intentado casar sus disposiciones con la nueva realidad internacional, realidad que en este orden de cosas encarna en un proceso de subjetivación internacional en plena efervescencia (ver al efecto las interesantes consideraciones que sobre la materia se contienen en el libro *Los sujetos del derecho internacional actual*, escrito por JULIO A. BARBERIS, Tecnos, Madrid, 1984).

## 2. CLASES

A efectos de la explicación dogmática de las categorías jurídicas, suele ser útil su clasificación en virtud de núcleos más o menos perfilados de sustanciación, diversificación de alternativas que puede elaborarse de distinta manera y que sirve para aportar una visión del instituto que de la globalidad desciende a su detalle sistematizador, forma de proceder que en su aplicación a la categoría unitaria del Tratado permite su escisión analítica en una serie de componentes que, sin ánimo de exhaustividad, podemos clasificar atendiendo a sus sendos componentes de subjetividad, contenido, formalidad, eficacia, etc., disgregación conceptual de la figura que podemos efectuar de la siguiente manera:

A) Por la calidad y número de los sujetos que prestan su voluntad *ad hoc*.—Ya nos referimos a esta faceta subjetiva cuando transcribimos los

correspondientes preceptos que desde estrategias ordenancistas internacionales y domésticas se ocuparon de la definición del instituto, señalando allí que los Tratados podían ser concertados: a) por estados; b) por estos y otros entes con subjetividad internacional, y c) por estos últimos entre sí.

Con independencia de este parámetro de aglutinación —y diferenciación— de variantes, los instrumentos materia de investigación pueden también clasificarse en apelación al número de partes intervinientes, distinguiendo entre tratados bilaterales, que son aquellos que aparecen convenidos exclusivamente entre dos operadores jurídicos dotados de subjetividad internacional y los plurilaterales, que son los concertados por más de dos sujetos (revestidos, por supuesto, de la aludida habilidad competencial).

A su vez, esta última categoría —la de los tratados **multilaterales**— cabe fragmentarla en otra subespecie, y es la que los diversifica en generales y restringidos, disyuntiva a la que se refiere DÍEZ DE VELASCO en su obra dicha, página 105, señalando que los primeros son aquellos «que por su naturaleza tienen vocación a la universalidad», discurso no predicable para los segundos —los calificados de **restringidos**— que al decir del meritado autor «deben limitarse a un número determinado de Estados».

Entrañando su ratio en la posibilidad o no de adhesión a un tratado en vigor, el autor indicado solapa la clasificación aludida con la comprensiva de las variantes de Tratados abiertos, cerrados y **semicerrados**, señalando literalmente en relación con esta trilogía (en su obra y página dicha) que «Los primeros (es decir, los abiertos) son aquellos a los que se puede llegar a ser Parte en los mismos aunque no se haya tomado parte en su proceso de formación. Por el contrario, los Tratados cerrados son aquellos que quedan restringidos a los participantes originarios en los mismos, y en los que la participación de un nuevo Estado supone la creación de un nuevo Acuerdo entre los participantes originarios y el nuevo Estado».

Completando su visión sobre la trilogía aludida se ocupa dicho autor de los instrumentos que él califica de **semicerrados** y al respecto apunta (también en la misma página) que en éstos «los futuros Estados que pueden llegar a ser Partes, distintos a los originarios, figuran en una lista anexa al Tratado o aquellos otros en que se prevé un procedimiento particular de adhesión, o una invitación de los Estados originarios para llegar a ser Partes en el mismo».

B) Por su concreta **objetivación**.—Las posibilidades innovatorias de los Tratados son ilimitadas, no existiendo una reserva específica en este orden de cosas, circunstancia que determina que los Tratados puedan positivarse objetivamente de distinta manera, aludiendo a este abanico de posibilidades, siempre de forma *ad exemplum*, el artículo 60.5 del Convenio de Viena sobre la materia, precepto que traza un círculo de eventual objetivación asimismo recogido, a sus peculiares efectos competenciales, por los

artículos 93 y 94 CE, circunstancia que determina que los instrumentos internacionales en cuestión puedan clasificarse en convenios económicos, culturales, de establecimiento. Humanitarios, consulares, de exoneración de visado, de doble nacionalidad, etc.

C) Por su **funcionalidad**.—**Todo** Tratado se sublima en la creación de un entramado de derechos y obligaciones entre los Estados concernidos por el mismo, tejido obligacional y de exigencia unilateral o recíproca que en atención a las circunstancias puede enmarcarse —**dada** su **simplicidad**— en un cuadro de corresponsividad estrictamente prestacional o puede implicar también —**teniendo** en cuenta su potencial **envergadura**— la erección de un dispositivo institucional dotado de mayor o menor relevancia normativa y jurisdiccional.

Ejemplificando la cuestión, y en su consideración de paradigmas de las alternativas integrantes de la clasificación dicha, cabe establecer un correlato a estos efectos entre un tratado de fijación de límites fronterizos, cuya virtualidad implica el cumplimiento recíproco de una única obligación de no hacer (evitar la injerencia en el territorio nacional ajeno) y el Tratado constitutivo de la Unión Europea cuya ejecución implica el debido cumplimiento de un denso rosario de obligaciones de todo tipo, amén de la instauración de las consiguientes instancias normativas y jurisdiccionales a cuyo respecto quedan asimismo compelidos los Estados signatarios.

En cierta medida entrecruzándose con esta clasificación, pero manteniendo también una evidente autonomía, nos encontramos con la distinción entre Tratados con efectos reflejos para los residentes (presentes o potenciales) de los Estados implicados y aquellos que no provocan en modo alguno esta eficacia colateral o indirecta, dilema que se constituye en el referente básico de toda una suerte de problemática que a continuación expondremos en estas páginas con cierto lujo de detalles.

### 3. EXPLICACION GENERICA DE SU EVENTUAL CONTENIDO

Enlazando con las ideas que acabo de explicitar referentes a la clasificación que de los Tratados puede hacerse en relación con su concreta funcionalidad, y tomando también en cuenta lo indicado antes acerca de que la virtualidad de esta figura debía gobernarse de forma exclusiva por el DI, vamos a profundizar en el tema de su potencial objetivación y eficacia, cuestión que se reviste de una importancia trascendental para la adecuada comprensión de la figura.

Al efecto tengo que remarcar que todo Tratado, al igual que cualquier tipo de negocio contractual, bilateral o **plurilateral** (pero con genuina corresponsividad) supone la instrumentación para las partes intervinientes en su

concepción de un marco más o menos complejo, denso y filamentado de objetivación de donde emergen las consecuentes posiciones de poder y deber y se arbitran, en su caso, consecuencias para el caso de su violación, sustanciándose por tanto a través de la categoría jurídica sometida a debate, un juego de normas primarias y secundarias de las que brota un conjunto —de mayor o menor **potencialidad**— de derechos, obligaciones y responsabilidades, tejido ordinamental que en ocasiones se densifica hasta la hipérbole a base de la vertebración de organismos supranacionales de **jurisdicción** y de dispositivos internacionales de jurisdicción.

Todo este engranaje normativo, que resulta consustancial con cualquier tipo de Tratado, lo que hace en realidad es comprometer por futuro el comportamiento internacional (y en su caso, interno) de los Estados (o entes distintos) concernidos, compromiso cuya duración depende de lo convenido y que en ocasiones despliega efectos retroactivos, sucediendo ello concretamente cuando el componente de facticidad a imputar jurídicamente en virtud de lo ordenado en el Tratado en cuestión es precisamente una previa situación de controversia acerca de la existencia o no de una obligación o derecho primigenio, discusión que se pretende zanjar mediante las consiguientes clarificaciones o renunciadas *ad hoc*, hipótesis respecto de las que se afirma por parte de cierta doctrina que el Tratado no es contenedor de ninguna especie de norma, pues en vez de programar —**en** un sentido o en **otro**— conductas venideras se limita a contemplar preceptualmente el pasado, matiz cuya certeza debe someterse al filtro de la cautela sobre todo al observar que si bien la irretroactividad de los Tratados constituye la regla general (*ex* art. 28 del Convenio de Viena) nada impide que por la vía de la pertinente autodeterminación negocial los Estados (o entes distintos de ellos) afectados puedan legítimamente concordar tal metodología operativa, todo ello con abstracción del hecho de que aun en las eventualidades que acabamos de identificar (resolución de una controversia, renuncia de un derecho histórico) tales Estados (o entes distintos de éstos) partes asuman del propio modo una obligación sustancial de futuro respecto a lo convenido: la de respecto de la situación gestada por el Tratado en cuestión.

Siempre en relación con esta problemática —la alusiva a la objetivación y eficacia de la figura sujeta a **investigación**— se plantea el tema de si deben merecer el apelativo de Tratados aquellos Instrumentos que aun concertados por los operadores jurídicos internacionales a los que venimos refiriéndonos constantemente (los Estados y aquellos entes distintos de los mismo que acreditan subjetividad internacional) no proceden a la erección del acervo normativo antes dicho, es decir, no conforman para los sujetos implicados el marco de derechos, obligaciones y eventuales responsabilidades antes aludido, sino que se limitan a insertar declaraciones programáticas y/o asumir compromisos por futuro de, esta sí, jurisdicción efectiva.

Evidentemente, en estos supuestos convencionales, la dosis de compromiso que se desprende de los mismos es mucho más difusa y lábil que en los que acabamos de describir, careciendo, más o menos completamente, de eficacia **self-executing**, característica de negatividad que puede predicarse para un sinfín de declaraciones gubernamentales o de grandes Acuerdos-marco, constituyendo un depurado exponente de este orden de cosas —por su retórica y grandilocuente **dialéctica**— la Declaración de Derechos Humanos de 1948.

De todos modos, y sin perjuicio de reconocer la evidencia de la falta de sustancia jurídica concreta de un gran número de Instrumentos, incluso para ellos debe postularse el discurso obligacional al que antes hemos hecho mérito, tesis sustentada de forma general por los **internacionalistas** en base a que no cabe confundir una obligación mal definida con un compromiso inexistente.

#### 4. PROCESO FORMATIVO DE LOS TRATADOS

##### A) IDEA GENERAL

Como ya pusimos de relieve con anterioridad, el tratado es una categoría jurídica resultado de una metodología negocial encauzada por disposiciones internacionales e internas, todo ello en base a una forzada convergencia de materiales normativos de distinta procedencia, conjunción en la que son protagonistas toda la suerte de normas —del DI y domésticas (constitucionales, integrantes del bloque de constitucionalidad y subconstitucionales) anteriormente **relacionadas**—.

Siendo ello así, vamos a efectuar la glosa del dispositivo normativo *ad hoc*, diferenciando a estos efectos, y para mejor explicación de la materia, entre la etapa inicial del proceso a seguir y la que podríamos calificar de conclusiva o terminal, siendo la primera la que integra en su seno el proceso negociador que de prosperar conducirá a la «adopción» y «autenticación» del texto acordado por los negociadores estatales, fase preliminar que, una vez ultimada, abrirá la puerta a lo conclusiva que es aquella en la que los representantes del Estado, oportunamente legitimados al efecto, obligarán a los Estados implicados en la negociación emitiendo las correspondientes declaraciones de voluntad constitutivas de la consiguiente prestación de consentimiento.

Lo que procede, pues, en una disección interpretativa de toda aquella logística **ordinamental** que desde estrategias internacionales y domésticas se ocupan de la instrumentación de los correspondientes títulos competenciales para intervenir en todo el íter fundacional sumariamente descrito, exposi-

ción que debemos hacer anteceder, como un *prius* imprescindible para una adecuada intelegibilidad de la materia, de un rimero de observaciones sobre determinados apuntes interpretativos con vigencia en este foro y también sobre las particularidades que la teoría representacional acredita en el mismo.

B) APUNTES INTERPRETATIVOS CON BELIGERANCIA EN ESTE FORO

a) *Su razón de ser*

A fin de facilitar la comprensión de los términos utilizados en el lenguaje legal de los preceptos integrados en la Convención de Viena, ésta destina su artículo 2 a desgranar un conjunto de precisiones clarificadoras de dichos términos, clarificación que se adorna de suma importancia teniendo en cuenta que con ella se eliminan posibles interpretaciones divergentes por parte de los distintos Estados —a veces muy numerosos— empeñados en el proceso de formación de los consiguientes tratados.

Posiblemente, con este conjunto de claves interpretativas sería suficiente, pero es de notar al respecto que con la finalidad de aportar contundencia a esta metodología, el legislador interno español ha duplicado el acervo interpretativo destinando el artículo 2 del Decreto 801/1972, de 24 de marzo, a idéntica función que la desplegada por su homólogo del Convenio de Viena.

Pues bien, con carácter previo a lo que explicare sobre el instituto de la plenipotencia y sobre el proceso formativo de los tratados, en su contemplación desde los postulados normativos internacionales e internos, voy a ocuparme en evidenciar el recetario interpretativo dicho, pero ello bajo las siguientes premisas expositivas:

- a) Sólo aludiré ahora a aquellas expresiones clarificadoras alojadas en los párrafos e) al f) del apartado 1 del mencionado artículo 2 del Convenio de Viena, siendo así que las que lo son en los otros párrafos, o ya me he ocupado de ellas (caso del a), alusivo al concepto del «tratado») o lo haré, por coherencia considerativa, después (caso de los restantes párrafos referentes a los conceptos de «ratificación», «aceptación», «aprobación» y «adhesión», de «plenos poderes» y de «reservas».
- b) En lo tocante al artículo 2 del indicado Decreto 801/1972, voy a prescindir ahora de referirme a él, teniendo en cuenta que su tenor es un trasunto exacto de lo estipulado por el también artículo 2 del Convenio de Viena, excepto en su alusión a los términos «adop-

ción» y «autenticación», vocablos cuyo estudio tiene una sede más adecuada en otros pasajes de estas reflexiones.

- c) El valor de las meritadas clarificaciones —**en** realidad, supuestos de interpretación **auténtica**— debe pasarse por el trasluz de lo que prescribe el apartado 2 del artículo 2 del Convenio de Viena, según el cual «Las disposiciones del párrafo 1 sobre los términos empleados en la presente Convención se entenderán sin perjuicio del empleo de esos términos o del sentido que se les pueda dar en el derecho interno de cada Estado», cautela, sin embargo, vacía de contenido en lo que la misma atine a nuestro ordenamiento teniendo en cuenta, tal como he advertido precedentemente, que el tenor del artículo 2 del Decreto 801/1972, constituye (salvo en lo relativo a los términos también aludidos de «adopción» y «autenticación» del texto de un tratado) una copia exacta del lenguaje legal del artículo 2 del Convenio de Viena, circunstancia que viene a desleír por completo el sentido preventivo del calendado apartado 2 (del art. 2 de dicho Convenio).

b) *Su tenor literal*

Este es el siguiente (resultante del indicado art. 2 del Convenio):

«**Términos empleados.**—1. Para los efectos de la presente Convención:

- e) Se entiende por "Estado negociador" un Estado que ha participado en la elaboración y adopción del texto del Tratado.
- f) Se entiende por "Estado contratante" un Estado que ha consentido en obligarse por el Tratado, haya o no entrado en vigor el Tratado.
- g) Se entiende por "parte" un Estado que ha consentido en obligarse por el Tratado y con respecto al cual el Tratado está en vigor.
- h) Se entiende por "tercer Estado" un Estado que no es parte en el Tratado.
- j) Se entiende por "organización internacional" una organización intergubernamental.»

C) ALUSIÓN A LA TEORÍA REPRESENTACIONAL EN ESTE ORDEN DE COSAS

a) *Introducción*

Los Estados, en cuanto personas jurídicas, forzosamente tienen que actuar en todo el proceso de elaboración, adopción, autenticación y asun-

ción del contenido obligacional de un tratado por medio de sus representantes, siendo de aplicación en sede del ordenamiento especial sobre esta materia toda la serie de condicionantes básicos cuya operatividad se demanda en cualquier hipótesis de actuación representativa, sea cual fuere el sentido direccional de ésta.

Ello apuntado, vamos a referirnos a este tipo de actuación en la limitada parcela jurídica que nos interesa, estudiando el tema tanto desde la normativa internacional como desde la doméstica, estudio que demanda, como adecuado referente, lo que postula en cuanto apunte interpretativo sobre la materia el artículo 2 del Convenio de Viena, en su apartado 1.c), según el cual:

«Se entienden 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.»

Este precepto tiene la virtud de identificar la plenipotencia con el correspondiente documento *ad hoc* de donde la misma aflore, concomitancia entre la forma normal de conferimiento de la habilidad representacional en este foro y la sustancialidad de ésta, que aparece sin embargo contradicha por la realidad de los hechos, siendo así que existen supuestos de la misma cuyo título atributivo es directamente la propia normatividad de la Convención.

Por otra parte, de dicho pasaje preceptual resulta una diversificación de ámbitos representacionales que coincide en un todo con cada uno de los jalones que integran las fases iniciales y terminales de los tratados, objetivación que resulte explícita de su propio tenor, del que sobresale también la reserva competencial que el mismo efectúa en favor de las sendas normativas domésticas.

#### b) *Normativa internacional sobre la materia*

Partiendo del referente interpretativo dicho, y ciñéndonos ahora a los criterios rectores que sobre el particular aparecen configurados en cuanto derecho cogente en el Convenio de Viena, tengo que patentizar que éste da por supuesta la existencia *ad casum* de algunos de los requisitos que desde las vertientes de la teoría general sobre el particular también resultan reque-  
ribles en este ámbito (caso de la aptitud personal del representante en cuestión) y se ocupa en la precisión de aquellas particularidades que se concitan en este ámbito representativo, dibujando al efecto un cuadro ope-

rativo cuya premisa primordial aparece materializada en la declaración que se contiene en su artículo 6 (del Convenio en cuestión), según el cual «Todo Estado tiene capacidad para celebrar tratados».

En cualquier caso, lo que caracteriza la actuación representativa en sede de las personas jurídicas es su inexorabilidad, siendo así que éstas carecen de la aptitud ontológica necesaria que les permitiere orillar esta exigencia, razón por la que el Convenio se limita a señalar cuando se entiende que una persona física actúa a estos efectos en nombre del Estado (negociador y contratante), señalamiento que parte del dato de la cogencia representativa dicha, y al que alude el artículo 7 del Convenio, al expresar literalmente que:

«Plenos poderes.—1. Para la adopción o la autenticación del texto del tratado, o para manifestar el consentimiento del Estado en obligarse por un tratado, se considerará que una persona representa a un Estado:

- a) Si se presentan los adecuados plenos poderes, o
- b) Si se deduce de la práctica seguida por los Estados interesados, o de otras circunstancias, que la intención de esos Estados ha sido considerar a esa persona representante del Estado para esos efectos y prescindir de la presentación de plenos poderes.

2. En virtud de sus funciones, y sin tener que presentar plenos poderes, se considerará que representan a su Estado:

- a) Los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Relaciones Exteriores, para la ejecución de todos los actos relativos a la celebración de un tratado.
- b) Los Jefes de misión diplomática, para la adopción del texto de un tratado entre el Estado acreditante y el Estado ante el cual se encuentran acreditados.
- c) Los representantes acreditados por los Estados ante una conferencia internacional o ante una organización internacional o uno de sus órganos, para la adopción del texto de un tratado en tal conferencia, organización u órgano.»

En aras a lo postulado por el meritado artículo, podemos hablar de tres clases de representación en estas áreas: la voluntaria, la notoria o tácita y la legal.

La primera es aquella en virtud de la cual la persona que actúa en nombre del Estado (bien en la fase inicial de negociación, adopción del texto y autenticidad del texto, o bien en la ulterior de prestación del consentimiento en obligarse) acredita haber obtenido la adecuada plenipoten-

cia, calidad que puede extenderse a toda la serie de actos relacionados, a una parte de ellos o a alguno en particular, hipótesis que es la descrita por el párrafo a) del artículo 7 transcrito.

La representación que he calificado de notoria, tácita o inducida es aquella cuya existencia se infiere, tal como evidencia el párrafo 1.b) del artículo dicho «de la práctica seguida por los Estados interesados», posibilidad a la que se agrega la también descrita por el mismo párrafo en el sentido de que el tipo de representación o plenipotencia que estamos viendo puede deducirse de «otras circunstancias», siempre que en uno y otro supuesto la intención de las partes haya sido «considerar a esa persona (que comparece como plenipotenciario no debidamente formalizado) representante del Estado para esos efectos...».

En último término, la modalidad que he apellidado de legal se adjetiva de realidad en estas áreas en base a lo que sobre el particular resulta del apartado 2 del artículo que acabamos de relacionar, precepto que en sus funciones jurisdicentes diversifica el supuesto en dos grandes apartados, comprensivo, el primero, de un tipo de plenipotencia *ex lege*, absolutamente general en sus vertientes operativas, generalidad que se visibiliza en su consecuente objetivación en la medida de que en méritos a esta variante representacional, los beneficiarios de su impulso pueden intervenir en todos los actos iniciales y finales del proceso de celebración de los tratados, es decir, en la negociación, adopción del texto, autenticación y prestación del consentimiento, siendo reseñable también, y ello constituye otro matiz de la generalidad dicha, que en aras a la modalidad representativa referenciada, las personas físicas tributarias de la misma pueden-deben hacer uso de sus posibilidades en relación con todo tipo de tratados, sea cual fuere su contenido y su ámbito territorial de vigencia.

No es este el caso de los supuestos consignados en los párrafos b) y c) del artículo 7 que nos ocupa, siendo así que las alternativas representacionales que los mismos instrumentan carecen por completo de la meritada nota de generalidad ya que su encomienda sólo se circunscribe a posibilitar tal actuación representativa en relación sólo a los actos de adopción del texto del tratado, quedando al margen de su círculo de irradiación los restantes conducentes a la debida conclusión del mismo, falta de generalidad también extensiva a las posibilidades operacionales emergentes de la alternativa de plenipotencia que estamos viendo en la medida en que la misma sólo resulta funcional, a diferencia de la anteriormente mencionada, en relación con el Estado acreditante (tratándose de los Jefes de misión diplomática) o en el seno de la conferencia u organización internacional, cuando se trate de las hipótesis alijadas por el párrafo c) del apartado 2 dicho.

En relación con esta dualidad de alternativas de la representación o

plenipotencia que he calificado de «legal» (siempre connotando el significado de este término con todo tipo de cautelas en su enfoque desde la dogmática jurídica más depurada) tengo que poner de manifiesto que el propio Convenio de Viena efectúa una precisa aplicación del carácter privilegiado del que se arroja la aludida plenipotencia en cuanto titularizada por los órganos supremos del Estado (Jefe de Estado, de Gobierno o Ministro de Asuntos Exteriores), resultando este régimen, ciertamente optimizado, del tenor del artículo 67.2 de dicho Instrumento, precepto que señala literalmente que:

«Todo acto encaminado a declarar la nulidad de un tratado, darlo por terminado, retirarse de él o suspender su aplicación de conformidad con las disposiciones del tratado o de los párrafos 2 o 3 del artículo 65 (alusivos a determinadas variantes procedimentales orientadas a la obtención de la nulidad o terminación de un tratado, al retiro de una parte o a la aplicación de la suspensión de un tratado), se hará constar en un instrumento que será comunicado a las demás partes. Si el instrumento no está firmado por el Jefe del Estado, el Jefe del Gobierno o el Ministro de Relaciones Exteriores, el representante del Estado que lo comunique podrá ser invitado a presentar sus plenos poderes.»

Obsérvese, pues, la diversidad de trato que merece la actuación representativa de los plenipotenciarios a los que alude el precepto que acabamos de evidenciar, ya que en aquellas hipótesis en las que comparezca alguna de las personas físicas que representan al máximo nivel al Estado, éstos no estarán obligados a presentar aquellos poderes que legitimen *ad hoc* su actuación representativa, situación que no es precisamente la que acredita vigencia entre los restantes supuestos representacionales mencionados por dicho precepto.

Estas son las características más esenciales de la teoría representacional en este foro, teoría cuyas lagunas deben colmarse con los cánones comunes aportados por los principios generales con beligerancia universal, sea cual fuere la rama jurídica considerada, criterios de vigencia ecuménica que, por lo demás, han sido también recibidos por el Convenio en relación con el tema de la actuación representativa y ello en diversos preceptos del mismo.

Así, es de notar que la filosofía que impera en este ámbito en torno a la necesidad de proteger a quien contrate con un *falsus procurator* (por caducidad o modificación *ad peius* sobrevenida de sus poderes, *ex* artículo 1.838 del CC) siempre que medie buena fe por parte de dicho contratante ha recibido la consiguiente respuesta positiva de los hacedores del Convenio de Viena, siendo buena prueba de ello el tenor de su artículo 47, según el cual:

«Restricción específica de los poderes para manifestar el consentimiento de un Estado.—Si los poderes de un representante para manifestar el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado determinado han sido objeto de una restricción específica, la inobservancia de esa restricción por tal representante no podrá alegarse como vicio del consentimiento manifestado por él, a menos que la restricción haya sido notificada, con anterioridad a la manifestación de ese consentimiento, a los demás Estados negociadores.»

También mantiene una indiscutible relación con esta temática el *dictum* del artículo 46 de dicho Convenio, precepto que viene a patentizar la evidencia de la conjunción operacional entre el ordenamiento internacional e interno en sede de la celebración y eficacia de los tratados, artículo cuyo significado trasciende del ámbito de la teoría representacional pero que también puede colacionarse aquí por cuanto que el mismo atina a la aptitud del Estado en obligarse y en definitiva a la legitimación del órgano poderdante de la plenipotencia para actuar en este foro, siendo el tenor de dicho precepto el siguiente:

«Disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados.—1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno.

2. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe.»

Más engarce con el núcleo fundamental de la teoría representativa tiene el artículo 8 del Convenio, según el cual:

«Confirmación ulterior de un acto ejecutado sin autorización. Un acto relativo a la celebración de un tratado ejecutado por una persona que, conforme al artículo 7, no pueda considerarse autorizada para representar con tal fin a un Estado, no surtirá efectos jurídicos a menos que sea ulteriormente confirmado por ese Estado.»

Teniendo a la vista el tenor dicho, resultan bastante obvias las concomitancias que median entre el precepto en cuestión y aquellos que desde vertientes del Derecho Civil regulan la actuación representativa sin poder o con poder insuficiente, así como los efectos de la ratificación de la

misma, siendo también reseñable que la problemática suscitada en torno a la interpretación de los artículos que en el CC se ocupan de esta materia resultan traspolables, *quid pro quo*, a este foro, destacando entre ellos el alusivo a la concreción del plazo durante el cual podrá mantenerse la situación de pendencia del tratado celebrado sin poder (o con poder insuficiente), período cuyo techo se halla literalmente informado y en cuyo lapso el aludido instrumento se halla en fase de hibernación, situación que únicamente puede desembocar o bien en su consecuente ratificación (que produce efectos retroactivos) o bien en su desaparición *ad nutum* (cuando ésta no tenga lugar).

En cualquier caso, el protagonismo en el ámbito del Derecho de tratados de la teoría representacional «común» presenta también sus quiebras, siendo así que en el seno ordinamental del primero anidan importantes desviaciones de lo que puede considerarse metodología negocial básica, destacando entre ellas la incubada por el artículo 50 del Convenio de Viena, según el cual:

«Corrupción del representante de un Estado.—Si la manifestación del consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado ha sido obtenida mediante la corrupción de su representante, efectuada directa o indirectamente por otro Estado negociador, aquel Estado podrá alegar esta corrupción como vicio de su consentimiento en obligarse por el tratado.»

Con independencia de esta evidente «singularidad» detectada en este campo, el Convenio de Viena, en su afán de salvaguardar la dignidad y soberanía de los Estados implicados en los Tratados que concierten, se preocupa en positivizar reglas que si bien vigentes en el área de la teoría representacional general no cuentan con una formulación escrita *ad hoc*, sino que su concreta virtualidad proviene de la pertinente aplicación inferencial de otras normas básicas de los ordenamientos civil y penal (éstas sí debidamente positivadas), inferencia o deducción interpretativa que en el artículo 51 se sustituye por un lenguaje legal directo y taxativo, sin parangón en otros ámbitos jurídicos, siendo su concepción literal la siguiente:

«Coacción sobre el representante de un Estado—La manifestación del consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado que haya sido obtenida por coacción sobre su representante mediante actos o amenazas dirigidos contra él carecerá de todo efecto jurídico.»

### c) *Normativa interna sobre la materia*

Con independencia de lo que se establece en el artículo 56 de la CE, en el sentido de atribuir al Rey la más alta representación del Estado

español en las relaciones internacionales (mensaje de evidente carácter simbólico y protocolario, hurtado de cualquier connotación práctica), la teoría representacional en las áreas que ahora nos interesan aparece conformada por el título II («Representación internacional de España en materia de tratados») del Decreto 801/1972, de 24 de marzo, porción normativa que constituye una mixtura de las directrices cardinales resultantes del Convenio de Viena y de los genuinos apuntes competenciales viabilizados por éste, iniciándose este mensaje normativo interno sobre la materia con el artículo 3 del Decreto dicho que señala literalmente que:

«El nombramiento de los representantes de España para la ejecución de cualquier acto internacional relativo a un tratado será hecho por el Ministro de Asuntos Exteriores, a propuesta, en su caso, del Ministerio o Ministerios interesados.»

Así pues, y normalmente, la plenipotencia surge de un acto expreso del Ministro dicho, quien actuando en nombre del Jefe del Estado —y debidamente habilitado al respecto por acuerdo del Consejo de Ministros—, debe formalizar y autenticar el documento acreditativo de la misma, a efectos de que los representantes de los otros Estados puedan comprobar la existencia de ésta y su suficiencia *ad casum*, doctrina que aparece sancionada por los artículos 6 y 7 del Decreto que nos ocupa, apuntando el primero de ellos que:

«La plenipotencia por la que se acredite a una o varias personas como representantes de España para llevar a cabo cualquier acto internacional relativo a un tratado, será extendida por el Ministro de Asuntos Exteriores en nombre del Jefe del Estado.»

Por su parte, el otro artículo aludido, el 9, en su inciso primero (único que ahora nos interesa) señala que:

«La plenipotencia otorgada a un representante de España expresará el acto o actos relativos a la celebración de un tratado para cuya ejecución esa persona ha sido autorizada.»

En aras a lo postulado por el binomio preceptual transcrito podemos sintetizar su contenido precisando que el órgano competente para designar plenipotenciarios —y formalizarlos debidamente— es el Ministro de Asuntos Exteriores, formalización documental de la que deberá resultar con claridad la objetivación de la plenipotencia conferida, exigencia por otra parte que aparece expresamente sancionada por el texto del artículo 4 del Decreto objeto de constante alusión, según el cual:

«Para negociar un tratado, adoptar y autenticar su texto, expresar el consentimiento de España en obligarse por un tratado o ejecutar cualquier otro acto internacional relativo a la celebración de un tratado, la persona o personas que los lleven a cabo deberán estar provistos de una plenipotencia que les acredite como representantes de España.»

Ahora bien, con la finalidad de no desintonizar la normativa doméstica de transposición con las prescripciones de derecho cogente ofertadas por el Convenio de Viena, el Decreto que estamos comentando elabora en su artículo 5, siguiendo las huellas del 7 de dicho Convenio, un listado de supuestos en los que la representación resulta conferida ministerio *legis*, sin necesidad de plenipotencia formalizada, siendo el tenor literal de dicho precepto el siguiente:

«En virtud de sus funciones y sin necesidad de plenipotencia, se considerará que representan a España:

- a) El Jefe del Estado, el Presidente del Gobierno y el Ministro de Asuntos Exteriores, para llevar a cabo cualquier acto internacional relativo a un trabajo.
- b) Los Jefes de las misiones diplomáticas y de las misiones permanentes ante organismos internacionales, para la negociación, adopción y autenticación del texto de un tratado entre España y el Estado u Organismo internacional ante el que se encuentren acreditados.
- c) Los Jefes de las misiones especiales enviadas a uno o varios Estados extranjeros para la negociación, adopción y autenticación del texto de un tratado entre España y cualquiera de los Estados a los que ha sido enviada la misión.
- d) Los representantes acreditados ante una conferencia internacional o ante un Organismo internacional o uno de sus órganos, para la negociación, adopción y autenticación del texto de un tratado elaborado en tal conferencia, Organismo u órgano.»

Comoquiera que el texto transcrito es una reproducción *ad pedem litterem* de lo estipulado sobre esta materia por el artículo 7 del Convenio de Viena, remito al lector, a fin de ahorrarle indebidas reiteraciones, a los comentarios que sobre dicho artículo 7 deje escrito en las páginas anteriores.

Por lo tocante al tejido de derechos y obligaciones que emergen de la dación de plenipotencia entre los poderdantes y los apoderados o plenipotenciarios, tengo que decir que su urdimbre se trenza en gran medida por las normas generales que regulan el instituto representacional común (obligación de ejecutar el cometido de que se trate, hacerlo de conformidad con las instrucciones recibidas, tema que al que se refiere de forma explícita el

artículo 10 del Decreto en cuestión, que veremos luego; rendición de cuentas una vez ultimada la gestión o durante su hechura), aunque no deja de advertirse alguna singularidad al efecto.

Así, y prescindiendo de la ejecución de la encomienda en base a lo ordenado, cuestión a la que alude el artículo 10 antes dicho («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») del Decreto materia de permanente alusión, el artículo 8 de dicho conjunto ordinamental exige que «Los representantes de España que hayan llevado a cabo cualquier acto internacional relativo a un tratado lo comunicarán de inmediato al Ministerio de Asuntos Exteriores, al que enviarán los documentos originales adoptados o suscritos, o ejemplar autorizado de los mismos en caso de no disponer del original».

En otro orden de ideas, pero entrañándose en el núcleo de la especialidad que se concita en este contexto de representatividad, el inciso último del artículo 7 del Decreto que nos ocupa, impone al plenipotenciario habilitado para la negociación de un tratado el encargarse también, pese a no haberse ello explicitado en el texto de los plenos poderes recibidos, de las tareas de adoptar y autenticar su texto.

#### D) LA NEGOCIACIÓN, ADOPCIÓN Y AUTENTICACIÓN DEL TEXTO DE LOS TRATADOS

##### a) *Introducción*

La trilogía de actos referenciados, impulsados en nombre de los Estados interesados por sus plenipotenciarios, constituyen los genuinos componentes de lo que hemos calificado de fase inicial del proceso **formativo** de los tratados.

El concepto de «negociación» puede llenarse de contenido en aras a lo que sobre el particular se postula en la antes literalizada precisión clarificadora contenida en el artículo 2.1.e) del Convenio, es decir, apuntando que a través del proceso entablado al efecto, y conducido por los representantes de los Estados concernidos, se llega a la elaboración y adopción del texto del tratado de que se trate, íter negociador cuyas dimensiones serán más o menos largas —y **arduas**— en obediencia a la complejidad de las materias a concordar y del número de Estado intervinientes.

En el enfoque de la conceptualización del término por parte de la doctrina se parte de los mismos postulados expuestos constituyendo un claro ejemplo de esta forma de proceder la reflexión definitoria vertida por Díez

DE VELASCO en su antes dicho libro, página 106, autor que señala literalmente al efecto que «En esta primera fase (en la negociadora objeto de nuestra actual atención) se llevan a cabo por los representantes de las Partes contratantes propuestas, contrapropuestas, discusiones, etc. Ha sido definida "como el conjunto de operaciones técnico-diplomáticas, de diversa naturaleza y amplitud, a través de las cuales los órganos competentes de dos o más Estados se reúnen en un lugar y en una época preestablecidas a tal fin; estudian conjuntamente las posibilidades efectivas de llegar a un entendimiento en una determinada materia, buscan de acercar sus posiciones sobre puntos concretos, objeto de la negociación misma, y elaboran un proyecto de acuerdo destinado a pasar a una fase ulterior. La negociación constituye la esencia misma del método diplomático" (MARESCA, *El diritto...*, pág. 133)».

Hecha abstracción de este aspecto categorial de la figura, siempre útil desde el punto de vista de la dogmática jurídica, también tiene interés el destacar que durante el íter negociador, los Estados implicados en el mismo se hallan afectados por la carga de proceder de buena fe, exigencia operativa de fértil consecuencialidad ya que la misma se proyecta sobre toda su integridad, abarcando, por supuesto, sus fases más preliminares, proyección que se intensifica en la etapa siguiente a aquella en la que se haya producido la adopción y autenticación del texto, fase cuya vigencia se extiende hasta el mismo momento en que se haya procedido a la prestación del consentimiento en obligarse por parte de los Estados, que de negociadores pasan a ser contratantes y de ésta transitan a la condición de «partes», todo ello de acuerdo con la terminología acuñada por el artículo 2 del Convenio de Viena.

En relación con el tema suscitado, el autor indicado *ut supra*, en su obra dicha, página 130, nos recuerda la opinión del **TIJ** sobre la misma, exteriorizada con motivo de su decisión sobre la Plataforma Continental del Mar del Norte, en la que se dijo literalmente que los Estados negociadores «tienen la obligación de comportarse de tal manera que la negociación tenga sentido, lo que no sucede cuando una de ellas (de las Partes) insiste en su propia posición, sin contemplar modificación alguna» (**CIJ Recuil**, 1969, pág. 47)».

Por su parte, el **meritado** autor continúa incidiendo en esta idea señalando (en la misma obra y página) que «Si la negociación viene impuesta por un acuerdo anterior entre las partes (*pactum* de contrahendo), o por la resolución de un órgano internacional, que invita a las partes a negociar, la mala fe durante la negociación, evidente por el comportamiento general de un Estado, en el curso de ésta, puede engendrar su responsabilidad internacional (cf. la disposición arbitral de 1924 en el asunto del Incumplimiento de las disposiciones del artículo 3 del Tratado de Paz (entre Chile y Perú)

de 20 de octubre de 1883, relativa al plebiscito de Tacna-Arica, en NU, *Recueil de Sentences Arbitrales*, 11, pág. 333)».

Si de las fases germinales o prodrómicas de los tratados pasamos a aquellas en las que ha tenido ya lugar la firma de los mismos (sin que ésta equivalga a la prestación del consentimiento para obligarse) o cuando tal prestación ha tenido ya lugar, pero el tratado se halla en período de *vacatio*, entonces la holgura de la exigencia que estamos analizando (la de comportarse de buena fe) se estrecha de forma considerable, siendo la fuente de tal estrechamiento —y por ende, del incremento de su *compulsividad*— lo estipulado en el artículo 18 del Convenio de Viena, según el cual:

«Obligación de no frustrar el objeto y el fin de un tratado antes de su entrada en vigor.—Un Estado deberá abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustren el objeto y el fin de un tratado:

- a) Si ha firmado el tratado o ha canjeado instrumentos que constituyan el tratado a reserva de ratificación, aceptación o aprobación, mientras no haya manifestado su intención de no llegar a ser parte en el tratado.
- b) Si ha manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado, durante el período que preceda a la entrada en vigor del mismo y siempre que éste no se retarde indebidamente.»

Los corolarios del éxito de la negociación son la «adopción y autenticación del texto» del tratado, expresiones que resultan definidas por el artículo 2, b) y c) del Decreto objeto de constante referencia, señalando el primero de los párrafos dichos que «se entiende por "adopción del texto de un tratado" la expresión del acuerdo sobre dicho texto de todos los Estados participantes en su elaboración o, si se trata de un texto elaborado en el seno de una conferencia internacional, de una mayoría de dos tercios de los Estados presentes y votantes, a menos que dichos Estados hayan decidido por igual mayoría aplicar una regla diferente».

Por su lado, el párrafo d) de dicho artículo indica, también literalmente, que:

«Se entiende por "autenticación del texto de un tratado" el acto internacional mediante el cual los Estados negociadores certifican que ese texto es correcto y auténtico y lo establecen de forma definitiva.»

En realidad, la novedad aportada por tales preceptos clarificadores y resignadores de las directrices básicas *ad hoc* es nula, siendo así que los mismos se limitan a trasponer, aunque con alguna ligera variante semántica, el *dictum* de los artículos 9 y 10 del Convenio, diciendo el primero de ellos que:

«Adopción del texto.—1. La adopción del texto de un tratado se efectuará por consentimiento de todos los Estados participantes en su elaboración, salvo lo dispuesto en el párrafo 2.

2. La adopción del texto de un tratado es una conferencia internacional se efectuará por mayoría de dos tercios de los Estados presentes y votantes, a menos que esos Estados decidan por igual mayoría aplicar una regla diferente.»

Y señalando el segundo de ellos, o sea, el 10, que:

«Autenticación del texto.—El texto de una tratado quedará establecido como auténtico y definitivo:

- a) Mediante el procedimiento que se prescriba en él o que convengan los Estados que hayan participado en su elaboración.
- b) A falta de tal procedimiento, mediante la firma, la firma *ad referendum* o la rúbrica puesta por los representantes de esos Estados en el texto del tratado o en el acta final de la conferencia en la que figure el texto.»

Con anterioridad advertimos que la función de los actos de «adopción y autenticación» que acabamos de definir es meramente vicaria de la propia negociación, acto que se convierte en el centro de gravedad de la fase inicial del proceso formativo de los tratados. Por ello, vamos a dedicar las páginas siguientes al análisis de dicha negociación, abandonando el estudio de los dos restantes dada la claridad de su concepción y el automatismo de su praxis, si bien no podemos efectuar tal cosa sin poner de relieve cuál es el criterio operativo que sobre la aludida autenticación se demanda por los artículos 11 y 12, preceptos que destilando debidamente los apremios *ad hoc* resultantes del antes transcrito artículo 10 de la Convención de Viena, se encargan de evidenciar la disciplina a seguir, señalando el primero de ellos que:

«Una vez elaborado y adoptado por los Estados negociadores el texto de un tratado, el representante de España lo autenticará mediante la rúbrica puesta en el texto del tratado o mediante la firma del acta final de la conferencia internacional en que figure dicho texto.»

Por su parte, el artículo 12 apunta al efecto que:

«Se entiende que la firma de un tratado por el representante de España, debidamente autorizado para ello de conformidad con las disposiciones del título IV, implica la autenticación de su texto.»

En relación con esta praxis autenticadora, y teniendo en cuenta el tenor remisivo del artículo 12 a la LRJAE, hace notar GONZÁLEZ CAMPOS en su obra dicha, página 134, que «En principio, la autenticación de un tratado bilateral se realizará "mediante la rúbrica puesta en el texto del tratado"; en el caso de los multilaterales, "mediante la firma del acta final de la conferencia internacional en que figure dicho texto". La "firma" puesta en el tratado, como procedimiento de autenticación, se restringe en el Derecho español al supuesto en que haya existido previa autorización del Consejo de Ministros, pues el artículo 10.5 de la LRJAE establece (sin discriminar debidamente entre las distintas funciones de la firma) que es de la competencia del Consejo autorizar la firma de un tratado. El efecto de esta disposición puede considerarse como negativo en relación con las exigencias de la práctica internacional, dado el hecho de que los trámites necesarios para que una cuestión pueda someterse al Consejo, junto con la periodicidad de las reuniones "decisorias" de este órgano, se acomoda mal con el desarrollo, en un momento determinado, de las negociaciones en curso.»

b) *Especial referencia a la negociación*

a') Normativa internacional sobre la misma

Con independencia de lo que sobre el concepto de «Estado negociador» se contiene en el artículo 2A.e) de la Convención de Viena (precepto ya literalizado en lo tocante a este matiz conceptualizador) poco dice la normativa internacional sobre el particular, circunstancia que determina el que el tema quede netamente reconducido a las respectivas preceptivas domésticas.

De todos modos, este desinterés de dicho Convenio sobre la cuestión no es expresivo de un desdén generalizado sobre la materia desde las áreas del DI, partiendo de la base de que en su regulación de la diplomacia, el tema de la negociación internacional asume especial relevancia —*incluso singular precelencia*—, siendo claro exponente de ello la alusión que el artículo 3.c) de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (adoptada y abierta a la firma el 18 de abril de 1961, estando la misma en vigor desde el 24 de abril de 1964 y obligando a España, por adhesión, desde el 21 de noviembre de 1967) efectúa al tema al señalar, literalmente, que «Las funciones de una misión diplomática consisten principalmente en:

c) Negociar con el Gobierno del Estado receptor.»

A esta negociación, facilitada *ad casum* por lo previsto en el artículo 1.2.b) del Convenio de Viena, en relación con la forma de acreditar

la plenipotencia de los negociadores al efecto (que en el caso se presumen con carácter *iuris et de iure*) se refiere la doctrina que se ocupa de delinear el *status* diplomático, siendo un claro ejemplo de esta forma de concebir la cuestión las consideraciones de EDUARDO VILARIÑO PINTOS, autor que en su libro *Derecho diplomático y consular*, Tecnos, Madrid, 1987 (pág. 83), apunta al respecto que:

«La negociación, además de ser una de las principales funciones diplomáticas, como expresamente reconoce el Convenio de Viena de 1961, en su art. 3.c) es, también, una de las fundamentales características definitorias de la diplomacia. La negociación es el proceso a través del cual la diplomacia conduce las relaciones entre Estados, diplomacia significa, por tanto, negociación, es la negociación entre entidades políticas que reconocen mutuamente su independencia o, como manifiesta MARESCA, la negociación es "la esencia misma del método diplomático" en cuanto que consiste en la defensa de los intereses del Estado no mediante el atropello de los intereses de otro Estado, sino buscando en toda situación alcanzar el acuerdo con la otra parte, es decir, tendiendo a conseguir un punto de encuentro entre las exigencias del propio Estado y las contrapuestas del Estado extranjero.»

Por su parte, y enlazando con el tipo de plenipotencia tácita o legal tipificada por el artículo 7.2.c) del Convenio de Viena (antes considerado), la Convención de Nueva York sobre las Misiones Especiales (establecida el 8 de diciembre de 1969 y abierta a la firma el 16 del mismo mes y año) estando en vigor desde el 21 de junio de 1985, y del que no forma parte España, alude también a este potencial negociador al sentar en su artículo 1, alusivo a la terminología del Instrumento, que «A los efectos de la presente Convención: a) por "misión especial" se entenderá una misión temporal, que tenga carácter representativo del Estado, enviada por un Estado ante otro Estado con el consentimiento de este último para tratar con él asuntos determinados o realizar ante él un cometido determinado», enunciación de la que resulta implícita la atribución a tal misión especial de la función negociadora dicha.

Del propio modo, la Convención de Viena sobre representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales de carácter universal (adoptada el 13 y abierta a la firma el 14 de marzo de 1975, no hallándose todavía en vigor) también alude al tema considerando como una de las funciones detentadas por las Misiones permanentes que la misma erige la de «celebrar negociaciones con la organización y dentro del marco de ella», ex artículo 6.c).

b') Normativa interna sobre la misma

a'') Idea general

Teniendo en cuenta la abdicación normativa materializada en este foro por la preceptiva internacional —y dejando a salvo el protagonismo de los apuntes competenciales **aludidos**— el grueso del detalle ordinamental a considerar aparece resignado por la preceptiva interna, bloque de preceptividad que para su mejor comprensión vamos a diversificar en ordinaria y constitucional.

b'') Normativa ordinaria

El artículo que asume la máxima relevancia en este orden de magnitudes normativas es el 9 del Decreto 801/1972, de 24 de marzo, según el cual:

«1. La negociación de un tratado es de la competencia del Ministerio de Asuntos Exteriores.

2. De conformidad con lo establecido en el artículo 10, apartado 5, de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, es de la competencia del Consejo de Ministros autorizar la negociación de un tratado. Corresponde al Ministro de Asuntos Exteriores solicitar la oportuna autorización.»

De este precepto resulta clara la competencialidad *ad hoc*, ostentándose ésta (para decidir, pues, acerca del inicio de la negociación de que se trate) por el Consejo de Ministros, o sea, por el Gobierno (quien deberá fijar los límites y detalles de la misma), competencia que resulta también del artículo 97 CE (artículo sobre el que volveremos cuando aludamos a la normativa constitucional sobre la materia) y correspondiendo al Ministerio de Asuntos Exteriores la llevanza concreta de esta negociación (y a su titular, la función de solicitar la previa autorización para la misma de dicho Consejo de Ministros).

Ahora bien, el aludido Ministro puede llevar por sí mismo todo el peso de la negociación (y ello en méritos de la plenipotencia «legal» que ostenta en aras a lo precisado por los artículos 1.2.a) del Convenio de Viena y 5.a) del Decreto objeto de reflexión) o puede delegar esta función negociadora en otras personas, que pueden serlo, según los casos, las también designadas en el apartado 2.b) y c) del artículo 7 antes dicho y párrafos b) y c) del también mencionado artículo 5 (pudiendo suceder, del propio modo, que tal

negociación la asuma directamente el Presidente del Gobierno, según lo asimismo previsto por dichos artículos).

En aquellas hipótesis en las que la plenipotencia al efecto sea la tácita o legal prevista en el binomio preceptual dicho y la misma no resulte impulsada por el Ministro de Asuntos Exteriores o por el titular del Ejecutivo (o bien se trate de un caso de plenipotencia expresamente conferida), entonces el representante de que se trate deberá atenerse a las instrucciones que reciba tanto del Consejo de Ministros como del Ministro de Asuntos Exteriores, todo ello de conformidad con lo postulado *ad hoc* por el artículo 10 del Decreto que nos ocupa, precepto que fue literalizado con anterioridad.

En relación con esta problemática es de citar la existencia del Real Decreto 632/1987, de 8 de mayo, sobre organización de la Administración del Estado en el Exterior (BOE núm. 118, de 18 de mayo de 1987), texto que trasponiendo en parte los apremios internacionalistas de los Convenios de Viena sobre relaciones diplomáticas y consulares de 18 de abril de 1961 y de 24 de abril de 1963, respectivamente (y también innovando *motu proprio*) alude al tema negociador que estamos debatiendo en diversos artículos.

Así, en su artículo 2 se vertebra la Administración del Estado en el exterior a base de la serie de organismos que tal precepto menciona y que son:

- a) Misiones Diplomáticas, para el desarrollo de las relaciones diplomáticas bilaterales.
- b) Representaciones Permanentes y Delegaciones para el desarrollo de las relaciones diplomáticas multilaterales.
- c) Oficinas Consulares para el ejercicio de las funciones consulares.
- d) Instituciones y Servicios de la Administración del Estado en el extranjero.

Tras ello, va llenando de contenido el haz competencial de todos y cada uno de los órganos relacionados, integrándose en el mismo la función de representar al Estado español en aquellos casos en los que se trate de las Misiones Diplomáticas y de las Representaciones Permanentes, definiendo las primeras el artículo 3 y haciendo los propio, respecto a las segundas, el 4, diciendo el primero de ellos, que:

• «1. Las Misiones Diplomáticas pueden tener carácter permanente o especial.

2. Las Misiones Diplomáticas Permanentes son las establecidas con carácter representativo por el Estado español ante otro u otros Estados; en este último caso, en régimen de acreditación múltiple y con residencia en uno de ellos.

3. Son Misiones Especiales las que, con carácter representativo y temporal, envía el Estado español ante otro Estado para tratar con él asuntos determinados, o para realizar ante él un cometido determinado, sin perjuicio de enviar una Misión Especial a varios Estados.»

Este precepto (que en lo esencial reproduce la filosofía que acerca de la materia fue incorporada a la antes mencionada Convención de Nueva York sobre las Misiones Especiales) constituye tándem con el 4 del mismo texto normativo (inspirado por la Convención de Viena, también antes mencionada, sobre representaciones de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales de carácter universal), que postula al efecto que:

«1. Las Representaciones Permanentes son las enviadas con carácter permanente y representativo por el Estado español ante una Organización internacional. Tendrán el carácter de representaciones de observación cuando el Estado español no fuere parte de dicha Organización.

2. Las Delegaciones son enviadas por el Estado español para participar en un órgano de una Organización internacional o en Conferencia de Estados convocada por una Organización internacional o bajo sus auspicios, pudiendo ser también de mera observación.»

Es evidente que todos los operadores jurídicos portadores de las funciones dichas (salvo los de mera observación) ostentan en el ámbito de sus respectivas competencias las debidas funciones representativas, y por ende, negociadoras, funciones que encajan en el marco de plenipotencia tácita o legal diseñado por los artículos 7 del Convenio de Viena y 5 del Decreto 801/1972, y que en lo tocante a las Misiones Diplomáticas resultan de resignación explícita en virtud de lo precisado al respecto por el artículo 12.c) del Real Decreto objeto de consideración.

En cualquier caso, la plenipotencia negociadora ostentada por los órganos indicados debe consumarse en el marco de subordinación que resulta no sólo del artículo 10 del Decreto 801/1972, sino también del previsto por el artículo 7 del Real Decreto que estamos comentando, precepto que señala literalmente que:

«Todos los Jefes de Misión Diplomática, de Representación Permanente y de Delegación cada uno de los cuales representa al conjunto de la Administración del Estado dependen jerárquicamente del Ministerio de Asuntos Exteriores.»

Concluyo este breve glosario sobre la materia señalando que todo lo dispuesto en el Real Decreto dicho queda excepcionado en determinadas

hipótesis representacionales que son aquellas a las que alude la disposición adicional de dicho texto, según el cual:

«1. La Delegación de España en la Organización del Tratado del Atlántico Norte se regirá por sus disposiciones específicas en cuanto a su organización y dependencia funcional.

2. La representación de España ante las Comunidades Europeas se regirá por lo dispuesto en el Real Decreto 260/1986, de 17 de enero.

c") Normativa constitucional

En méritos a lo establecido por el artículo 97 del Texto básico, compete al Gobierno la iniciativa en este orden de cuestiones y la concreta encomienda de la praxis negociadora, todo ello como consecuencia de que ambas cuestiones aparecen directamente entrañadas en la dirigencia que dicho precepto establece en favor de dicho Gobierno en todo lo tocante a la política exterior del Estado, diligencia en modo alguno compatible con las Comunidades Autónomas teniendo en cuenta al efecto lo previsto por el artículo 149.1.3 de la propia CE.

En realidad, dejar en manos del Gobierno esta facultad agencial es una cosa absolutamente lógica, siendo así que para el constitucionalismo democrático es este órgano el asunto de las competencias que bajo el régimen constitucional anterior detentaba el Monarca, figura cuyo papel en esta sede, configurado para el día de hoy por el artículo 56 CE, es puramente protocolario y simbólico.

Ello dicho, únicamente se discute si la aludida potencialidad de iniciación y gestoría es absoluta o si la misma se halla mediatizada en alguna medida por una eventual intervención de las Cortes, tema que ha dividido a la doctrina ya que un determinado sector de ella, teniendo en cuenta la literalidad y especificidad del artículo 93 CE, entiende que en lo tocante a los tratados en él mencionados, el Gobierno no puede actuar sin la consiguiente autorización parlamentaria, discurso sustentado, con uno u otro matiz, por M. L. ESPADA, JUSTE PUENTE EGIDO y J. A. PASTOR RIDRUEJO, postura, sin embargo, rechazada por otro importante sector doctrinal, el cual tras rebatir la argumentación de la corriente científica dicha (que se apoya fundamentalmente en que el vocablo «celebración» utilizado por el art. 93 dicho engloba todos los actos constitutivos de la formación de los tratados, incluyéndose, por supuesto, entre los mismos aquellos relacionados con la negociación, y en el dato de que el artículo 94 aluda expresamente no a la indicada «celebración» sino a la propia prestación del consentimiento para obligarse, única hipótesis para la que se demanda la autorización de las

Cortes) predica la absoluta libertad negocial del Gobierno en sede de todo tipo de tratados, incluyéndose entre éstos no sólo los de los artículos 94 y 95 sino también los del artículo 93, tesis que basamenta en el hecho de la inconsistencia de los argumentos *a contrario* —la palabra «celebración» es ciertamente de significado multivalente, pero la misma se utiliza en el lenguaje legal de la CE como sinónimo de prestación de consentimiento por parte del Estado, postulación *ad hoc* que acredita asimismo como respaldo *a fortiori* de su propia viabilidad la obviedad de que supondría una incoherencia absoluta el entender dicho vocablo de diferente manera en el ámbito del artículo 93 y en el del 95, siendo así que en este último no cabe duda que el significado de dicha palabra entronca con la acepción restringida dicha, debiendo advertirse del propio modo en lo tocante al presunto carácter autónomo del artículo 93 en relación con el 94, que este no es más que presunto y simple producto de las contingencias del proceso constitucionalizador, aspecto que debate muy acertadamente REMIRO BROTONS en la obra antes dicha, contingencias, en suma, que motivaron una redacción diferente de los artículos 93 y 94 (pese a la existencia en los mismos de una misma identidad filosófica) —.

Ahora bien, la expulsión de las Cortes del propio proceso negociador, concebido de la forma dual expuesta, no implica el que las mismas no tengan algún tipo de intervención en su entorno aunque esta es más bien «política», aspecto del que también se ocupa el *meritado* autor, cuando en la obra mencionada tras descartar cualquier tipo de protagonismo efectivo de dichas Cortes en los términos indicados pone de relieve, en la página 440 de la misma, que éstas, tomando como escudo de su intervención el artículo 66.2 CE, deben fiscalizar el ejercicio de la acción de gobierno en este ámbito, pudiendo a estos efectos servirse, señala el aludido autor, «de los medios de control político e información puestos a su disposición con carácter general por los Reglamentos parlamentarios para incitar a la negociación y estimularla o, por el contrario, tratar de detenerla o frenarla, poner de evidencia su estancamiento o el torpe manejo de la cuestión por los órganos del Ejecutivo o, simplemente, conocer su estado actual y salir de la ignorancia».

Posiblemente no sea el expuesto sino un pobre remedio que mitigue en la medida de lo posible el destierro de las Cortes del propio proceso negociador —y de su *iniciativa*— lenitivo cuya virtualidad práctica presenta importantes fisuras, cuestión que tampoco se le escapa al autor dicho, que en la misma obra y página incide en la insuficiencia del programa de intervención expuesto y apunta que «Tal vez se eche en falta la expresión constitucional del deber gubernamental de mantener a las Cortes debidamente informadas de la marcha de una negociación y quepa sugerir la conveniencia de remediar esa carencia a nivel legislativo, pero es en cual-

quier caso evidente que las Cámaras no están a expensas de la beneficencia gubernamental».

En realidad, el aludido control político es el único cauce de expresión de una voluntad fiscalizadora por parte de las Cortes, siendo así que el protagonismo en cuanto a la iniciativa y a la praxis concreta de negociación se hallan por completo en manos del Ejecutivo que ha heredado así pura y simplemente —es decir, sin beneficio de inventario **mediatizador**— el papel reservado antes en exclusividad a la Monarquía, protagonismo, pues, absoluto, no menoscabado en modo alguno por el papel asignado a las Cortes ni por el que el artículo 56.1 atribuye al Rey (rol, este último, meramente simbólico y protocolario), encomienda hegemónica, la detentada por el Gobierno en esta fase inicial que tampoco puede ser mínimamente sinco-pada por la eventual intervención del pueblo, siendo así que la iniciativa popular resulta inoperante en estas áreas en virtud del inequívoco tenor del artículo 87.3 de la CE (si bien el art. 92 de la misma permite someter a referéndum «las decisiones políticas de especial trascendencia», entre las que se incluyen ciertos tratados), aptitud operativa que tampoco resulta en absoluto modulada por la potencial actuación en este foro de las Comunidades Autónomas, cuyo papel, en base a lo postulado en el artículo 149.1.3 de la CE (que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de relaciones internacionales) resulta claramente subordinado y vicario.

En relación con el tema últimamente suscitado —el del papel de las Comunidades Autónomas en el proceso negociador de los **Tratados**— la atribución exclusiva al Estado de las competencias *ad hoc* fue la sublimación de toda una corriente de opinión de los constituyentes influenciada por la idea obsesiva de erradicar cualquier dimensión internacional de tales Comunidades, criterio que fructificó en el artículo 149.1.3 mencionado, fructificación que dio al traste con todas aquellas enmiendas orientadas a hacer partícipes a dichas Comunidades, de una manera u otra, en el iter negociador que nos ocupa.

De todos modos, esta pretensión, aunque en unos términos muy modestos, rebrotó con cierta fuerza como consecuencia del proceso aflorador de los distintos estatutos de autonomía, ya que en casi todos ellos se alude al tema, objetivando en favor de las Comunidades en cuestión una cierta intervención en el meritado proceso, aspecto al que se refiere GONZÁLEZ CAMPOS en su obra dicha, página 135, señalando literalmente (y efectuando una síntesis de las distintas alternativas operacionales en este foro) que «A este respecto, aunque el artículo 149.1.3 de la Constitución atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de «relaciones internacionales», los textos de ciertos Estatutos de Autonomía, posibilitan expresamente la intervención de las Comunidades Autónomas, con distinta intensidad. En términos generales, existen dos tipos distintos de cláusulas estatutarias:

a) cláusulas de información, como la contenida en el artículo 20.5 del Estatuto de Autonomía para el País Vasco, conforme a la cual el «Gobierno Vasco será informado en la elaboración de los tratados y convenios, si como de los proyectos de legislación aduanera, en cuanto afecten a materias de específico interés para el País Vasco», redacción que se reitera casi literalmente en el artículo 27.5 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, y en el artículo 23.1 del Estatuto de Autonomía de Andalucía; b) junto a las anteriores, existen las que podríamos denominar cláusulas de solicitud de negociación de tratados internacionales por parte de las Comunidades Autónomas, al poder central. Se incluyen en este segundo apartado el artículo 7.2 del Estatuto de Autonomía para Galicia, en el que se afirma que la «Comunidad Autónoma podrá solicitar del Estado español que para facilitar lo dispuesto anteriormente celebre los oportunos tratados o convenios con los Estados donde existan dichas Comunidades», gallegas, a los fines de que puedan ejercer la «galleguidad», expresión muy similar a la existente en el artículo 8, *in fine*, del Estatuto de Autonomía para Asturias respecto de las Comunidades asturianas en el extranjero. De otro lado, el artículo 35.3 del Estatuto gallego señala que la «Comunidad Autónoma Gallega podrá solicitar del Gobierno que celebre y presente, en su caso, a las Cortes Generales, para su autorización, los tratados o convenios que permitan el establecimiento de relaciones culturales con los Estados con los que mantenga particulares vínculos culturales y lingüísticos».

Este es el retablo normativo básico sobre el particular, que no entra por supuesto en ciertos detalles de operatividad, pero que en sí mismo nos oferta una visión lo suficientemente amplia de los perfiles más importantes del diseño estatutario al respecto, repertorio de soluciones (si es que se puede hablar así en este entorno) que no ha satisfecho a la doctrina, siendo un claro exponente de una sostenida posición crítica al respecto el discurso sobre el particular de REMIRO BROTONS, autor que en la obra colectiva dicha, página 443, tras efectuar una síntesis de los apremios normológicos fundamentales sobre el particular, apunta literalmente que:

«Sin duda, se pudo y debió racionalizar la participación de las Comunidades Autónomas en la negociación de los tratados atendiendo a criterios objetivos como su condición fronteriza, archipelágica o costera. Lejos, sin embargo, de la planificación, ha privado la improvisación, así como la aguda sensibilidad a la discriminación de los representantes autonómicos.»

Aceptando la *ratio* global de esta censura, cabe, sin embargo, puntualizar que lo más grave es que el régimen articulado en los distintos Estatutos pueda resultar de una inoperatividad total si por parte del Gobierno no media una decidida vocación autonómica, siendo así que el dispositivo de

participación en la negociación de los tratados instrumentado en los artículos correspondientes depende en última instancia del libre arbitrio de dicho Gobierno en la medida en que este es, *prima facie*, quien deberá decidir si accede a las eventuales peticiones de iniciación deducidas por las Comunidades autonómicas, compitiendo al mismo la valoración —inicial— de si éstas acreditan o no un interés específico al efecto, todo ello a efectos de si se admite o no la pretensión operativa de las mismas en el consiguiente iter negociador o su derecho a recibir información.

En cualquier caso, y con ello cierro este aspecto, tiene mucha razón REMIRO BROTONS, cuando en la obra colectiva antes dicha, página 444, tras efectuar su valoración sobre la pobreza del cauce participativo explicado, apunta, como remate de sus reflexiones al respecto, que «reconocido un interés específico, la información debería ser amplia y ofrecerse antes de la adopción definitiva del texto del tratado, lo que, probablemente, desencadenará una reacción de los órganos de gobierno y representativos de la Comunidad en cuestión susceptible de incidir en la negociación según la estimación que de ella haga el Gobierno. La formulación expresa del Estatuto canario en este sentido cabe entenderla implícita en los demás que prevén el derecho a recibir información».

Por su parte, GONZÁLEZ CAMPOS, en su obra dicha, página 136, tras dibujar el cuadro normativo al que hicimos mérito en las líneas anteriores (constituyente, en suma, del grueso del mecanismo vertebrado al efecto para que las Comunidades autónomas se hagan oír en este foro) aventura las siguientes reflexiones como colofón de su interés por el tema, observaciones que constituyen tanto una síntesis de la adjetividad del sistema estructurado al respecto como de su concreta virtualidad material, y cuyo tenor literal es el siguiente:

«Como puede observarse, en ninguno de ambos casos se exige que los representantes autonómicos participen directamente en la fase inicial de celebración de los tratados, pues la negociación de los mismos compete al Gobierno. En el primer supuesto se reconoce un derecho de información a la Comunidad autónoma, al que corresponde el deber de informar de los órganos centrales del Estado, respecto a las opciones y alternativas de la negociación. En la segunda hipótesis, la facultad del órgano **autónómico** se limita a una petición, sin que ello implique obligaciones ulteriores del poder central, que decidirá con plenitud de competencias constitucionales si se inicia o no esta primera fase de celebración de los tratados. En todo caso, las cláusulas estatutarias examinadas permitirán en el futuro, si ello se estima aconsejable, una **flexibilización** en orden a la participación de los representantes de las Comunidades Autónomas en la fase de negociación de los tratados internacionales que afecten a las materias indicadas.»

Como compendio de todo lo alegado, podemos señalar que:

- a) El DI deja en libertad total a los Estados para que sus respectivas normativas internas decidan quiénes son los órganos competentes en orden a la iniciativa y llevanza de la negociación que proceda.
- b) En nuestro ordenamiento doméstico, la atribución competencial que fue efectuada en su día por la LRJAE y el Decreto 801/1972, de 24 de marzo, fue ulteriormente corroborada por la Constitución a través de un doble procedimiento: el de matiz positivo consistente en atribuir al Gobierno de la Nación la gerencia de la «política exterior» (en cuyo seno encaja perfectamente todo lo relacionado con los tratados) y otro de alcance negativo, consistente en no articular en lugar alguno una competencialidad específica al efecto que sustrajere tal negociación del seno del artículo 97.
- c) El ejercicio de la *meritada* facultad negociadora no aparece en absoluto mediatizada ni por una eventual actuación *ad hoc* del Rey (el art. 56 CE la excluye) ni del pueblo (obviada por el art. 87.3 CE) ni de las Comunidades autónomas (excluida por el art. 149.1.3 CE), ni de las Cortes (dado el silencio que sobre la misma mantiene, tal como hemos advertido con *anterioridad*, la CE), bloque de exclusiones competenciales en cierta medida paliada, en lo tocante al Rey, por su intervención en el sentido protocolario previsto por el indicado artículo 56, en lo referente al pueblo por su posible llamada a referéndum, según lo estipulado en el artículo 92 CE; en lo que atina a las Comunidades autónomas, de la forma que acabamos de ver y en lo referente a las Cortes, y rechazado su eventual título competencial en el foro de los tratados previstos por el artículo 93 (de conformidad con lo antes postulado) de la manera indirecta o «política» a la que también hicimos alusión en el curso de estas observaciones.

E) MANIFESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO ESTATAL EN OBLIGARSE POR UN TRATADO

a) *Introducción*

Teniendo en cuenta que todo tratado implica el consentimiento en obligarse de las partes en él implicadas, es lógico que esta etapa del proceso formativo del mismo asuma una importancia trascendental, jalón fundacional en cuyo impulso y encauzamiento también se dan cita los ordenamientos domésticos y el internacional, siendo ello una simple consecuencia del desdoblamiento de competencialidades en este foro.

De todos modos, tal duplicación y entrecruzamiento competencial no opera sobre los mismos supuestos, siendo así que el proceso estatal por el que se llega a la mentada prestación del consentimiento para obligarse resulta de estricta obediencia normativa interior, tesis sin embargo que debe filtrarse por el tamiz que supone la existencia del artículo 46 del Convenio de Viena, precepto que comentaremos más tarde, cuando nos refiramos a la eventual patología negocial con incidencia en esta sede.

Siguiendo por idéntica vía expositiva que la utilizada precedentemente en relación con el trámite inicial de la negociación, vamos a referirnos ahora, de forma dual y sucesiva, a la normativa con vigencia en esta área, tanto de procedencia internacional como interna, y en este caso, distinguiendo la subconstitucional de la constitucional.

b) *Normativa internacional ad hoc*

Teniendo en cuenta lo explicado, es decir, que la preceptiva interestatal sólo muestra interés por el proceso *ad extra* del trámite materia de debate, es lógico el *dictum* definitorio que resulta del artículo 2 de la Convención de Viena en su apartado 1.b), según el cual:

«Se entiende por "ratificación", "aceptación", "aprobación" y "adhesión", según el caso, el acto internacional así denominado por el cual un Estado hace constar en el ámbito internacional su consentimiento en obligarse por un tratado.»

De este concepto se desprenden las siguientes conclusiones:

- a) Que el acto de prestación del consentimiento es un «acto internacional», queriendo ello decir que la normativa interna —de eficacia *ad intra*— carece de virtualidad para su regulación y para la atribución de su efectividad (o falta de ella).
- b) Que tal acto sólo interesa en la medida que sea terminal (desdeñándose en el foro internacional la disciplina de su proceso formativo).
- c) Que impera en este orden de cosas el principio de libertad de forma.

Precisamente, esta última conclusión resulta la más llamativa disponiendo la misma de un potente respaldo monográfico en el artículo 11 del propio Convenio de Viena, según el cual:

«Formas de manifestación del consentimiento en obligarse por un tratado.—El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado podrá manifestarse mediante la firma, el canje de instrumentos que constituyan un

tratado, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión, o en cualquier otra forma que se hubiere convenido.»

Decíamos que el criterio instaurado por los artículos citados resultaba impactante y ello era así porque los mismos venían a consagrar una práctica que trabajosamente había ido ganando consistencia en estas áreas, y que encarnaba en la idea de prescindir del instituto de la «ratificación» como único procedimiento valorable en este campo (siempre atribuyendo a este concepto una dimensión internacionalista, orillando su visión desde el Derecho interno, tema al que nos referiremos más tarde), posibilitando otras formas de prestación del consentimiento por parte de los Estados implicados, aspecto al que se refiere GONZÁLEZ CAMPOS en su obra antes citada, página 137, en la que se lee sobre el particular que «A lo largo del siglo XIX se consideró que la ratificación era indispensable como forma de manifestar el consentimiento en obligarse internacionalmente el Estado. De este modo, en defecto de una estipulación expresa a este fin en el propio tratado, se estima que el mismo debía ser ratificado para su obligatoriedad. La huella de esta concepción, en nuestros días aún se refleja en ciertas constituciones; sin embargo, el desarrollo del derecho convencional, desde finales del siglo pasado, ha modificado profundamente esta situación. De una parte, no debe olvidarse el hecho de que, en la mayor parte de las Constituciones, sólo ciertos tratados exigían la aprobación o ratificación parlamentaria; en segundo término, las exigencias de las relaciones internacionales han hecho que, de forma creciente, se utilicen procedimientos abreviados para obligarse ("firma", "canje de notas o instrumentos"), registrándose una decadencia del procedimiento de ratificación. Al mismo tiempo han surgido nuevas formas de obligarse internacionalmente, como la "aceptación" o la "aprobación", de alcance similar a la clásica "ratificación"; y los tratados multilaterales han potenciado la "adhesión", como forma de obligarse internacionalmente, junto a las anteriores. En definitiva, la práctica internacional nos muestra la existencia de una pluralidad de formas mediante las cuales un Estado puede manifestar su consentimiento definitivo en obligarse por un tratado, correspondiendo a los negociadores, en cada caso particular, elegir el más adecuado.»

En relación con las observaciones que acabo de literalizar, que dan una acabada visión de la evolución experimentada en este foro, tengo que advertir que la alusión que en las mismas se hace a las Constituciones, en cuanto textos impositores del instituto ratificatorio que estamos considerando, debe entenderse siempre en un sentido doméstico y previo —*ad intra*— a la propia ratificación internacional, aunque evidentemente la utilización de este vocablo en las áreas normológicas internas se presta a confusión (cuestión, repito, que retomaremos ulteriormente y a la que alude el autor

citado, cuando en la misma obra y páginas dichas señala que «... en los sistemas políticos democráticos, la "ratificación" o "aprobación" por el Parlamento de un tratado es un acto de Derecho interno que precede a la "ratificación" internacional del acuerdo, y cuya finalidad es autorizar, conforme a la Constitución, al Ejecutivo para que pueda hacer constar en el plano internacional el consentimiento en obligarse por parte del Estado»).

Retengamos, en suma, la pérdida de protagonismo de la «ratificación» internacional y la imposibilidad de su confusión con una eventual ratificación interna, equivalente, en suma, al concreto acto **autorizativo** que, dimanante de las Cortes democráticas, legitima a los sendos Ejecutivos a prestar el consentimiento para obligarse en virtud del correspondiente tratado.

Volviendo al plano jurisdicente de estricto sometimiento **internacionalista**, tengo que puntualizar que la batería de hipótesis establecida por el ya indicado artículo 11 del Convenio de Viena acredita el soporte que le es debidamente prestado por los artículos de dichos Convenios 12 y 13, expresivo el primero de ellos en que supuesta la sola firma del plenipotenciario correspondiente implica el consentimiento en obligarse del Estado representado, casos que son, siempre según el indicado artículo 12, los siguientes:

- «a) Cuando el tratado disponga que la firma tendrá ese efecto.
- b) Cuando conste de otro modo que los Estados negociadores han convenido que la firma tenga ese efecto.
- c) Cuando la intención del Estado de dar ese efecto a la firma se desprenda de los plenos poderes de su representante o se haya manifestado durante la negociación.»

A este repertorio de supuestos en los que la exclusiva firma del plenipotenciario de turno equivale a la prestación de consentimiento del Estado concernido se equiparan las hipótesis descritas en el apartado 2 de dicho precepto, según el cual «Para los efectos del párrafo 1: a) la rúbrica de un texto equivaldrá a la firma del tratado cuando conste que los Estados negociadores así lo han **convenido**. b) La firma *ad referendum* de un tratado equivaldrá a la firma definitiva del tratado si su Estado lo confirma».

El artículo 13, por su parte, viene a precisar en qué eventualidades el consentimiento de los Estados implicados se exterioriza a través del canje de los instrumentos conformativos de su *ratio essendi*, señalando a estos efectos que «El consentimiento de los Estados en obligarse por un tratado constituido por instrumentos canjeados entre ellos se manifestara mediante este canje:

- a) Cuando los instrumentos dispongan que su canje tendrá ese efecto.
- b) Cuando conste de otro modo que esos Estados han convenido que el canje de los instrumentos tenga ese efecto.»

Insistiendo en la idea del canje, en cuanto acontecimiento sobrevenido con **ulterioridad** a la firma en cuestión determinante de la prestación del consentimiento que nos ocupa, el artículo 16 de la Convención contempla el supuesto en que tal canje no se objetiva sobre los instrumentos constitutivos del tratado, sino sobre aquellos en los que conste la ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, caso en el que, salvo que el tratado disponga otra cosa, tal canje presupondrá la **meritada** prestación, asimilando tal artículo a estas hipótesis aquellas en las que el susodicho canje sea sustituido por el depósito de los indicados instrumentos en poder del depositario o por la notificación de su existencia a los Estados contratantes o al depositario, si así se hubiere convenido.

El artículo 14 del Convenio contempla, por su lado, aquellos casos en los que la prestación del consentimiento estatal que estamos viendo se entiende consumada no mediante la simple firma o el canje instrumental dicho (en su doble variante) sino a través de la ratificación, aceptación o aprobación, supuestos sujetos a una misma operativa y que es aquella a la que alude el tenor de dicho precepto, que impone tal praxis:

- a) Cuando el tratado **disponga** que tal consentimiento debe manifestarse mediante la ratificación.
- b) Cuando conste de otro modo que los Estados negociadores han convenido que se exija la ratificación.
- c) Cuando el representante del Estado haya firmado el tratado a reserva de ratificación.
- d) Cuando la intención del Estado de firmar el tratado a reserva de ratificación se desprenda de los plenos poderes de su representante o se haya manifestado durante la negociación.

Completando el capítulo de prescripciones a tener en cuenta en este contexto, el artículo 15 del Convenio atina directa y monográficamente a aquella tesitura (alusiva en exclusividad a los tratados multilaterales) en la que la prestación del consentimiento por parte del Estado que pretende advenir a la posición de «contratante» (según la terminología del antes calendado artículo 2 de dicho Convenio) se materializa mediante la adhesión del mismo, procedimiento que es el normativamente idóneo en la serie de supuestos previstos por dicho artículo y que son, según su tenor literal, los siguientes:

- «a) Cuando el tratado disponga que ese Estado puede manifestar tal consentimiento mediante la adhesión.
- b) Cuando conste de otro modo que los Estados negociadores han convenido que ese Estado pueda manifestar tal consentimiento mediante la adhesión.

- c) Cuando todas las partes hayan convenido ulteriormente que ese Estado pueda manifestar tal consentimiento mediante la adhesión.»

Completando el círculo de posibilidades al efecto, y dejando de lado el tema de la prestación del consentimiento bajo reservas, aspecto que vamos a debatir a continuación, voy a referirme ahora al supuesto descrito en el artículo 17 del Convenio, precepto que se ocupa de la fijación del régimen de asunción parcial del contenido de los Tratados, señalando literalmente que «Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 19 al 23 (relativos al régimen de reservas que veremos a continuación), el consentimiento de un Estado en obligarse respecto de parte de un tratado sólo surtirá efecto si se indica claramente a qué disposiciones se refiere el consentimiento.

2. El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado que permita una opción entre disposiciones diferentes sólo surtirá efecto si se indica claramente a qué disposiciones se refiere el consentimiento».

A esta última alternativa se refiere GONZÁLEZ CAMPOS en su antes dicho libro, página 138, señalando sobre su alcance que «Debe tenerse en que el consentimiento en obligarse por un tratado se refiere, en principio, a la totalidad de las disposiciones de éste. No obstante, si el propio tratado así lo establece, o las partes convienen en ello, un Estado podrá obligarse parcialmente por un tratado; aunque éste constituye un supuesto no frecuente en la práctica internacional, salvo que el tratado contenga opciones expresas para obligarse por una o todas sus partes (así, el Acta general sobre el arreglo pacífico de controversias internacionales, que regula distintos procedimientos de arreglo, en distintas partes del Acta). En este caso, el consentimiento en obligarse "sólo surtirá efecto si se indica claramente a qué disposición se refiere el consentimiento" (art. 17 del Convenio de Viena de 1969)».

Capítulo importante en este ámbito es el alusivo a la determinación del momento en que se produce la efectiva vinculación estatal, circunstancia que depende de cuál sea el procedimiento seguido para la praxis de ésta. Así, cuando se haya hecho servir a estos efectos la metodología de la firma o el canje de instrumentos, el momento en que tales acontecimientos tengan lugar será el indicativo de aquella vinculación.

Por el contrario, en las restantes eventualidades, el instante en que tal vinculación se produzca será el establecido en el procedimiento seguido *ad hoc*, sucediendo esto concretamente bien cuando tenga lugar el depósito del instrumento de «ratificación», «aprobación» o «adhesión de» que se trate «en poder del Estado u organización designada a estos efectos (cuando se trate de instrumentos multilaterales) o bien, y tratándose de los bilaterales, cuando se notifique la extensión del documento ratificatorio o aprobatorio a la otra parte».

c) *Normativa interna ad hoc*

Ciñéndonos con exclusividad a lo que nos interesa, tengo que señalar que en sede del ordenamiento español, la prestación del consentimiento por parte del Estado español corre la misma suerte que la ya debatida desde áreas internacionalistas, materializándose ésta bien sólo a través de la firma o bien, y partiendo de ésta, mediante el seguimiento de los restantes procedimientos de ratificación y adhesión.

En el primero de los supuestos dichos, que será el idóneo cuando se conciten *ad casum* los presupuestos consignados en el artículo 15 («El consentimiento de España en obligarse por un tratado se manifestará mediante la firma de su representante cuando: a) El Tratado disponga que la firma tendrá dicho efecto o conste de otro modo, o se sobreentienda, que los Estados negociadores han convenido que la firma tenga dicho efecto, y b), el tratado, por la materia objeto del mismo, no requiera la intervención de las Cortes a los fines de lo dispuesto en el artículo 14 de su Ley Constitutiva») del Decreto 801/1972 la vinculación para España se produce por el mero hecho de la firma del instrumento de que se trate, procedimiento cuya operatividad, vista desde la normativa doméstica, presenta la característica de no ser aplicable cuando se demande el apoyo autorizativo conformado por la normativa constitucional, cuestión también tenida en cuenta en relación con la preceptividad anterior a la CE, atinente a esta materia, por el párrafo b) del artículo que acabamos de evidenciar.

El procedimiento encarnado en la idea de la ratificación aparece delineado, en sintonía con los postulados del Convenio de Viena, por el artículo 16 del Decreto 801/1972, precepto que apunta al efecto que «1. El consentimiento de España en obligarse por un tratado se manifestara mediante la ratificación cuando el tratado disponga que dicho consentimiento debe manifestarse mediante la ratificación o conste de otro modo, o se sobreentienda que los Estados negociadores han convenido que se exija la ratificación. 2. Todo tratado ha de ser firmado antes de someterse a la ratificación».

En realidad, para el ordenamiento interno sobre la materia, este es el único procedimiento admisible cuando el contenido del tratado en cuestión sea subsumible en alguno de los supuestos relacionados por la normativa constitucional en sus artículos 93, 94 y 95, ya que es el único en el que independizándose la prestación del consentimiento estatal en obligarse del acto de autenticación permite su toma de valoración, a los efectos pertinentes, por las Cortes, hipótesis que en relación con la legislación preconstitucional sobre la materia fue ya prevista por el artículo 17 del Decreto objeto de constante referencia, precepto que, salvando la alusión que el mismo efectúa a la Ley Constitutiva de las Cortes (que en el momento de

su adopción eran las franquistas), continúa plenamente operativa en el día de hoy, siendo su tenor literal el siguiente:

«1. Cuando el tratado, por la materia objeto del mismo, requiera la intervención de las Cortes, a los fines de lo dispuesto en el artículo 14 de su Ley constitutiva, se deberá establecer en el texto el requisito de la ratificación.

2. Si por las razones que fueren no se estableciere expresamente este requisito, se entenderá que la firma se pone a reserva de ratificación.»

Resulta evidente que con el sistema instaurado por el precepto en cuestión, que, repito, acredita una vigencia que trasciende, con matices, al día de hoy, el Gobierno se halla obligado a efectuar la calificación de los tratados de que se trate, ya que del resultado de este cometido dependerá si el instrumento en cuestión debe o no someterse forzosamente al trámite ratificatorio que estamos viendo o, por el contrario, el mismo es de aquellos en los que la prestación del consentimiento en obligarse *procede* directamente del Gobierno, circunstancia que permite la utilización de la praxis descrita por el anteriormente transcrito artículo 15.

De seguirse, voluntariamente o en virtud de los requerimientos apuntados, el sistema ratificatorio que estamos considerando, el documento adecuado para la constancia de que ésta ha sido debidamente prestada (prestación que deberá tener en cuenta la normativa constitucional a la que luego nos referiremos especialmente) es aquel del que da noticia el artículo 18.2 del Decreto 801/1972, que atribuye al Ministerio de Asuntos Exteriores el título competencial adecuado para extender «el correspondiente instrumento de ratificación, que será firmado por el Jefe del Estado y refrendado por el Ministro de Asuntos Exteriores».

Una vez emitido éste en debida forma, acaecerá lo prescrito en el apartado 3 del artículo 18 dicho, a cuyo tenor:

«El Ministerio de Asuntos Exteriores adoptará las medidas pertinentes para proceder al canje o al depósito del instrumento de ratificación del tratado.»

El *dictum* de este precepto parte de la base, dada su concreta literalización, de que la ratificación que se hace constar en el documento al que acabamos de hacer mérito requiere la previa intervención *autorizativa* de las Cortes, ya que si tal no fuese necesario el que debe acreditar vigencia en este foro es el siguiente, según el cual:

«En el supuesto del artículo 16, si por la materia objeto del tratado no se requiriese la intervención de las Cortes, después de firmado el tratado se procederá del modo siguiente:

1. El Ministerio de Asuntos Exteriores extenderá el correspondiente instrumento de ratificación, que será firmado por el Jefe del Estado y refrendado por el Ministro de Asuntos Exteriores.

2. El Ministerio de Asuntos Exteriores adoptará las medidas pertinentes para proceder al canje o al depósito del instrumento de ratificación del tratado.»

La diferencia, pues, que media entre ambos artículos radica simplemente en que en los dos el instrumento que debe tenerse en cuenta a efectos internacionales es el mismo, si bien en la primera de las eventualidades relacionadas, el documento en cuestión no deberá ser emitido sin que conste haberse obtenido previamente el placet instrumentado al respecto por la normativa constitucional, condicionante que no opera en la segunda de las tesituras dichas.

Descartando el análisis de los restantes artículos del Título IV del Decreto materia del análisis (el 20 por haber sido solapado por la normativa contenida en el artículo 155.2 del Reglamento del Congreso, que veremos luego, y el 21 por ser objeto de atención ulterior, concretamente, cuando nos refiramos específicamente al instituto de las reservas) paso a analizar brevemente el contenido del Título VI de dicho Decreto, alusivo a la prestación del consentimiento para obligarse a través del instituto de la adhesión, posibilidad cuya entrada en liza en estas áreas acontece por la vía del artículo 22 del mentado Decreto, según el cual:

«El consentimiento de España en obligarse por un tratado se manifestara por la adhesión cuando:

- a) El tratado disponga que dicho consentimiento puede manifestarse mediante la adhesión o conste de otro modo, o se sobreentienda que los Estados negociadores han convenido que se pueda manifestar mediante la adhesión.
- b) El tratado no haya sido previamente firmado o ratificado por España, según los casos.»

Decíamos que vamos a ocuparnos de este trámite brevemente y ello porque el sistema que resulta de las disposiciones reguladoras del mismo se atiene en su operatividad a las mismas directrices que regulan el esquema de funcionalidad que acabamos de evidenciar, queriendo ello decir que la forma de hacer constar (p sea, la adhesión en el caso de acuerdos multilaterales) es el instrumento antes relatado, o sea aquel que expedido por el Ministerio de Asuntos Exteriores conste en debida forma su adopción, instrumento cuya expedición requerirá o no la previa intervención autorizativa de las Cortes, todo ello en línea con lo que acabamos de

exponer (y con lo que será ulteriormente debatido en otros pasajes de estas observaciones).

De todos modos, conviene precisar de inmediato —en línea con lo puntualizado *ut supra*— que la virtualidad del instituto sólo resulta activable en el seno de la categoría de los tratados multilaterales, y ello es lógico teniendo en cuenta las propias condiciones de negociabilidad de estos en comparación con la que gobiernan la adopción de los bilaterales, cuestión que atina muy bien GONZÁLEZ CAMPOS en su obra dicha, página 145, señalando, respecto de la categoría que acabamos de mencionar, que «Así, respecto de los tratados multilaterales "generales" (cuyo objeto y fin son de interés para la comunidad internacional en su conjunto), éstos deben estar abiertos a la participación de todos los Estados lo que sólo es posible si el consentimiento en obligarse de cada uno de ellos queda salvaguardado mediante la facultad de excluir o modificar, dentro de ciertos límites inherentes al propio tratado, determinadas disposiciones del acuerdo, por la vía de las reservas».

Por el contrario los tratados bilaterales resultan inmunes a la beligerancia de la figura —**técnicamente considerada**—, todo ello en obsequio a su propia mismidad y genuinas condiciones de concertación, apuntándose esta tesis en la obra referenciada (página 146), en la que se lee al respecto que «Respecto a los tratados bilaterales, la situación es muy distinta, ya se formule una reserva en el momento de la firma o en el de la ratificación de un tratado. En el primer caso, si la reserva no es aceptada por la otra parte, no tendrá lugar el consentimiento definitivo en obligarse; en el segundo, en el mismo supuesto, no existirá canje de ratificaciones, y, de este modo, no se producirá el *consensus* de los Estados contratantes. En ambos casos, la situación resultante tras la formulación de la reserva es la misma: las partes deberán iniciar una nueva negociación, pues aquella equivale a una propuesta que **altera** el acuerdo inicial de los negociadores, logrado en el momento de la adopción del texto de un tratado».

#### F) REFERENCIA A LAS «RESERVAS»

##### a) *Introducción*

El ejercicio del *ius tractatus* por parte de los Estados se adorna en todos sus perfiles de una notable singularidad, y ello tanto desde el plano *nomotético* interno (aspecto de la cuestión que será examinada ulteriormente) como desde el internacional, convirtiéndose en un emblema de este evidente particularismo la posibilidad de que los Estados concernidos asuman el contenido de los tratados que celebren excepcionando parte de su contenido,

atribuyendo a esta expresión el más lato y distendido de los sentidos posibles, comprendiendo, pues, dentro de su círculo de posibilidades no sólo —y como precisa muy bien el art. 2.1.d) de la Convención de Viena que define el *término*— la exclusión lineal de alguna de las estipulaciones del Instrumento excepcionado, sino también cualquier otra modificación de su tenor, bien sea ésta objetiva o funcional.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la categoría jurídica sometida a estudio no es ni mucho menos homogénea por lo que se refiere a su composición objetiva y concreto contenido, el instituto de la reserva acredita unas coordenadas de complejidad ciertamente asombrosas, constituyendo el dispositivo normativo que las regula (la sección segunda de la Parte II del Convenio de Viena) el resultado de un alambique preceptual verdaderamente depurado en su operatividad, tal como resulta del propio tenor de los artículos que integran tal conjunto ordinamental.

Puesta de relieve esta complejidad regulativa, y tomando como soporte de lo que voy a decir el concepto de reserva que resulta del antes indicado artículo 2.1.d) de la propia Convención. Voy a transcribir los artículos que en la misma se ocupan de su instrumentación y eficacia.

b) *Normativa internacional sobre el particular*

a') Procedimiento para la beligerancia de las reservas

La activación de éste, que deberá atenerse a los parámetros de funcionalidad que vamos a consignar, resulta factible siempre que no se conciten *ad casum* algunas causas que impiden —en todo o en *parte*— la misma, supuestos impositivos que son aquellos a los que se refiere el artículo 19, del Convenio, en sus párrafos *a)*, *b)* y *c)*.

Así pues, el Estado contratante puede formular reservas al tratado cuyo contenido asuma excepto:

- Que la reserva esté prohibida por el tratado, *ex* párrafo *a)*.
- Que el tratado disponga que únicamente pueden hacerse determinadas reservas, entre las cuales no figure la reserva de que se trate; *ex* párrafo *b)*.
- Que, en los casos no previstos en los apartados *a)* y *b)*, la reserva sea incompatible con el objeto y el fin del tratado, *ex* párrafo *c)*.

No concurriendo en el caso de que se trate ninguno de los supuestos impositivos de la virtualidad de las reservas a los que acabamos de hacer mérito, el Estado en cuestión se halla legitimado para su formulación, hecho

que tendrá lugar, tal como predica el indicado artículo 19 del Convenio, en su párrafo inicial, «en el momento de firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o adherirse a él».

Ahora bien, dada la trascendencia que acreditan las reservas en este foro, en cuanto declaraciones de voluntad oportunamente excepcionadoras del común obligacional aflorado por el tratado de que se trate, la aludida formulación, es decir, la emisión de voluntad *ad hoc* debe efectuarse (al igual que su eventual aceptación expresa y objeción) de forma escrita, exigencia impuesta por el artículo 23.1 del Convenio, según el cual «La reserva, la aceptación expresa de una reserva y la objeción a una reserva habrán de formularse por escrito y comunicarse a los Estados contratantes y a los demás Estados facultados para llegar a ser parte en el tratado».

Y no sólo ello, sino que implicando la formulación de la reserva una auténtica alteración del grueso obligacional ya negociado, adoptado y autenticado, la formulación de la misma queda sometida a los severos trámites a los que alude, respecto a su correcta vertebración, el apartado 2 del articulado *meritado ut supra*, según el cual «La reserva que se formule en el momento de la firma de un tratado que haya de ser objeto de ratificación, aceptación o aprobación, habrá de ser confirmada formalmente por el Estado autor de la reserva al manifestarse su consentimiento en obligarse por el tratado. En tal caso se considerará que la reserva ha sido hecha en la fecha de su confirmación».

Recapitulando. En primer lugar, y salvo que el tratado acuñe alguna de las hipótesis impeditivas relacionadas por el artículo 19 del Convenio, todo Estado puede obligarse formulando las pertinentes reservas, que deberán ser emitidas tempestivamente y bajo los módulos operacionales a los que se refiere el artículo 23 de dicho Convenio.

Una vez formulada en debida forma la reserva de que se trate, ésta deberá o no ser aceptada por los otros Estados contratantes, y cuando éstos acrediten el derecho de asentar o rehusar tal aceptación, entrará en juego el régimen que se conforma al efecto por los artículos 20 y 23.3 del Convenio.

Para la recta comprensión de esta problemática debemos poner de manifiesto en primer término la absoluta hegemonía que en este orden de cosas acredita el principio de la autonomía de la voluntad.

Efectuada esta advertencia, vamos a distinguir los siguientes supuestos:

- a) Aquellos en los que la efectiva operatividad de la reserva no requiere aceptación por parte de los otros Estados.
- b) Los absolutamente opuestos, es decir, cuando tal aceptación debe dimanar de todos los Estados contratantes.
- c) Supuestos fronterizos entre los dos extremos anteriores.

Veamos, no se requiere ningún tipo de aceptación en la eventualidad delineada por el artículo 20.1 del Convenio, según el cual «Una reserva expresamente autorizada por el tratado no exigirá la aceptación ulterior de los demás Estados contratantes, a menos que el tratado así lo disponga».

Se requiere la aceptación por parte de todos los Estados concernidos en el caso descrito por el apartado 2 del indicado artículo 20, según el cual «Cuando del número reducido de Estados negociadores y del objeto y del fin del tratado se desprenda que la aplicación del tratado en su integridad entre todas las partes es condición esencial del consentimiento de cada una de ellas en obligarse por el tratado, una reserva exigirá la aceptación de todas las partes».

No se demanda, por el contrario, tal rigurosidad en los casos dibujados por los apartados 3 y 4 del precepto que estamos literalizando, alusivo el primero al caso especial de que por la vía del tratado que se excepcione se erija una organización internacional y referente al segundo a las hipótesis de tratados que no encajen en el marco de rigidez trazado por el antes meritado apartado 2 (del precepto en cuestión), señalando literalmente el aludido apartado 3 que «Cuando el tratado sea un instrumento constitutivo de una organización internacional y a menos que en él se disponga otra cosa, una reserva exigirá la aceptación del órgano competente de esa organización».

Por su lado, el apartado 4 (asimismo mencionado con anterioridad) señala literalmente que:

«En los casos no previstos en los párrafos precedentes y a menos que el tratado disponga otra cosa:

- a) La aceptación de una reserva por otro Estado contratante constituirá al Estado autor de la reserva en parte en el tratado en relación con ese Estado si el tratado ya está en vigor o cuando entre en vigor para esos Estados.
- c) Un acto por el que un Estado manifieste su consentimiento en obligarse por un tratado y que contenga una reserva surtirá efecto en cuanto acepte la reserva al menos otro Estado contratante.»

Prescindiendo del detalle concreto del tenor de los pasajes normativos que acabo de transcribir en cuanto expresivo de diferencias de matiz operacional en sus sendos ámbitos de regulación, lo que me interesa resaltar ahora es que cuando medie la aceptación de la reserva formulada por al menos otros Estados (de los varios implicados en el Tratado en cuestión) ésta despliega toda su eficacia.

Lo contrario de la aceptación es la objeción que en su caso pudiere formular el Estado (o Estados concernidos), acto vehiculizador de la oposi-

ción de dicho Estado (o Estados) a la admisión de la reserva (o reservas) formuladas que constituye una categoría que presenta perfiles peculiares, singularidad que se hace patente, en primer término, por su propia virtualidad, y ello porque en base a todo lo postulado la aludida objeción sólo acredita una eficacia relativa ya que la misma se contrae con exclusividad a las relaciones entre el Estado emisor de la reserva y el objetor de la misma, pero no impide la eficacia general del tratado de que se trate, virtualidad relativizada que por otra parte sólo entrará en juego cuando la formulación de dicha objeción resulte clara sobre el particular, exigencia que se hace ostensible del *dictum* del apartado 4.b) del artículo 20 que estamos analizando, según el cual «la objeción hecha por otro Estado contratante a una reserva no impedirá la entrada en vigor del tratado entre el Estado que haya hecho la objeción y el Estado autor de la reserva, a menos que el Estado autor de la objeción manifieste inequívocamente la intención contraria».

De este precepto se deduce:

- a) Que sea cual fuese el tenor de la **pluricitada** objeción, ésta no tiene entidad suficiente para impedir la entrada en vigor del tratado y la inserción en el mismo del Estado que haya formulado la reserva objetada.
- b) Que en ocasiones ni siquiera cortocircuita la vinculación obligacional resultante del tratado entre el Estado que formuló la reserva y el que la objetó.

De todos modos, ambos corolarios del tenor del apartado que acabamos de transcribir quiebran y es cuando la objeción considerada sea explícita en los términos impositivos dichos y provenga de todos los Estados implicados excepto, claro está, del que formuló la reserva, situación en la que por no concitarse el supuesto previsto en el apartado 4.a) del mismo artículo 20 el Estado que enunció dicha reserva no será considerado parte del tratado en cuestión.

No concluye aquí el capítulo de singularidades que rodean el instituto, siendo destacable en este sentido el que el Convenio de Bruselas prime la aceptación de las reservas estableciendo al efecto un sistema de silencio positivo (que obliga correlativamente a objetar de forma expresa), todo ello en virtud de lo que sobre el particular indica el artículo 20.5 de dicho Convenio, según el cual:

«Para los efectos de los párrafos 2 y 4, y a menos que el tratado disponga otra cosa, se considerará que una reserva ha sido aceptada por un Estado cuando éste no ha formulado ninguna objeción a la reserva dentro de los doce meses siguientes a la fecha en que haya recibido la notificación

de la reserva o en la fecha en que haya manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado, si esta última es posterior.»

Queda claro el sistema que, repito, opera en favor de la aceptación de las reservas formuladas por los Estados, siendo así que mientras que ésta puede ser expresa o tácita, la objeción debe ser siempre expresa.

Ahora bien, este régimen diferencial se sustituye por uno unitario cuando la aceptación es expresa, ya que en tal caso ambos supuestos quedan enmarcados en el mismo régimen diseñado por el artículo 23.3 del Convenio, según el cual «La aceptación expresa de una reserva o la objeción hecha a una reserva anterior a la confirmación de la misma, no tendrán que ser a su vez confirmadas».

#### b') Eficacia jurídica de las reservas

Sintéticamente alude a este punto el precepto que ofrece su conceptualización, es decir, el artículo 2.1.d) del Convenio de Viena, cuando habla de «excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación en ese Estado», compendio de virtualidad cuyo detalle aparece aprontado por el artículo 21 de dicho Convenio, precepto que regula conjuntamente el alcance de la aceptación de dichas reservas y del régimen de objeción de las mismas, prescribiendo literalmente que:

«1. Una reserva que sea efectiva con respecto a otra parte en el tratado de conformidad con los artículos 19.20 y 23:

- a) Modificará con respecto al Estado autor de la reserva en sus relaciones con esa otra parte las disposiciones del tratado a que se refiera la reserva en la medida determinada por la misma.
- b) Modificará en la misma medida esas disposiciones en lo que respecta a esa otra parte en el tratado en sus relaciones con el Estado autor de la reserva.

2. La reserva no modificará las disposiciones del tratado en lo que respecta a las otras partes en el tratado en sus relaciones *inter se*.

3. Cuando un Estado que haya hecho una objeción a una reserva no se oponga a la entrada en vigor del tratado entre él y el Estado autor de la reserva, las disposiciones a que se refiera ésta no se aplicarán entre los dos Estados en la medida determinada por la reserva.»

## c') Retiro de las reservas y de sus objeciones

Prosiguiendo con el escandallo de especialidades a resaltar en este foro, el artículo 22 del Convenio de Viena compone una pieza normativa sobre el particular cuyo tenor literal es el siguiente:

- «1. Salvo que el tratado **disponga** otra cosa, una reserva podrá ser retirada en cualquier momento y no se exigirá para su retiro el consentimiento del Estado que la haya aceptado.
2. Salvo que el tratado disponga otra cosa, una objeción a una reserva podrá ser retirada en cualquier momento.
3. Salvo que el tratado disponga o se haya concebido otra cosa:
  - a) El retiro de una reserva sólo surtirá efecto respecto de otro Estado contratante cuando ese Estado haya recibido la notificación.
  - b) El retiro de una objeción a una reserva sólo surtirá efecto cuando su notificación haya sido recibida por el Estado autor de la reserva.»

De este retablo normativo se desprenden las siguientes ideas clave:

- a) La vigencia absoluta en este ámbito del principio de la autonomía de la voluntad.
- b) El derecho absoluto del Estado que efectuó la reserva y del objetor para retirar en cualquier momento una y otra.
- c) La no necesidad de que el interesado pasivo de la reserva u objeción preste ningún tipo de consentimiento.
- d) La configuración de la notificación de la retirada de una y otra con carácter condicionante de su eficacia.

c) *Normativa interna sobre el particular*

El Decreto 801/1972, de 24 de marzo, es sumamente parco en su regulación del instituto limitándose a exigir su constancia por escrito, **compelimiento** que resulta del tenor de sus artículos 21 y 27, el primero operativo cuando la prestación del consentimiento para obligarse toma cuerpo a través del consiguiente instrumento de ratificación, y el segundo, cuando tal acontece por la vía adhesiva antes mentada, siendo el tenor literal de tales preceptos el siguiente:

- «1. El instrumento de ratificación/adhesión contendrá el texto de las reservas o declaraciones formuladas por España, así como también, en su caso, las objeciones hechas por España a las reservas formuladas por otros Estados contratantes.

2. El instrumento de ratificación/adhesión a un tratado que afecte a materias cuya regulación sea competencia de las Cortes deberá consignar expresamente el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 14 de su Ley constitutiva.»

En relación con el primero de los apartados transcritos, GONZÁLEZ CAMPOS, en su obra dicha, página 147, señala literalmente que «La forma escrita es explicable en cuanto que la reserva, así como los demás actos señalados, constituyen manifestaciones del consentimiento del Estado en obligarse por el tratado. El Decreto de 24 de marzo de 1972 ha recogido este extremo, estableciendo en los artículos 21 y 27 que el instrumento de ratificación o de adhesión de un tratado respecto del cual España manifiesta su consentimiento en obligarse "contendrá la reserva o declaraciones formuladas por España, así como también, en su caso, las objeciones hechas por España a las reservas formuladas por otros Estados contratantes". La exigencia de comunicación a los Estados interesados se justifica, entre otras razones, por la posibilidad de aceptación tácita de una reserva, establecida en el artículo 20, párrafo 5 del Convenio».

En lo tocante al segundo apartado del artículo que acabamos de transcribir, el mismo asienta su *vatio* en la existencia de dos categorías de tratados por lo que afecta al proceso de su efectiva asunción estatal. En la primera de ellas, el Gobierno es soberano para decidir su conclusión sin tener que demandar ningún tipo de autorización a las Cortes, hipótesis en la que podrá efectuar, *motu proprio*, las reservas que estime oportunas, eventualidad admisible en relación con la segunda categoría, sometién dose la misma al régimen diseñado por dicho apartado 2, si bien, presentemente, el mismo queda modulado por lo previsto al efecto en el Reglamento del Congreso en los términos que luego exponremos.

## 5. PROCESO DE CELEBRACION DE LOS TRATADOS A LA LUZ DE LOS PLANTEAMIENTOS DE LA CE

### A) INTRODUCCIÓN

Hasta aquí nos hemos ocupado del tema, emitiendo opiniones propias y endosando o divergiendo de ajenas, desde netas trincheras ordinamentales internacionales si bien con livianas disgresiones hacia lo doméstico.

A partir de ahora, y siempre teniendo en cuenta el excurso sobre la dualidad competencial (interna e internacional) que resulta constatable en este foro (y cuyo punto de encuentro o eventual desencuentro acredita como referente máximo el artículo 46 del Convenio de Viena que veremos luego)

voy a aludir al proceso formativo de los instrumentos en trance de consideración desde estrictas estrategias constitucionales, aspecto que en un alarde de síntesis aparece tomado en consideración, en un enfoque de máxima globalidad, por GONZÁLEZ CAMPOS en su obra dicha, página 139, en la que puede leerse que «Los aspectos fundamentales del actual sistema constitucional español en materia de "celebración de tratados", en la fase final de este proceso, se articulan en torno a la delimitación de competencias que la Constitución establece entre los tres órganos del Estado que pueden intervenir en la manifestación del consentimiento en obligarse por un tratado: el Gobierno, las Cortes y el Rey; con la participación, en el supuesto del artículo 95, del Tribunal Constitucional, así como la intervención consultiva del Consejo de Estado, en la forma que dispone el artículo 22 de su Ley Orgánica».

Vemos, pues, que en el espectro operacional con beligerancia en este ámbito ofician todos los autores máximos del quehacer (ordinario o excepcional) diseñado por la CE, protagonistas que, unas veces, son los mismos que antaño (caso del Ejecutivo, del Poder legislativo y de la Corona) y otras veces su aparición en escena carece de precedentes (supuesto del Tribunal Constitucional), determinando la actuación de todos ellos la conclusión de los tratados que estamos viendo en unas condiciones de orquestación más o menos armónicas.

Decíamos que los intervinientes en el proceso conclusivo de los tratados son, salvo el Tribunal Constitucional, los mismos que en el pasado, aseveración que debemos acompañar con la puesta de manifiesto que sus sendos papeles han evolucionado de forma notable con el tiempo y que el anterior protagonista supremo (la Monarquía) asume en la actualidad un papel meramente protocolario, detentando por el contrario las máximas competencias en este orden de cosas las Cortes, en cuanto titulares del Poder legislativo, trueque de roles impulsado en gran medida por el proceso democratizador que ha encarnado en las Constituciones del día de hoy.

En este orden de ideas es de resaltar la novedad que supone el que el TC, en cuanto intérprete supremo de la Constitución y custodio máximo de sus esencias, pueda ser llamado a poner coto a las eventuales infracciones de sus pedimentos con motivo de la celebración de los tratados, actuación posibilitada por la vía de considerar a éstos materia de eventuales recursos y cuestiones de inconstitucionalidad (al igual que la ley) y de instrumentar para los mismos un dispositivo preventivo, a todas luces excepcional en tanto en cuanto la ley queda sustraída del mismo, a fin de evitar la incidencia del supuesto en hipótesis de inconstitucionalidad, todo ello como consecuencia de la erección de un dispositivo normativo *ad hoc* que tiene como exponentes definitivos los artículos 95.2 y 161A.d) de la CE y 27.2.c) y 78 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, preceptos que serán debidamente comentados con ulterioridad.

Este interés de la CE por el tema no es sino una constatación de la trascendencia de la figura sujeta a consideración, en su doble vertiente normológica: la externa y la interna, categoría que con el tiempo ha ganado en importancia (dado lo creciente de las relaciones internacionales de todo tipo), figura que ha tenido que hurtarse en parte del exclusivo control del Ejecutivo (heredero en esta área de las prerrogativas *ad hoc* titularizadas por la Corona), **hurtamiento** materializado en la asunción de las consiguientes competencias por parte del Poder legislativo, facultades, sin embargo, que en modo alguno pueden trasvasar los propios apremios constitucionales de la CE, en su doble consideración de norma básica, primaria o de reconocimiento, en cuyo espejo deben mirarse todas las demás en lo tocante a sus respectivos procesos de afluencia y de norma fundamental material aportadora de los criterios rectores básicos sustantivos en un sinnúmero de cuestiones, de entre las que sobresalen aquellas que apuntan a los derechos básicos, trasvasamiento cuya producción se tratara de evitar a través del recurso constitucional preventivo y que de consumarse será corregido mediante la eventual actuación reparadora del propio Tribunal Constitucional, cuya jurisdicción se extenderá, pues, al conocimiento de las hipotéticas infracciones constitucionales extrínsecas o intrínsecas cometidas en el curso del proceso conclusivo del tratado enjuiciado.

Esta es, en síntesis, la descripción del iter constitucional en este entorno, metodología que trata de dar cauce a la especificidad que supone la aparición en el cosmos jurídico del instituto sometido a debate y que si bien implica un evidente remozamiento de criterios ya desfasados, no evita la existencia en su seno de posibles disfunciones y de severos interrogantes en cuanto a su concreta operatividad tal como de inmediato vamos a ver.

#### B) PAPEL DEL GOBIERNO AL EFECTO

##### a) *Idea general*

Comoquiera que su papel no es unitario sino que depende de qué tipo de tratado se trate, considero imprescindible, a fin de lograr la máxima coherencia y exhaustividad expositiva, literalizar el retablo normativo de donde resulta el grueso de la doctrina preceptual con beligerancia en este foro, doctrina cuya trama es la resultante de los artículos integrantes del Capítulo III («De los Tratados Internacionales») del Título III («De las Cortes Generales») de la CE, artículos que van del 93 al 95, siendo el tenor del primero de ellos el siguiente:

«Mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejer-

cicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión.»

Por su parte, el artículo 94 CE apunta, también literalmente, que:

«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:

- a) Tratados de carácter político.
- b) Tratados o convenios de carácter militar.
- c) Tratados o convenios que afecten a la integridad territorial del Estado o a los derechos y deberes fundamentales establecidos en el Título I.
- d) Tratados o convenios que impliquen obligaciones financieras para la Hacienda Pública.
- e) Tratados o convenios que supongan modificación o derogación de alguna ley o exijan medidas legislativas para su ejecución.

2. El Congreso y el Senado serán inmediatamente informados de la conclusión de los restantes tratados o convenios.»

A su vez, el artículo 95 CE apunta, asimismo de forma literal, que:

«1. La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional.

2. El Gobierno o cualquiera de las Cámaras puede requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción.»

Este es el haz de preceptos a tener en cuenta en el tratamiento analítico de los títulos competenciales que en orden a la conclusión de los tratados pueden-deben esgrimir tanto el Gobierno como las Cortes, acervo preceptual que debe sintonizarse con lo postulado por el artículo 97, también de la CE, del que resulta la encomienda al Gobierno de la dirección de la política exterior del Estado, núcleo de dirigencia en el que resulta perfectamente entrañable la parcela ejercitativa del *ius tractatus* conferido al Estado.

Teniendo a la vista el reparto de papeles que resulta del bloque de preceptos dichos, podríamos aludir a su significado bien desde una perspectiva unitaria, analizando de forma conjunta el rol asignado por ellos al Gobierno y a las Cortes o bien estudiando separadamente el protagonismo de los mismos, sistema que voy a seguir para mayor claridad expositiva

aunque siempre reconociendo que tal separación nunca puede ser tajante en base a que en realidad del conjunto ordinamental dicho lo que resulta evidente es un encargo de colaboración entre el Ejecutivo y las Cortes, en este ámbito de competencias evidencia que impone una tilde de cautela en lo que se refiere al análisis diferenciado de los indicados papeles.

Como ya apuntamos con anterioridad, el protagonismo del Ejecutivo en las áreas negociadoras era absoluto, sin perjuicio de que en el desarrollo de esta tarea pudieren existir controles de carácter predominantemente político.

Una vez adoptado y autenticado el texto del tratado objeto de la negociación, el papel del Gobierno continúa siendo absolutamente prevaleciente, siendo así que la actividad que podría considerarse homologa en esta sede a la iniciativa legislativa propia de las áreas de la producción de normas con rango de ley también se halla por completo en manos del Ejecutivo, careciendo de ningún tipo de competencias al efecto ni las Comunidades Autónomas, ni las Cortes ni el pueblo, a diferencia de lo que acontece con el aludido procedimiento de promulgación de leyes, íter en el que acreditan habilidades al efecto no sólo el Gobierno sino también el Congreso, el Senado, la Asamblea de las Comunidades autónomas y el indicado pueblo, ex artículo 87 CE.

Y no sólo ello, sino que también es de señalar que instrumentada la intervención autorizativa de las Cortes en apelación a un neto criterio *rationae* materia encarnado en la inserción en los artículos 93 y 94 de un listado de hipótesis a considerar, el lógico complemento de este dispositivo constitucional es el de la previa calificación del tratado a autorizar, calificación (cuya competencia también resulta atribuida en exclusividad al Gobierno) que debe operar en aras al contenido del mismo y que determinara su no subsunción en el aludido listado o la alternativa contraria, disyuntiva que por su importancia merece un tratamiento diferenciado que efectuaremos luego.

No quiero concluir este apunte introductorio sin poner de relieve el hecho de que para la Constitución, el rol del Ejecutivo en estas áreas continúa siendo de una importancia extraordinaria y no sólo por lo que acabo de mencionar en relación con la negociación de los tratados y la praxis de la solicitud de autorización al efecto (cuando ésta sea imprescindible) sino porque en todo caso el Gobierno es quien emite la declaración de voluntad estatal para obligarse por medio del instrumento en cuestión y ello no sólo cuando pueda hacerlo por su propio imperio (hipótesis que se da cuando el tratado no encaja en ninguno de los casos en los que según la preceptiva constitucional se requiere una ley de reforma de la propia CE o una autorización explícita al efecto) sino en todo evento, es decir, cuando tales complementos de capacidad o previa modificación constitucional se demanden.

Podría pensarse que lo expuesto es una cuestión teórica y profesoral, pero entiendo que no es así y ello porque de lo explicado se pueden extraer importantes consecuencias prácticas.

Así, y del hecho de que la aludida intervención gubernativa resulta imprescindible y de trascendencia extrema se deriva el que en aquellos casos en los que ésta no haga acto de presencia o existan graves deficiencias procedimentales en su tramitación el tratado adoptado sólo sería una apariencia del mismo, adoleciendo en su calidad de tal de una insanable nulidad absoluta. Por el contrario, si tal intervención gubernativa ha tenido lugar, el tratado que se haya convenido sin la intervención de las Cortes podrá adolecer de lo que REMIRO BROTONS, en la obra colectiva aludida, página 544 califica de «inconstitucionalidad extrínseca», es decir, de la que aflora cuando se han infringido los preceptos de la CE que actúan como normas primarias o de reconocimientos, es decir, aquellos que tutelan la producción (escalonada) de las normas, o como señala el autor citado, cuando se hayan vulnerado «los preceptos constitucionales —y de los que no siéndolo, se integran en el denominado bloque de constitucionalidad— que ordenan la participación de los distintos poderes del Estado en la celebración de los tratados internacionales».

En este supuesto de «inconstitucionalidad extrínseca» máxima (y utilizo este calificativo para separar el caso del anterior en el que la vulneración de las normas constitucionales se arroja del arquetipo de la hipérbole) la solución no sería la de demandar la nulidad absoluta del tratado emergido, sino la de la relativa, declarable sólo por la vía de la intervención reparadora del Tribunal Constitucional, caso en el que encaja perfectamente el supuesto con que el autor citado ejemplifica su aseveración al efecto. «Piénsese —señala el mismo—, por ejemplo, en que el Gobierno, sin autorización de las Cortes, concierte un tratado encuadrable en uno de los apartados del artículo 94.1 de la Constitución, o en que se preste el consentimiento a un tratado de los previstos en el artículo 93 sin que la autorización se formalice mediante ley orgánica».

Ciertamente —y *a priori*— resultaría atendible la postura que en relación con los casos últimamente objetivados propusiese la solución que yo he reservado para las hipótesis de cataclismo procedimental, es decir, cuando el producto que se pretende hacer valer como tratado no ha sido sancionado por el Gobierno, pero siempre y cuando constase palmariamente la rebeldía de éste a conseguir la autorización obviada, solución, sin embargo, en modo alguno ausplicable cuando tal intervención se margina en virtud de la previa «calificación» *ad hoc* del propio Gobierno, hipótesis en la que aun cuando tal calificación fuese manifiestamente errónea únicamente cabría la anulación del Tratado en cuestión por la vía del enjuiciamiento constitucional antes apuntado.

En relación con esta problemática, lo que procede resaltar ahora (aun cuando la cuestión resurgirá ulteriormente) es que el ejercicio del *ius tractatus* por parte del Ejecutivo se arroja de unos caracteres de singularidad realmente notables y de muy difícil entendimiento atendiendo a los patrones de jerarquía y competencialidad al uso, siendo así que estos referentes conceptuales cuya entrada en juego resulta esencial para el correcto desenvolvimiento de la teoría normativa sólo acreditan una virtualidad muy limitada cuando de lo que se trata es de precisar el papel asignado al tratado en el marco ordinamental interno del Derecho español (tema que abordaremos con ulterioridad).

Lo que nos interesa remarcar ahora es que de *excursus* competencial que vamos a iniciar, no se puede extraer ninguna consecuencia coherente en relación con esta problemática, ya que, en puridad, todos los tratados son «gubernamentales», y por ello, procediendo su íntegra globalidad del mismo orden competencial, todos ellos acreditan idéntico rango jerárquico, aseveración de la que es un lógico corolario el que no pueda interpretarse el nomenclator consignado en los artículos 93 al 95 CE en clave de jerarquía, ya que ni siquiera el aspecto formal más sobresaliente de esta condición (el relativo a la inmunidad de unos productos jurídicos a resultar derogados por otros posteriores contradictorios) opera en este foro, siendo así que los indicados tratados quedan totalmente al margen de la teoría general derogatoria, considerada ésta en su inteligencia normal.

Ahora bien, tampoco el principio de competencia opera en plenitud en esta sede, ya que para que así sucediese sería indispensable desapoderar en algunos casos de todas sus facultades gestoras al Gobierno, desapoderamiento que no se produce en modo alguno siendo así que éste, incluso cuando *ratione materiae* necesite el complemento de capacidad que le es ofertado por la intervención *ad casum* de las Cortes, continúa desempeñando importantes funciones al respecto, razón que determina el que tal principio competencial sólo actúe de forma limitada, y absolutamente tonalizada, en estas áreas.

Que esto es así, y que el rol del Gobierno, en sede incluso de los tratados incluidos en el escandallo especial de posibilidades resulta decisivo lo demuestra suficientemente no sólo lo expuesto sino también el dato de que una vez conseguida la autorización para actuar, el Gobierno puede hacer caso omiso de la misma, es decir, puede dejar de prestar el consentimiento para obligar al Estado cuya autorización se demandó y se obtuvo, tema muy bien debatido por REMIRO BROTONS en su libro antes dicho, página 155, en el que puede leerse sobre el particular que:

«La intervención de las Cámaras es vinculante a un solo efecto. La denegación de la autorización bloquea el camino del tratado hacia su per-

feccionamiento; la concesión no supone, en cambio, que ese camino haya de ser forzosamente recorrido. Las Cortes poseen un derecho de veto sobre la conclusión en la medida en que ésta no es válida sin su autorización; pero obtenida la autorización, la conclusión no es jurídicamente forzosa. Es el Gobierno quien, en última instancia, decide según su criterio sí y cuándo manifestar el consentimiento del Estado.»

Siendo ello así, es decir, compitiendo al Gobierno el ejercicio del *ius tractatus*, o sea, la posibilidad de obligar internacionalmente al Estado en todo caso (aunque con la autorización de las Cortes en determinados supuestos), se plantea la cuestión de la naturaleza jurídica de la intervención de éstas, tema que también podría ser debatido cuando aludamos monográficamente a su papel en este foro, pero que preferimos analizarlo ahora porque su estudio sirve en gran medida para una cabal comprensión de las facultades *ad hoc* del Gobierno.

Si se hubiera pretendido minimizar el papel de éste en el foro metodológico objeto de observación, los constituyentes podían haber ubicado el grueso competencial en el potencial operativo de las Cortes, en cuyo caso el Gobierno se hubiera convertido en un simple transmisario mecánico de la encomienda proveniente al efecto de las mismas, sin facultad alguna para dejar de hacer lo ordenado por éstas, hipótesis en la que una vez convenida parlamentariamente la asunción obligacional del tratado en cuestión, el Gobierno quedaba totalmente incapacitado para dejar de hacer lo previamente aprobado. Si, por el contrario, y en una relación absolutamente de adverso con la descrita, se hubiera pretendido optimizar las funciones del Gobierno se hubiera optado por confinar la virtualidad de la autorización discernible por las Cortes a la entrada en vigor internacional o interna del tratado, siempre partiendo de que el mismo hubiese sido ya legítimamente asumido en toda su integridad en aras a la estricta actuación gestoría del Gobierno.

Ambas posibilidades quedaron en el tintero y la que prosperó fue la intermedia, que es aquella que entraña su ratio en la idea del complemento de capacidad, sin cuya concurrencia *ad casum* el tratado celebrado, si bien no nulo, adolece de un vicio de validez que, debidamente enjuiciado por el Tribunal Constitucional, puede dar lugar a su ulterior anulación, tesis, en suma, que es la **meritada** por REMIRO BROTONS, que en su obra dicha, página 152, tras aludir a las dos hipótesis antes enumeradas, señala que «La Constitución española de 1978 se ha inclinado por sujetar la conclusión, no de todos, pero sí de las amplias categorías de tratados tipificados en los artículos 93 y 94.1, a la autorización de las Cortes. Configurada como condición de validez de la prestación del consentimiento del Estado desde una perspectiva constitucional internacionalmente relevante y no como una

mera condición de su entrada en vigor internacional o de su eficacia interna. Su planteamiento ha sido acertado tanto política como técnicamente».

Vemos, pues, lo favorable de la valoración emitida por dicho autor, quien asimismo se encarga a seguidas de explicitar las razones de su emisión, así políticas como técnicas, binomio del que nos interesa ahora sólo el último de sus componentes, constituyendo la razón de ser de tal juicio positivo el hecho de que en la Constitución se obviarán expresiones equívocas, ciertamente de uso generalizado en otros foros, tales como los de aprobación o ratificación, términos cuya eventual utilización en este entorno genera severos interrogantes acerca de su significado en el mismo, tema al que destina el autor citado, en su dicha obra, página 155, la siguiente reflexión literal. «Estas expresiones (las que acabamos de barajar, es decir, las de aprobación y/o ratificación) originan confusiones porque: 1) favorecen la creencia errónea de que son las Cortes las que aprueban o ratifican en el orden internacional el tratado, esto es, manifiestan el consentimiento del Estado mediante la aprobación o la ratificación; y, 2) no aclaran, sino todo lo contrario, el momento de la intervención de las Cortes —y previo, no posterior a la **conclusión**—, pues ratificar es, en el uso lego y vulgar del lenguaje, «aprobar o confirmar actos, palabras o escritos».

b) *Especial alusión a la calificación de los tratados*

En esta especie de instrumento de precisión en que se ha materializado la intervención competencial de los poderes del Estado en el ámbito de la prestación del consentimiento para obligarse por vía de tratado resulta evidente que la operatividad del sistema de lista positiva entronizado por la preceptiva *ad hoc* sólo puede entrar en juego si el Gobierno, tras la consiguiente negociación, adopción y autenticación del tratado, se desase de su competencialidad de ejecutividad inmediata en este orden de cosas, encarnada en la posibilidad de prestar su consentimiento obligacional al efecto sin intervención de las Cortes, dejación de posibilidades que se produce en virtud de la consiguiente adveración por su parte de que el tratado en cuestión es uno de aquellos que por su contenido encaja en el marco de sustantividad descrito por los artículos 93 y 94 CE.

Esta decisión gubernativa, que produce un doble efecto, uno de signo negativo (que acabamos de describir) y otro positivo, que toma cuerpo en el consiguiente reconocimiento competencial de las Cortes, recibe el nombre de «calificación del tratado» y su fuente conformativa concreta deriva de una interpretación coherente del artículo 94 CE, ya que si de éste se deduce que el Gobierno debe informar de forma inmediata a las Cortes de la conclusión de los tratados no comprendidos dentro del radio de acción

del apartado 1 del propio artículo (y del anterior) parece lógico pensar, por ser un *prius* de cualquier íter de ulterior operatividad al efecto, que la aludida calificación queda forzosamente en manos del Ejecutivo, tesis en favor de la cual milita también, como argumento *a fortiori*, la praxis seguida bajo el imperio normativo del Decreto de 24 de marzo de 1972.

Precisamente por constar con tales antecedentes (y también por motivaciones más sólidas y consistentes) durante los trabajos parlamentarios orientados al alumbramiento de la CE hicieron acto de presencia determinadas corrientes de opinión orientadas a poner en manos de las Cortes la calificación a la que estamos haciendo mérito, vaciando así de sentido la hegemonía gubernativa al respecto, tesis profundamente democratizadora que a la postre no prosperó en razones de estricta obediencia utilitarista, que sintetiza muy bien REMIRO BROTONS en su colaboración en la obra colectiva antes dicha, al apuntar literalmente, en su página 464, que «Si todos los tratados debían ser comunicados a las Cortes antes de la prestación del consentimiento del Estado en obligarse, habría que decir adiós a los concluidos de forma simplificada, con las consiguientes desventajas para la fluidez de las relaciones internacionales. Si todos los tratados debían pasar por las Cortes antes de su conclusión para la debida calificación de su tramitación parlamentaria, ¿a qué un sistema de lista?»

En suma, pues, el papel gubernativo hegemónico en este orden de cosas continúa, si bien, y como una especie de compensación por la pérdida de competencialidad al respecto por parte de las Cortes, la Ley Orgánica del Consejo de Estado impone al Ejecutivo la carga de consultar a su Comisión Permanente, y ello en relación con todo tipo de tratados, sobre si los mismos necesitan de la «autorización de las Cortes Generales con carácter previo a la prestación del consentimiento del Estado», *ex* artículo 22.1, exigencia cuya instauración responde a cánones providentes, pero de cuya real utilidad puede justamente dudarse, siendo a este respecto sumamente crítico con su praxis (o mejor, con la ineluctable operatividad de la misma en todo caso) REMIRO BROTONS, en su colaboración en la obra colectiva antes apuntada.

Con independencia de esta cautela, lo cierto y verdad es que si el Gobierno yerra en sus criterios calificadorios no sólo se hará acreedor de la consiguiente repulsa política, sino que los tratados que haya hurtado indebidamente a la pertinente autorización de las Cortes adolecerán de la consiguiente tacha de invalidez a la que antes hicimos mérito, pudiendo, en su caso, y tras el oportuno desencadenamiento de la acción revisora del Tribunal Constitucional, ser objeto de la consiguiente anulación por parte del mismo.

Ahora bien, en ocasiones lo que ocurre no es que el Gobierno sustraiga el tratado en cuestión a la acción competencial de las Cortes sino que éstas

discrepan de la calificación efectuada, discrepancia que para tener relevancia debe versar sobre la inclusión o no del mismo en el marco del artículo 93 o el del 94, postulándose lo primero por las Cortes y lo segundo por el Gobierno (siendo también teóricamente admisible la situación inversa, aunque su posibilidad sea estadísticamente menos frecuente).

En este caso, de máxima tensión entre el Gobierno y las Cortes, los autores mantienen posturas encontradas, y así, mientras que un determinado sector doctrinal considera que en el mismo anida un conflicto de competencias a dirimir en su caso por el Tribunal Constitucional (ARACELI MANGAS), otro, del que participa REMIRO BROTONS tras discrepar de esta tesis, por entender que en la calendada eventualidad no se da propiamente tal conflicto, ya que cada uno de los Poderes intervinientes —y **discrepantes**— hace uso legítimo de sus propios títulos competenciales, uso que, sin embargo (cuyos confines y peculiaridades de activación se discuten), centra la cuestión en el terreno político y en el de la eventual **actuación** del TC.

Así, en su colaboración a la obra colectiva dicha, tras hacerse eco de la cuestión (y aludir a la tesis que acabamos de evidenciar removiendo considerativamente sus cimientos) pone el dedo en la llaga de la auténtica incertidumbre señalando literalmente (en la página 469) que:

«De todas formas, este no es el problema que verosímilmente va a plantearse: la formación de la voluntad orgánica de las Cámaras requiere una mayoría que, normalmente, en un régimen parlamentario es la que apoya al Gobierno. El problema real lo plantean las minorías discrepantes con la calificación del Ejecutivo. Sin duda, los grupos en la oposición —como ocurrió al tramitarse la adhesión al tratado de la Organización del Atlántico Norte, encuadrado por el Gobierno en el artículo 94.1— harán propuestas de recalificación que serán rechazadas por la mayoría. Pero eso no garantiza la constitucionalidad del acuerdo. Las minorías deberían contar en ese momento —y no **cuentan**— con un recurso ante el tribunal constitucional. Nada impedirá, en cambio, que puedan plantearlo —**situación** y solución **insatisfactorias**— una vez estipulado y vigente el tratado.»

c) *Otras funciones gubernamentales en este orden de cosas*

a') *Introducción*

Con lo dicho —y con ser ello **importante**— no se acaba de describir el papel del Gobierno en punto a la celebración de los tratados, debiendo aludirse ahora a otra serie de funciones también titularizadas por el mismo que entrañan su ratio en una buena llevanza del sistema ordenado por la

Constitución, funciones que son de orden excluyente ya que si comparece una la otra queda correlativamente descartada y que hacen referencia a la iniciativa para que intervengan competencialmente las Cortes o bien a la comunicación a las mismas del tratado concertado en la hipótesis de que tal intervención no se requiera.

b') Iniciativa para la intervención parlamentaria al efecto

Todo el esquema competencial diseñado por la CE se basa en la forzada intervención **autorizativa** de las Cortes en relación con una determinada categoría de tratados, listado que tendremos ocasión de analizar con **ulterioridad**.

Ahora bien, la entrada en liza del dispositivo instrumentado al efecto requiere, por un lado, que el Gobierno, previa valoración del tratado a convenir, llegue a la conclusión —**decida, en suma**— que es uno de los **subsumibles** en el rol de supuestos consignado en los artículos 93 y 94 CE, y por otro, que se decida a iniciar el procedimiento **autorizativo** que compete sustanciar mediante la remisión del texto al Congreso, remisión que debe efectuarse de conformidad con lo previsto en la CE y en el Reglamento de dicho Congreso y cuyo cometido es análogo al que desempeña en el proceso legislativo la iniciativa para su activación.

Ello alegado, tengo que puntualizar que en esta sede no caben decisiones adventicias a la propia del Gobierno en punto a dicha iniciación, pudiendo colacionarse como escudo de esta aseveración todo aquel rimero de preceptos que en el foro de la negociación de los tratados protegían el núcleo duro del poder gestor de dicho Gobierno de injerencias ajenas, preceptos, en suma, que son los alojados en el artículo 87 CE, en sus tres apartados.

Así pues, el Ejecutivo, una vez negociado, adoptado y autenticado el texto del tratado de que se trate (y previa su calificación de que el mismo debe ser autorizado por las Cortes) procederá a su envío a las mismas a los efectos pertinentes, siendo de destacar sobre el particular el que ni en la CE ni en el Reglamento del Congreso (órgano que es el prístino destinatario de tal envío) se establece plazo alguno dentro del cual pueda el Gobierno adoptar el acuerdo de remitir a las Cortes el texto del tratado en cuestión, aunque sí que se prevé un determinado lapso de tiempo para que la remisión a las dichas Cortes tenga lugar una vez que tal acuerdo (del Consejo de Ministros) haya sido adoptado, término al que se refiere el apartado 3 del artículo 155 del **meritado** Reglamento del Congreso (de 10 de febrero de 1982), según el cual:

«La solicitud a que se refiere el apartado anterior será presentada por el Gobierno al Congreso, dentro de los noventa días siguientes al acuerdo del Consejo de Ministros, plazo que, en casos justificados, podrá ser ampliado hasta ciento ochenta días. En este último supuesto, y una vez transcurridos los noventa días iniciales, el Gobierno estará obligado a enviar al Congreso una comunicación motivando documentalmente el retraso.»

Ni qué decir tiene que el significado de este plazo es muy diferente del que poseía el conformado por el que fue el artículo 109.3 del Reglamento provisional del Congreso de 13 de octubre de 1987, expresivo de que el Gobierno debía presentar a dicha Cámara los tratados que demandan su autorización dentro de los tres meses posteriores a la fecha de la firma, plazo cuya operatividad era, por razones obvias, de una rigurosidad total, característica que no se puede postular para el previsto por el indicado artículo 155.3, siendo así que bajo su régimen, el Gobierno no se halla coercido por la existencia de ningún término concreto a adoptar la decisión de remitir el tratado de que se trate al Congreso, y sin tal decisión no cabe exigir ésta, razón por la que la idea del plazo en este caso carece de la más mínima virtualidad.

En relación con esta vertiente de la operatividad conectada con la intervención de las Cortes en este campo, es evidente que no pudiendo ser compelido el Gobierno a prestar el consentimiento dentro de ningún plazo determinado a contar desde el día en que se obtuvo la autorización al respecto carecería de toda lógica conminarle a que adopte, dentro de un tiempo predeterminado, la decisión de enviar al Congreso el instrumento a efectos de recabar la meritada autorización, o dicho de otro modo, y recojo así el tenor literal de una aseveración al efecto de REMIRO BROTONS; en su obra dicha, página 179, «Es contrario a la lógica y a la economía forzar la autorización de un instrumento que aún no se sabe si se va a concluir».

De todos modos, ello no quiere decir que la presunta inactividad del Gobierno en torno a una toma de decisiones al efecto resulte siempre legítima, existiendo casos en los que resulta cortocircuitada por vía convencional tal hipotética actitud de pasividad, sucediendo también lo propio por la misma naturaleza del proceso de prestación de consentimiento utilizado.

A ambas eventualidades de compelmiento a la acción, con el consiguiente síncope de cualquier actitud obstruccionista al efecto, se refiere el autor citado *ut supra*, en su dicha obra, página 178, en la que puede leerse que «La propia naturaleza de las cosas y, en concreto, de la forma del consentimiento elegida para obligarse, impone un límite a la discrecionalidad del Gobierno: si el consentimiento se deduce del simple transcurso de un plazo o del agotamiento de un término, sin manifestación en contrario, el Gobierno habrá de ir a las Cortes en tiempo útil, antes de que aquél se perfeccione».

Es tan claro el significado de lo expuesto que una reinterpretación del mismo resultaría totalmente improcedente, claridad asimismo visible en la alusión que el mismo autor efectúa al otro supuesto antes mencionado, es decir, aquel en cuyo seno se yugulan, por vía convencional, hipotéticos comportamientos abstencionistas, refiriéndose a este caso en los siguientes términos literales (resultantes de la pág. 178 de la misma obra): «Cabe recordar que los miembros de la OIT se comprometen, en virtud del art. 19.5 de su Carta Constitutiva, a someter los convenios elaborados en su seno a las autoridades competentes para su ratificación en el plazo de un año —o diez y ocho meses, de mediar circunstancias excepcionales— desde la clausura de la sesión de la Conferencia que los aprobó».

Tras este breve recordatorio de ciertos principios angulares con funcionalidad en estas áreas, tengo que referirme al plano de estricta beligerancia operativa al efecto, y en este sentido tengo que evidenciar que su reducto de practicidad se alberga en un bloque de preceptos *ad hoc*, tanto de la CE como de los reglamentos del Congreso y del Senado, conjunto de ordinalidad especializada cuyo comentario dejó para un momento ulterior, que será aquel en el que aborde el tema de la intervención autorizativa de las Cortes en esta sede.

De todos modos, y por estricta coherencia con el alcance de este epígrafe (en el que intento radiografiar el papel del Gobierno en la etapa final de la celebración de los tratados), creo que debo testimoniar el significado del artículo 155.2 del Reglamento del Congreso, precepto del que sólo nos interesa su inciso primero (único que acredita un encuadre lógico en este preciso momento expositivo), y cuyo tenor, que se constituye en el albacea de lo que fue propuesto en su día por los artículos 20 y 26 del Decreto 801/1972, es el siguiente:

«El Gobierno solicitará de las Cortes la concesión de dicha autorización (la que ésta debe emitir *ad casum*), mediante el envío al Congreso de los Diputados del correspondiente acuerdo del Consejo de Ministros junto con el texto del tratado o convenio, así como de la memoria que justifique la solicitud y las reservas y declaraciones que el Gobierno pretendiera formular, en su caso.»

#### c') Funciones informativas del mismo

Es evidente, teniendo en cuenta el fin que se busca con el cumplimiento de esta función, que la misma sólo se reviste de realidad en aquellos casos en los que no acaezca lo sumariamente descrito *ut supra*, porque, una de dos, o tiene lugar el iter iniciático explicado, o se da curso a la información

que constituye el tema de este subepígrafe, información cuya beligerancia se contrae a aquellos supuestos en los que la prestación del consentimiento para obligarse en este campo dimana con exclusividad del Gobierno, sin que las Cortes tengan nada que decir *a priori*.

Ahora bien, esta falta de protagonismo inicial se pretende compensar con uno eventualmente posterior a la adopción del tratado de que se trate, sistema cuya operatividad acredita como sustentáculo básico el conocimiento del tratado sustraído al régimen de autorización descrito por los artículos 93 y 94.1, CE, razón por la que el apartado 2 del artículo últimamente mencionado apunta literalmente que «El Congreso y el Senado serán inmediatamente informados de la conclusión de los restantes tratados o convenios».

En lo que atina a la objetivación de la aludida información, esta se centra en primer término en el hecho de la celebración del tratado de que se trate, pero no sólo en ello, sino también en su tenor, aspecto que si bien resultaba algo confuso en el mensaje *ad hoc* proveído por el indicado artículo 94.2 CE ha quedado suficientemente clarificado a través del *dictum* del artículo 159 del Reglamento del Congreso, según el cual «De las comunicaciones del Gobierno, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 94.2 de la Constitución y de los textos de los correspondientes tratados o convenios, se dará cuenta inmediatamente, para su conocimiento, a la Comisión de Asuntos Exteriores de la Cámara».

En lo referente al dato cronológico de tal información, no existe ciertamente un plazo concreto, pero sí una exigencia de que ésta tenga lugar sin dilación, o sea, inmediatamente, tal como predicen simétricamente los artículos 94.2 CE y 159 del Reglamento dicho, apremio que impone, tal como precisa REMIRO BROTONS en su indicada obra (pág. 196) que la meritada notificación se preste «tan pronto el tratado ha sido definitivamente estipulado, siendo en todo caso irregular el que se produzca sólo después de su publicación en el *BOE*».

Lo que sucede es que no se halla previsto ningún tipo de sanción jurídica para el supuesto de que tal información no acontezca, ni inmediatamente ni nunca, circunstancia que provoca la falta de completud normativa del precepto que la impone y que determina el que su eventual incumplimiento por parte del Gobierno no sea ni mucho menos una posibilidad extravagante.

En relación con la información objeto de comentario, se debate acerca de su función, y en tal sentido tengo que decir que una vez que el Congreso conoce de la celebración del tratado de que se trate (y de su texto) puede, o bien darse simplemente por enterado, o bien en aquellas hipótesis en las que a su juicio exista una vulneración del marco competencial diseñado por los artículos 93 y 94.1 CE, aprobar mociones o proposiciones de ley demandando su anulación, solución cuya practicidad consiste en denunciar

directamente los mismos, por su inconstitucionalidad extrínseca, ante el TC, y ello siempre que no se prefiera la variante de ratificar el instrumento que fue inicialmente hurtado a su conocimiento, ratificación sanadora de los vicios conformativos de que adoleciere desde su inicio.

C) PAPEL DE LAS CORTES AL EFECTO

a) *Introducción*

Teniendo en cuenta que la normativa internacional deja en manos de las sendas preceptivas domésticas la elección del cauce por donde impulsar la celebración de los tratados es evidente que el papel de los Parlamentos, en cuanto titulares del Poder Legislativo (y de otras potestades constitucionales) dependerá de lo que las mismas ordenen.

De todos modos es de resaltar el creciente papel que los indicados parlamentos han ido asumiendo en este orden de cosas, «robando» cuotas de poder en estas áreas a los hasta ahora todopoderosos Ejecutivos, obligándoles a compartir, de una manera u otra, su competencialidad al efecto, fenómeno detectable incluso en aquellos países en los que, dado su peculiar sistema jurídico general, el denominado en fórmula anglosajona *treaty-making-power* queda atribuido prácticamente en exclusividad formal bien al Ejecutivo o bien a la Corona, supuestos que son, respectivamente, los que afectan a EE.UU. y a Gran Bretaña.

Más diáfano se presenta el proceso de democratización en relación con los Estados cuya columna vertebral normativa reposa sobre los sistemas de Constitución escrita y cerrada, en los que no se ha cejado, a través de un procedimiento cuyo punto de arranque cabe fijar en el Decreto aprobado por la Asamblea constituyente francesa de 22 de mayo de 1790, en la erosión de uno de los tradicionales privilegios del Monarca (y de los Ejecutivos, en general) en este campo, proceso que ha dado pie a una intervención competencial de los Legislativos de muy diverso porte, pero con un mismo común denominador democratizador.

Ahora bien, con independencia de todo lo explicado, es de notar el polimorfismo intrínseco de la aludida intervención y ello en un doble sentido:

- a) En cuanto a la concreta articulación de esta praxis limitadora, que oscila entre la absoluta cogestión con los Ejecutivos a la mera complementación de sus habilidades *ad hoc*.
- b) En cuanto a la extensión objetiva de sus títulos competenciales que, o pueden extenderse a todo el hipotético acervo de tratados a convenir o sólo a una o varias categorías de ellos.

Con abstracción de esta evidencia es de recalcar ahora el desorden con que se ha encauzado el **meritado** proceso democratizador, en el que en muchas ocasiones se han cometido entrecruzamientos competenciales imperdonables entre los ordenamientos internos y los internacionales, y aflorado fundadas dudas especialmente en lo tocante a qué clase de asentimiento, consentimiento o complementación debía prestarse por los Parlamentos, punto que se resolvió muchas veces en falso introduciendo el vocablo «ratificación», término de honda raigambre en sede internacional y que utilizado en la doméstica engendraba importantes incertidumbres.

Tras esta serie de reflexiones generales voy a aludir ya directamente al sistema que gobierna la intervención de las Cortes en este foro, esquema ordinamental que es el delineado por los artículos 93 al 95 CE, bloque preceptual aportador del mensaje fundamental sobre la materia y cuyo complemento ejecutivo aparece aprontado por los sendos Reglamentos del Congreso y del Senado.

Como quiera que ya hemos literalizado con anterioridad los artículos 93 y 94 CE, voy a hacer ahora lo propio con el 95, precepto que sienta literalmente que:

- «1. La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional.
2. El Gobierno o cualquiera de las Cámaras pueden requerir al Tribunal para que declare si existe o no esa contradicción.»

Tras la literalización de este artículo, y después de señalar que la normativa contenida en los indicados Reglamentos irá apareciendo en el momento oportuno en el curso de estas observaciones, voy a ocuparme ahora en debatir el tema, efectuando, en primer término, una radiografía básica del diseño general instrumentado, y después descendiendo al detalle de los artículos que integran su espectro de actuación.

En cualquier caso, la *ratio* de la intervención de los Parlamentos en el proceso de celebración de los tratados es evidente, ya que si los mismos acreditan la titularidad de un haz más o menos extenso de funciones, es lógico que también tengan la facultad de controlar, en lo necesario, la intangibilidad del mismo, y no cabe duda de que éste podría quedar en entredicho mediante la asunción por parte del Ejecutivo de tratados que incidieren, de adverso, en dicho acervo competencial.

Es cierto que existen otros procedimientos de salvaguarda de las potestades exclusivas de los Parlamentos en su eventual colisión con los apremios que en su caso pudieren emerger de los tratados (caso de Inglaterra, que obliga a la transposición por Ley de las estipulaciones de los mismos a fin de que puedan acreditar virtualidad interna, o de otros países que

otorgan a las prescripciones convencionales carácter reglamentario), pero ninguno de ellos resulta plenamente satisfactorio ni en el plano doméstico ni en el internacional, siendo frecuente en éste el desencadenamiento de responsabilidades internacionales por parte de aquellos Estados que, ateniéndose a los sistemas alternativos, no puedan efectuar debidamente la trasposición dicha o vean vulnerados sus compromisos internacionales por normas internas de rango superior a las estipuladas por el tratado en cuestión.

En aras a lo explicado, la intervención autorizativa de las Cámaras resulta plenamente justificada, pudiendo agregarse a toda esta suerte de reflexiones otras que endosan esta competencialidad parlamentaria, refiriéndose a este apunte justificador REMIRO BROTONS, en su obra dicha, página 151, autor que señala literalmente sobre el particular que «A estas razones (las indicadas *ut supra*) podrían añadirse otras. Así, si las Cámaras controlan la acción del Gobierno parece aconsejable que los tratados de una cierta importancia cuenten con su aceptación antes de devenir internacionalmente efectivos: de ahí el control jurídico sobre los tratados estrictamente políticos cuya ejecución no comporta gastos ni reclama su actividad legislativa. Adviértase, por último, que rechazar la intervención de las Cámaras sería convertir en papel mojado los límites legales a la acción negociadora del Gobierno que se hayan podido establecer».

#### b) *Caracterización genérica de tal intervención*

Partiendo de la base de su esencialidad —por mor del impulso democratizador que se hace patente en cuanto al ejercicio del *ius tractatus* por parte del Ejecutivo—, el ordenamiento constitucional español, en cuanto oportunamente racionalizador de la estructura de poder estatal, no puede decirse que haya adoptado posturas revolucionarias en este ámbito, siendo así que el sistema elegido por el mismo parte de una conservación más que estimable del gramaje de poder detentado por dicho Ejecutivo, que mantiene, tal como advertimos con anterioridad, la iniciativa en cuanto a la negociación, el desarrollo concreto de ésta, la adopción y autenticación del texto del tratado negociado, la calificación del mismo, la iniciativa en cuanto a la presentación a las Cortes (cuando ello sea necesario) y la libertad para, una vez obtenida tal autorización, vincular definitivamente al Estado.

Todo este escandallo de potencialidades hace visible el protagonismo del Gobierno en este sector, siendo ello una pura consecuencia de la influencia decisiva que en este orden de magnitudes ejerce el artículo 97 CE atributivo de la potestad gestoría internacional (en general) al Gobierno.

Así pues, es obvio que los constituyentes no escatimaron al Gobierno su

núcleo de agenciabilidad en este foro, ni lo supeditaron a funciones meramente formularias ni lo limitaron a lo estrictamente ejecutivo (en el plano internacional o interno), puntos que ya tuvimos ocasión de considerar cuando nos referimos a la potestad del Gobierno en estas áreas.

El sistema democratizador que prevaleció fue, en suma, el de exigir la autorización previa de las Cortes sólo cuando el tratado a convenir fuese uno de aquellos que pudieren ser subsumidos en el listado instrumentado al efecto por los artículos 93 y 94.1 CE.

Ahora bien, con la instauración de este sistema quedaban excluidos otros posibles (siempre partiendo de la misma filosofía intervencionista que constituye la médula del que ha prevalecido) y que en síntesis son o bien someter todos los tratados a autorización previa de las Cortes (fuese cual fuese su contenido) o bien no seguir un canon tan riguroso, pero demandar la activación de la competencia de las mismas en base a la concreta rotulación del tratado en cuestión o de sus propias exigencias acerca de tal intervención competencial.

En relación con esta trilogía de alternativas, cuya hipotética practicidad no mereció el favor de los constituyentes, tengo que señalar que la primera, es decir, la materializada en la exigencia de someter todo tipo de tratados a la homologación previa de las Cortes contaba con precedentes autorizados, siendo así que fue la primera de las soluciones adoptadas por los sistemas parlamentarios, habiendo tenido también acogida en nuestro ordenamiento, concretamente, en los Reglamentos del Consejo de Regencia de 1811, 1812 y 1813.

Ahora bien, este sistema, que por su propio perfil ontológico constituye el *desideratum* de cualquier intento democratizador en cuanto beligerante en este ámbito, resulta inoperante por sus propias dimensiones, cuestión a la que alude REMIRO BROTONS, en su colaboración a la obra colectiva antes dicha, página 461, en la que puede leerse sobre estos extremos que «Ahora bien, la sumisión de la conclusión de todos los tratados a la autorización parlamentaria —**cronológicamente** el primer sistema **instaurado**— es incompatible con la intensidad de las actuales relaciones internacionales y sólo parece practicable en pequeños Estados con un horizonte relacional muy limitado. Muchos de los países cuyas constituciones tomaron ese rumbo en el pasado han renunciado a él, cambiando su texto, como Holanda, o en su práctica, como los Estados Unidos o Suiza, hasta afirmarse que en realidad no hay quien lo siga. En España, por otro lado, considerando el nivel en que se sitúa un buen número de acuerdos de asistencia técnica o de cooperación administrativa, hubiera supuesto en ciertos casos una ingerencia del Legislativo en el ejercicio de la potestad reglamentaria del Gobierno».

Por supuesto, y así concluyo esta alusión a la susodicha teórica posibilidad, con el seguimiento de la alternativa descrita se elimina el potencial

conflicto que pueda incubarse entre el Ejecutivo y las Cámaras y cuyo detonante sea una incorrecta calificación del tratado de que se trate por parte del primero, incorrección que, en el caso de materializarse en una sustracción de dicho instrumento del control de las Cortes, implica el naufragio total del sistema articulado, por lo menos, en su fase más **apriorística** (sólo compensable, y siempre de forma traumática, por la ulterior acción reparadora del TC), conflicto que por la propia naturaleza de las cosas resulta excluido del régimen que acabo de evidenciar, siendo así que su operatividad queda al margen de cualquier tipo de calificación, entendida ésta de la forma antes indicada.

Partiendo del hecho de que dicha alternativa era inviable, nuestros constituyentes acogieron el sistema de lista positiva, *modus operandi* en cuya virtud la intervención competencial de las Cortes sólo resultaba ausplicable en aquellas tesis de tratados subsumibles en el repertorio de supuestos tipificados en los artículos 93 y 94.1 CE, tipificación cuyo concreto perfil es rigurosamente sustantivista.

Este es, en suma, el corazón del sistema adjetivado, constituyendo lo más proteico del mismo su instrumentación a base de un riguroso criterio competencial *ratione materiae*, quedando por tanto excluida la virtualidad de cualquier otro índice habilitante que podría haber sido, teniendo en cuenta lo que se ha indicado precedentemente bien el literalista o bien el formalista.

En relación con el primero de ellos —el potencial criterio nominalista—, el sistema de lista positiva que a la postre prosperó en los trabajos constituyentes podía haberse objetivado imponiendo la autorización parlamentaria sólo en aquellos supuestos en los que el instrumento a homologar se dotase de una determinada rotulación, posibilidad cuya eventual activación reposa en el hecho de que siendo una la categoría convencional objeto de permanente debate, su concreta cabecera es susceptible de diversificarse considerablemente (tema al que ya nos hemos referido con anterioridad).

En base de ello, el sistema de lista positiva, en vez de llenarse de contenido a base de estructurar una competencialidad *ratione materiae*, podía haberlo hecho imponiendo otra estrictamente literalista, demandando, por ejemplo, la autorización de las Cortes sólo para aquellos instrumentos internacionales que se denominasen «tratados o convenios» y permitiendo que el Gobierno celebrase por su propio imperio todos los restantes, praxis cuya *ratio* se asienta en la idea de la mayor trascendencia de los indicados «tratados o convenios».

En realidad, procediendo así, lo que se estaría permitiendo es que con el simple cambio de denominación (impuesto por el Gobierno) se sustrajese del conocimiento de las Cortes cualquier tratado, y ello con independencia de cuál fuese la trascendentalidad de su contenido, posibilidad que descansa

en el hecho de que no existe ningún tipo de reserva denominativa que deba acreditar protagonismo en base al contenido concreto del instrumento en cuestión.

En cuanto al eventual criterio formalista, en teoría también hábil para organizar el sistema competencial objeto de consideración, tengo que señalar que su potencial entrada en liza vendría de la mano de demandar la intervención de las Cortes sólo para aquel tipo de tratados cuya celebración exigiese el trámite de la «ratificación», quedando, por tanto, al margen del mismo todos aquellos supuestos en los que la prestación del consentimiento estatal se instrumentase en base a otros esquemas.

Este criterio se rechazó por el mismo motivo que el anterior, es decir, porque la elección de un sistema vinculativo u otro dependería en gran medida del arbitrio del Gobierno, razón por la que la virtualidad del dispositivo conformado en base al discurso metodológico dicho se convertiría en un arabesco lateral por propia decisión de éste, siendo de resaltar al propio tiempo el acierto de los constituyentes que actuando de forma coherente en este terreno sustituyeron la voz «ratificación» que había sido utilizada por los Reglamentos provisionales del Reglamento y del Senado de 1977, como sinónima de la propia complementación de las posibilidades de actuar del Gobierno en sede de la celebración de determinados tratados, por la más expresiva —y descontaminada de **internacionalidad**— «autorización», término, en suma, que es el utilizado en la composición semántica del artículo 94 CE, verbalizándose el mismo bajo la forma del infinitivo, en la del 93 de dicha CE.

En suma, pues, la metodología competencial de las Cortes, como forma de sublimar los ideales democratizadores en este campo, se asienta sobre la idea clave de exigir la activación de ésta cuando se trate de la celebración de alguno de los tratados pormenorizados en los artículos 93 y 94 CE, sea cual fuere su denominación y el procedimiento que se hubiere elegido para la prestación del consentimiento en obligarse del Estado.

c) *Momento en que las Cortes deben prestar su débito competencial*

De conformidad con todo lo que ha quedado debidamente explicado a lo largo de todo este linaje de reflexiones, éste debe consumarse una vez que previamente negociado, autenticado y ratificado el texto del tratado en cuestión éste es remitido, ya calificado por el Gobierno, a las Cortes, las cuales procederán a tal prestación, previa la comprobación de su encaje en los respectivos *factums* de los artículos 93 y 94 (homologación que deberá correr pareja a la de la plena constitucionalidad del instrumento remitido, ex art. 95.1 CE).

Quiere ello decir que tal intervención **competencial** es anterior a la prestación del consentimiento para obligarse por parte del Estado, aunque ciertamente la misma no tiene por qué ser forzosamente anterior a la entrada en vigor de dicho tratado, siempre que ésta corra por los cauces de la provisionalidad a los que alude el artículo 25 del Convenio de Viena, según el cual:

«Aplicación **provisional**.—1. Un tratado o una parte de él se aplicará provisionalmente antes de su entrada en vigor:

- a) Si el propio tratado así lo dispone.
- b) Si los Estados negociadores han convenido en ello de otro modo.

2. La aplicación provisional de un tratado o de una parte de él respecto de un Estado terminará si éste notifica a los Estados entre los cuales el tratado se aplica provisionalmente su intención de no llegar a ser parte en el mismo, a menos que el tratado disponga o los Estados negociadores hayan convenido otra cosa al respecto.»

En virtud de las propias características del proceso formativo del tratado, íter de estimables dimensiones que frecuentemente exige un tiempo considerable para su ultimación, el instituto de la aplicación provisoria objeto de referencia se convierte en un mecanismo **agilizador** de largo alcance, cuyo valor se optimiza en los supuestos de máxima urgencia **aplicativa**.

En lo que se refiere al ordenamiento español, el subconstitucional representado por el Decreto 901/1972 lo da por operativo, aludiendo expresamente al mismo en sus artículos 20.2 («... si se hubiera convenido por los Estados negociadores que el tratado se aplicaría provisionalmente, en todo o en parte, antes de su entrada en vigor») y 30 («Si se hubiere convenido por los Estados negociadores la aplicación provisional, en todo o en parte, de un tratado, su texto se publicará en el *Boletín Oficial del Estado*. Posteriormente se publicará la fecha de su entrada en vigor o, en su caso, la de terminación de su aplicación provisional»).

En lo tocante a la preceptiva constitucional, la CE guarda absoluto silencio sobre el particular, falta de alusión que para REMIRO BROTONS en su obra dicha, página 193, no debe interpretarse como impeditiva de su operatividad que, por lo demás, aparece corroborada por la práctica.

GONZÁLEZ CAMPOS, en su indicado libro, página 153, tras referirse y aquiescer con esta opinión, la puntualiza señalando literalmente que «La Constitución no contiene la menor referencia al tema; sin embargo, lleva razón a REMIRO BROTONS, al estimar que “La actual omisión constitucional no debe ser entendida en sentido prohibitivo”, aunque tal afirmación debe

ser matizada en el sentido de que no cabe la aplicación provisional respecto a los tratados contemplados por los artículos 93 y 95 de la Constitución, dadas las importantes consecuencias que de ellos se derivan y que motivan que su autorización sea sometida a especiales garantías. Y por lo que se refiere a los enumerados en el artículo 94.1 tampoco debe producirse la aplicación provisional de los convenios que afecten a la integridad territorial (art. 94.1 C) y de los que exijan medidas legislativas para su ejecución, mencionados en el artículo 94.1.e). En el primer supuesto, porque los efectos creados serían muy difíciles de subsanar caso de que las Cortes no concedieran su autorización para obligarse por el tratado (piénsese en un tratado de cesión de una parte del territorio español); en el segundo, por imposibilidad material de ejecutar el convenio en ausencia de la intervención de las Cortes al respecto».

Partiéndose de la legitimidad de esta praxis aplicativa (y de sus limitaciones, tal como acabamos de recalcar) en lo que hay consenso doctrinal es en poner de manifiesto una cierta tendencia del Ejecutivo a usar indebidamente de las posibilidades ofertadas por la metodología explicada, cuya activación le compete en exclusiva, diciendo a estos efectos REMIRO BROTONS, en su obra indicada, página 193, que «De la práctica española más reciente se desprende, sin embargo, que, al igual que en otros países, la aplicación provisional es objeto con preocupante frecuencia de usos abusivos o desviados de los fines para los que ha sido ideada: prisas infundadas o consecuencia de la desidia e imprevisión de la Administración; casos en que la naturaleza de la obligación forma una pareja aberrante con la aplicación provisional; obligaciones consumadas y consumidas antes de que las Cámaras hayan tenido la oportunidad de autorizar su cumplimiento, obligaciones difícilmente reversibles (cesión de territorios, ejecución de obras públicas...); patologías de enquistamiento: tratados cuya aplicación provisional se prolonga indefinidamente o se prorroga sin recato, iniciando tarde o nunca la tramitación parlamentaria de su conclusión...».

Y no es esta la única voz autorizada que se alza con esta praxis viciosa, incidiendo también en esta postura crítica GONZÁLEZ CAMPOS que en su obra dicha, página 153, señala literalmente que «El estudio de la práctica española en materia de aplicación provisional de los tratados internacionales pone de relieve una utilización frecuente de esta técnica por parte del Ejecutivo. Mientras que no existen objeciones que hacer en cuanto a las materias reguladas por los tratados, siendo éstos en su mayoría bilaterales y encuadrables en el artículo 94.1 de la Constitución, sin afectar a los párrafos c) y e), sí deben criticarse en cambio las demoras que se han producido por iniciar el trámite parlamentario en relación con alguno de estos tratados, llegándose en ocasiones durante estos retrasos al cumplimiento total de los mismos antes de su conocimiento por las Cámaras, lo

que supone una desvirtuación de los mecanismos de control parlamentario a través de una utilización desvirtuadora de esta institución».

La alternativa que acabamos de comentar constituye un remedio de la eventual incuria político-administrativa en la celebración de los tratados, consistente en la anticipación limitada en el tiempo de sus efectos, pero no es el **único** que puede barajarse en estas áreas desde vertientes constitucionales.

Así, y con independencia de aquella hipótesis operacional que encarna en la idea de obviar por razones de excepcional necesidad y/o urgencia la autorización parlamentaria meritada, o bien permitir tal obviación cuando el tratado a concertar acredite una vigencia temporal (posibilidades que si bien resultan implantadas allende de nuestras fronteras no acreditan la más mínima beligerancia en nuestro foro), la agilización que se pretende conseguir en este sector puede venir de la mano de la imposición de la técnica del silencio positivo en el mismo o bien de la permisión del procedimiento de autorización anticipada.

En realidad, la primera de las posibilidades dichas, si bien su adopción fue debatida en los trabajos parlamentarios conducentes a la elaboración del texto constitucional (debate que vino de la mano de una propuesta concreta del Portavoz centrista de la Comisión HERRERO DE MIÑÓN), la misma no fue a la postre considerada en absoluto por el Texto Básico, hecho que ha merecido la reprobación de REMIRO BROTONS, autor que en su obra antes dicha, página 190, apunta al efecto que «La autorización tácita —ideada por la Constitución holandesa (art. 61) —**consiste** en entenderla otorgada por el transcurso de un plazo desde el depósito del tratado en las Cámaras sin que reglamentariamente se solicite debate o se presenten propuestas de denegación, aplazamiento o reserva. Excelente para agilizar la tramitación de los tratados, la Constitución española no ha sido sensible a este linaje de preocupaciones y hasta, en alguna forma obstaculiza su solución por vía reglamentaria, como ocurre cuando el artículo 75.3 excluye la posibilidad de que el Pleno de las Cámaras delegue en las Comisiones Legislativas Permanentes la aprobación de proyectos o proposiciones de ley relativas a cuestiones internacionales, haciéndonos víctimas en área tan amplia y deslizando del empacho de solemnización en que incurre una Constitución hecha a la contra de la precedente situación política autoritaria».

Son de compartir plenamente las reflexiones del indicado autor, bloque asertivo cuyo valor resulta optimizado en los momentos presentes, siendo así que la técnica del silencio positivo, que constituye el núcleo mecanicista sustancial del sistema que estamos considerando, ha recibido un espaldarazo más que estimable a través de su recepción en la nueva preceptiva administrativa básica representada por la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 26

de noviembre de 1992, texto que superando la estrechez de miras al efecto de la LPA ha venido a atribuir un protagonismo importante a la técnica objeto de referencia.

El último de los procedimientos agilizadores a hacer valer en estas áreas es el que fructifica en la idea de la autorización tácita, o sea, de aquella tramitada y conseguida con anterioridad al momento en que normalmente ésta se demanda, es decir, antes de que el texto del tratado se encuentre adoptado y autenticado.

En realidad, y con la Constitución en la mano, esta técnica no ha sido recibida en ninguno de sus preceptos si bien una interpretación contextual de alguno de ellos podría conducir a una solución parcialmente positiva, cuestión a la que alude el autor indicado *ut supra* en la página 506 de la obra colectiva antes indicada en la que se contiene su colaboración sobre la materia, posibilidad, en cualquier caso parcial (en modo alguno aplicable a los tratados subsumibles en el art. 93 CE) que hubiera debido recibir una consagración directa por parte de los constituyentes a fin de evitar las incertidumbres al respecto, sobre todo teniendo en cuenta que de hecho tal autorización anticipada se produce en todos aquellos supuestos en los que la celebración de un determinado tratado (debidamente autorizado en la forma que imponen los cánones constitucionales) arrastra como consecuencia el afloramiento de una serie de otros conexos con el mismo que en ocasiones acredita considerable envergadura cualitativa y cuantitativa y cuya celebración se pretende legitimar por la previa existencia del tratado base, hipótesis que es particularmente tronante tratándose de tratados marco o bien de aquellos que como consecuencia de su propia naturaleza organizativa se encuentran en fase de continua ebullición, requirente, por ello, de un rosario de nuevos acuerdos, declaraciones o protocolos de interpretación, desarrollo, modificación, etc.

d) *Metodología procedimental para la consecución de la autorización que nos ocupa*

a') *Introducción*

Lo primero que hay que decir es que tal autorización es el resultado terminal de la consiguiente tramitación parlamentaria en la que las Cámaras (el Congreso y el Senado) comprueban que la calificación del tratado efectuada por el Gobierno es la correcta y que el tenor del instrumento sometido a su consideración no vulnera los apremios constitucionales.

Si tales condicionantes concurren *ad casum*, la autorización solicitada será concedida y en el caso adverso denegada.

Ahora bien, entre la denegación y la concesión existe una zona fronteriza y medianera y que es aquella en la que las Cámaras se reservan la decisión final como consecuencia de sus dudas sobre la constitucionalidad del texto presentado a su consideración, hipótesis en la que se procederá a la depuración por parte del Tribunal Constitucional de la **incertidumbre** sentida por las Cortes en tal sentido, supuesto que debatiremos con **ulterioridad**.

Centrando nuestro presente análisis en la concesión de la autorización dicha, y antes de pasar al estudio de su concreta procesalidad, debemos apuntar la existencia de dos ideas fuerza en este orden de cosas, siendo la primera aquella que atina a que las Cámaras no se encuentran entre sí en cuanto al ejercicio de sus correspondientes *ratio* decisionales en una situación de absoluta paridad, teniendo en cuenta que el protagonismo del Congreso es mucho mayor que el del Senado. La segunda hace referencia a la distinta tipología de las autorizaciones cuya encomienda corre a cargo de las Cortes, arrojándose la que entra en juego cuando el tratado a autorizar es de los enmarcables en el artículo 93 CE de la forma de ley orgánica y no revistiendo la condición legal la que resulta discernible en aquellos supuestos en los que deviene operativo el artículo 94.1 del Texto Básico.

La primera de las ideas apuntadas no requiere mayor comentario tomando en consideración la claridad del sistema constitucional español que en lo tocante al papel asignado al Congreso y al Senado ha apostado claramente por el primero (y ello no sólo en relación con la autorización de los tratados sino en general), *modus operandi* que hace diverger el ordenamiento básico español de otros muchos europeos y de los propios precedentes nacionales.

En cuanto a la segunda, la disyuntiva «ley-autorización especial no adornada de la condición de ley» ha sido resuelta de forma salomónica, imponiéndose la primera fórmula para los tratados subsumibles en las hipótesis aplicativas descritas por el artículo 93 y reservándose la segunda para las subsumibles en el 94.1, solución transaccional que a la postre prosperó y ello pese a que en el Anteproyecto constitucional de 5 de enero de 1978 estaba previsto que todo tipo de tratados se sometiesen a la común exigencia de que su autorización se expresare mediante «una ley especial» (art. 55.2), metodología cuyo **cenit** no culminó (por una serie de incidencias constitucionales cuya reseña no viene a cuento y que determinó el triunfo del dispositivo vigente, éxito que auspició la necesidad de instaurar normativamente las bases en virtud de las cuales debía postularse y conseguirse la autorización parlamentaria sin forma de ley especial, exigencia que plasmó en la adopción del vigente artículo 74.2 CE y en los consiguientes preceptos reglamentarios que entroncan sus sendos **componentes** normativos en el mismo.

En relación al enjuiciamiento de esta forma de proceder constitucional tengo que señalar que el discernimiento de la autorización con vigencia en el mismo mediante ley especial podía contribuir en alguna medida a la solución del gravísimo problema de fijar el encaje de los tratados dentro del sistema de fuentes de nuestro ordenamiento interno, ayudando a delimitar su rango en el mismo (tema que retomaremos ulteriormente), si bien esta ventaja venía entrecortada por la distorsión que experimenta el sistema normológico general con la adopción del tipo de leyes que estamos viendo, de marcada excepcionalidad.

De todos modos, la cuestión sólo se arroja de virtualidad profesoral, siendo así que lo importante a los efectos prácticos es en definitiva el análisis de los *quorums* que se establecen para la obtención de las **meritadas** autorizaciones, bien se revistan éstas de condición legal o bien acrediten una etnia diferente.

Más interés tiene destacar el hecho, por otra parte ya aflorado en el curso de estas observaciones que la iniciativa para impetrar la actuación de las Cortes en este foro la detenta en exclusividad el Gobierno, no pudiéndose activarse esta intervención ni por propia decisión de éstas (art. 87.1) ni por la de las Comunidades Autónomas (art. 87.2 CE) ni por una hipotética iniciativa popular (art. 87.3 CE).

b') Metodología de la autorización requerida para los tratados previstos por el artículo 93 CE

a") Introducción

Conocemos ya hasta la saciedad que la prestación del consentimiento estatal para obligarse por la vía de los tratados incluidos en el seno de dicho precepto, requiere una previa autorización parlamentaria transfundida a una ley orgánica, texto legal cuyo contenido queda enroscado en lo puramente autorizativo (salvo lo que luego diremos) y cuya adopción se rige por las normas comunes contenidas en la CE y en los Reglamentos del Congreso y el Senado, derivándose tal inespecificidad no sólo de la falta de previsión constitucional en esta sede (siendo así que la CE no ha positivado ninguna especialidad en cuanto a la adopción de leyes orgánicas que entrañen su *ratio* en este ámbito), sino también de lo que concretamente se postula por el artículo 154 del indicado Reglamento del Senado, según el cual «La celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacionales el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución requerirá la previa aprobación por las Cortes de una Ley orgánica de autorización que se tramitara conforme a lo establecido en el presente Reglamento para las leyes de este carácter».

Así pues, las fuentes concretas de la procesalidad a demandar en este ámbito son las comunes, es decir, las resultantes de los artículos 81.2 y 90 de la CE y concordantes de los Reglamentos dichos, de los cuales nos interesa especialmente el artículo 132 del Senado, único precepto que a fin de no extenderme en demasía voy a considerar de los indicados textos reglamentarios en relación con la problemática de la autorización por vía de ley orgánica que ahora nos ocupa.

De la batería de preceptos mencionados resulta que las leyes orgánicas en general —y por ende, la que estamos **considerando**— debe aprobarse, en una votación final sobre el conjunto del proyecto, por la mayoría absoluta del Congreso, *ex* artículo 81.2 CE.

Lograda tal aprobación, el Presidente del Congreso remitirá el texto aprobado al Senado, y este, una vez recibido el mismo, puede, tal y como postula literalmente el artículo 90.2 CE «mediante mensaje motivado, oponer su veto o introducir enmiendas al mismo. El veto deberá ser aprobado por mayoría absoluta».

Transcurrido dicho plazo sin enmiendas ni vetos, la ley se entiende definitivamente aprobada (plazo que puede acortarse a través de una aprobación expresa del proyecto remitido por parte del Senado, *ex* artículo 106.1 de su Reglamento).

En el caso de que medien enmiendas o veto por parte de dicho Senado, entonces el texto vuelve de nuevo al Congreso a efectos de que tenga lugar lo previsto por el artículo 90.2, inciso último de su Reglamento, según el cual «El proyecto no podrá ser sometido al Rey para sanción sin que el Congreso ratifique por mayoría absoluta, en caso de veto, el texto inicial, o por mayoría simple, una vez transcurridos dos meses desde la interposición del mismo, o se pronuncie sobre las enmiendas, aceptándolas o no por mayoría simple».

Este es el esquema operacional normal, cuyas coordenadas pueden ser objeto de excepción en el supuesto previsto en el apartado 3 del artículo 90 CE, según el cual:

«El plazo de dos meses que el Senado dispone para vetar o enmendar el proyecto se reducirá al de veinte días naturales (en los proyectos declarados urgentes por el Gobierno o por el Congreso de los Diputados.»

En cuanto al desarrollo reglamentario del bloque preceptual aludido, el mismo resulta de los consiguientes preceptos de los Reglamentos del Congreso y del Senado, de los cuales sólo nos interesa, por su significado, el tenor del artículo 132 del primero de ellos, según el cual:

«En el supuesto de que el Senado opusiera su veto o introdujera enmiendas a un proyecto o proposición de Ley Orgánica, se procederá conforme

a lo establecido en el procedimiento legislativo común con las dos salvedades siguientes:

1.<sup>a</sup> La ratificación del texto inicial y el consiguiente levantamiento del veto requerirá en todo caso el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de la Cámara.

2.<sup>a</sup> El texto resultante de la incorporación de enmiendas introducidas por el Senado y aceptadas por el Congreso será sometido a una votación de conjunto. Si en dicha votación se obtuviera la mayoría absoluta de los miembros de la Cámara, quedará definitivamente aprobado en sus términos. En caso contrario, quedará ratificado el texto inicial del Congreso y rechazadas todas las enmiendas propuestas por el Senado.»

Estas son, pues, las esencias procedimentales del iter a través del cual se consigue la aprobación de las leyes orgánicas, y si el artículo 132 del Reglamento se reviste de un interés considerable en esta sede es porque el mismo ha venido a constituirse en la criada respondona nada menos que de la propia Constitución al sentar en su apartado segundo la necesidad de que la mayoría que se demande para el levantamiento del eventual veto del Senado sea, «en todo caso», la absoluta de los miembros del Congreso, exigencia que no casa en modo alguno con la posibilidad de que dicha mayoría sea sólo la simple, tal como postula para la eventualidad a considerar el apartado 2 del artículo 90 CE una vez que hayan transcurrido dos meses desde la interposición de dicho veto senatorial.

En cualquier caso, y sea cual fuere el juicio que merezca la transgresión normativista protagonizada por dicho Reglamento, no cabe duda de sus buenas intenciones siendo así que la posibilidad de que el hipotético veto del Senado impuesto por la mayoría absoluta de sus miembros fuese alzado únicamente con el potencial de la simple de los del Congreso supone un escarnio inconcebible para los primeros, o si se quiere, y como señala REMIRO BROTONS en su colaboración a la obra colectiva antes dicha, página 513, una posible «mortificación institucional», circunstancia que justifica la fractura de los esquemas normales de jurisdicción materializada por el antes literalizado artículo 132 del Reglamento del Congreso.

De todos modos, y ante la descripción del iter en cuestión, al intérprete le asalta la duda de si es suficiente el *quorum* de mayorías previsto en el mismo, sobre todo si se pone en relación con los que se requieren en los países de nuestro entorno, tema, en suma, polémico y susceptible de todo tipo de valoraciones personales.

Ahora bien, en lo que sí que no existe duda es que el parangón entre el cauce procedimental que acabo de evidenciar y aquel que debe instruirse para la consecución de la autorización en el caso de que el tratado en cuestión sea

alguno de los incluíbles en el listado del artículo 94.1 CE revela una absoluta asimetría conceptiva en el sentido de que contra toda lógica, la disociación de supuestos **no** ha implicado el que los tratados previstos en el artículo 93 deban ser adoptados por **mayorías** sensiblemente reforzadas, pudiendo fácilmente comprobarse lo dicho con la visión del régimen que posibilita el artículo 74.2 de la CE, precepto que examinaremos con ulterioridad.

b") Elementos a valorar por las Cortes

En sus consiguientes labores de homologación del texto remitido, el Congreso y el Senado deben advenir dos órdenes de cuestiones:

- a) Que el tratado no es de los que encajen en el listado del artículo 94.1 (ni en el grupo de los que no requieren autorización parlamentaria de ningún tipo), labor no siempre fácil teniendo en cuenta la porosidad de la tipificación que efectúa este precepto (tal como veremos luego al hablar monográficamente del mismo).
- b) Que dicho tratado no es inconstitucional, ya que en tal hipótesis debería aplicarse el artículo 95.

En ambos casos, si la valoración es negativa se produce un rechazo de la autorización instada y la reconducción del tratado a las sedes normativas tuteladas por los artículos dichos.

Por lo tocante al enjuiciamiento de la constitucionalidad es evidente que ésta deberá tener un desenlace desfavorable cuando en virtud de sus propias características el contenido obligacional emergente del tratado cuestionado, sin incidir en ninguna de las hipótesis descritas por el artículo 94 CE, contradiga los apremios materiales generales de la CE y especialmente lo postulado por el 93 CE, acaeciendo esto último concretamente:

- a) Cuando del mismo resulte una atribución competencial de tipo de las contempladas por dicho artículo no en favor de las organizaciones o instituciones internacionales al que el mismo se refiere sino en beneficio de Estados extranjeros.
- b) Cuando tal atribución competencial, aun en favor de las indicadas organizaciones o instituciones internacionales, versa no sobre el ejercicio de competencias, sino sobre la titularidad de las mismas.
- c) Cuando no se trata de una atribución competencial limitada a una o a varias potestades estatales, sino a la integridad de ellas.

En relación con esta trilogía de posibles causas de inconstitucionalidad del tratado en cuestión, únicamente merece la pena que me detenga en la

primera de ellas, ya que las dos restantes son de tan clara concepción en sus propios términos semánticos que profundizar en su exégesis sería tiempo perdido.

Dicho ello, voy a aludir brevemente al significado de la expresión «organización o institución internacional», fórmula que acredita, por lo tocante al alcance de sus dos componentes, un valor de absoluta equivalencia, debiendo considerarse sinónimas las dos voces de su composición, razón que nos permitirá, por economía de lenguaje, aludir sólo, por ser el de uso más frecuente, al vocablo «organización».

En relación con el significado de esta expresión tengo que puntualizar que la misma guarda un gran paralelismo con el de las personas jurídicas en el plano doméstico, siempre y cuando se entienda que los Estados también mantienen un correlato de juridicidad con las personas físicas, ecuación que en cualquier caso debe aceptarse con todas las reservas.

Ahora bien, en lo que no hay duda es de la vigencia de la similitud dicha si ésta se sustenta sobre la idea de que la condición de sujetos de Derecho les es atribuida en toda su plenitud a los Estados en el orden internacional y a las personas físicas en el doméstico y sólo de forma traslaticia y limitada a las personas jurídicas en el orden de interno y a las organizaciones e instituciones supranacionales en el internacional.

En cualquier caso, la subjetivación internacional de tales entidades, distintas de los Estados, es un hecho evidente, habiéndose iniciado el proceso al efecto con la erección de la «Administration **generale** de l'Octroi de navigation du Rhin», instituida por el Tratado de 15 de julio de 1804 entre Francia y el Sacro Imperio y ulteriormente erigida como Comisión Central para la navegación del Rin por el Anexo del 24 de marzo de 1815 al tratado de Viena, organización que fue acompañada ulteriormente por otras muchas, proceso que se ha intensificado en los momentos presentes en méritos a una *serie* de circunstancias políticas, técnicas y económicas que no es necesario mencionar.

Al respecto considero sumamente sugerentes las reflexiones de JULIO A. BARBERIS, autor que en su libro *Los sujetos del Derecho internacional actual*, Tecnos, Madrid, 1984, y en línea con lo antes apuntado acerca de la simetría que resulta detectable entre las personas jurídicas internas y las organizaciones internacionales pone de relieve la funcionalidad general de esta última, señalando, literalmente, en la página 76 de su obra que:

«Las organizaciones internacionales desempeñan en el derecho de gentes una función análoga a la de otras instituciones en el derecho interno de los Estados. En primer lugar, es posible descubrir cierta analogía entre las organizaciones internacionales y las sociedades civiles o comerciales. En ambos casos, hay esa idea de reunir esfuerzos mediante una labor unificada

para lograr un fin común. Pero, además, las organizaciones internacionales cumplen en el orden internacional funciones análogas a las que en los órdenes internos desempeñan algunos órganos del Estado. La administración de justicia, la defensa militar, la administración de la prestación de ciertos servicios son funciones que, en el orden internacional, son desempeñadas por organizaciones internacionales creadas por los Estados a falta de una comunidad internacional centralizada.»

En lo tocante a sus rasgos caracteriológicos más representativos y comunes tengo que precisar, con el autor citado, que éstos son los siguientes:

- a) Su creación mediante un tratado internacional, bien resulte convenido éste exclusivamente por Estados, bien de forma mixta, o bien, en última instancia, sólo por organizaciones internacionales, siendo incluso factible que en tales tratados participen entidades sin personalidad para el Derecho de gentes (caso, y cito la relación **ejemplificativa** elaborada por el autor mencionado *ut supra*, de la Organización Internacional del Azúcar, el Instituto Internacional del frío, la Unión Postal Universal, el Consejo de Cooperación aduanera, etc.).
- b) Su tenencia de un sustrato organizativo, de forma tal que los actos dimanantes del mismo sean de éste y no de los Estados miembros.
- c) Su detentación de un número determinado de títulos competenciales *ad hoc*, que quiere decir tanto como la recepción por parte de los Estados u organizaciones que las creen de un listado de aptitudes para operar en una sede material concreta, todo ello con la finalidad de conseguir el objetivo pretendido y en vista al cual fue precisamente erigida la organización de que se trate.
- d) Su regencia por el Derecho de gentes, aunque tal sometimiento sea sólo parcial.

c') Metodología de la autorización requerida para los tratados previstos por el artículo 94.1 CE

a") Introducción

En este caso concreto, la técnica usada para que el ejercicio de la potestad parlamentaria se haga notar en sede de los tratados consiste en exigir una habilitación especial de las Cortes para su celebración que no encarna en una ley (orgánica u ordinaria) sino en un acto autorizativo con sustantividad propia y que constituye el resultado de un procedimiento adventicio al legislativo.

Esto es lo que hace diferir el trámite parlamentario cuya instrucción conduce a la obtención de la autorización que estamos viendo de aquél orientado a viabilizar la celebración de los tratados subsumibles en el círculo de irradiación del artículo 93 CE, caracterizado este último, como ya vimos, por su inespecificidad, siendo así que el trámite para la adopción de las leyes orgánicas con operatividad en su foro no difiere una tilde del que debe seguirse normalmente, falta de singularidad de respuesta **procedimental *ad hoc*** que contrasta severamente con la especialidad que aflora en el ámbito de la autorización de los tratados del artículo 94.1 CE.

En lo tocante a las fuentes concretas de esta especialidad procedimental, el elemento normativo clave en este orden de cosas es el artículo 74.2 CE, según el cual:

«Las decisiones de las Cortes Generales previstas en los artículos 94.1, 142.2 y 158.2 se adoptarán por mayoría de cada una de las Cámaras. En el primer caso, el procedimiento se iniciará por el Congreso, y en los otros dos, por el Senado. En ambos casos, si no hubiere acuerdo entre Senado y Congreso, se intentará obtener por una Comisión Mixta compuesta por igual número de Diputados y Senadores. La Comisión presentará un texto, que será votado por ambas Cámaras. Si no se aprueba en la forma establecida decidirá el Congreso por mayoría absoluta.»

El complemento ejecutivo de este tinglado operacional aparece aprontado por los artículos 155 a 158 del Reglamento del Congreso y 144 y 145 del Reglamento del Senado, preceptos a los que me referiré ulteriormente cuando me ocupe en concreto de las coordenadas de procesalidad a tener en cuenta en estas áreas.

Antes, al ocuparme del trámite autorizativo a materializar en aquellos casos en los que dado el contenido de los tratados éstos encajasen en el marco del artículo 93, ya puse de relieve la falta de coherencia del mismo en su eventual comparación con el que vamos a analizar ahora, evidencia que resulta clara del propio tenor del artículo 74.2 CE que acabamos de literalizar, y del que se desprende la posibilidad de acudir a la solución transaccional que el mismo instrumenta en caso de desacuerdo entre las Cámaras (enucleada en torno a la erección de la Comisión mixta —y paritaria— que tal artículo menciona), alternativa que permite ponderar con más cautela, en caso de divergencia corporativa, las consecuencias derivadas de la prestación de la habilitación controvertida (y de la que no existe ni rastro tratándose de los supuestos procedimentales orientados a la consecución de la autorización parlamentaria para la celebración de los tratados tipificados por el artículo 93 CE).

Hecha abstracción de esta faceta, también la indicada falta de coheren-

cia se patentiza en el dato de que los *quorum* parlamentarios para el discernimiento de la autorización pretendida en sede de los tratados del artículo 94 CE resultan incluso más reforzados que los demandados para la adopción de las Leyes orgánicas en aquellos casos en los que se dé una discordancia de pareceres entre el Congreso y el Senado (ver lo dicho anteriormente al comentar el alcance del art. 90 y su posterior «corrección» por el artículo 132 del Reglamento del Congreso).

Adentrándome ya en la médula procedimental del iter que deba instruirse al efecto, tengo que señalar que su inicio tiene lugar cuando una vez adoptado, autenticado y calificado por el Gobierno el texto del tratado a autorizar, éste decide solicitar dicho placet y al efecto procede de la forma prescrita en el artículo 155.2 del Reglamento del Congreso, precepto que reciclando debidamente los criterios normativos resultantes del artículo 20 del Decreto 801/1972 señala literalmente que:

«El Gobierno solicitará de las Cortes Generales la concesión de dicha autorización mediante el envío al Congreso de los Diputados del correspondiente acuerdo del Consejo de Ministros junto con el texto del tratado o convenio, así como la Memoria que justifique la solicitud y las reservas y declaraciones que el Gobierno pretendiere formular, en su caso. El Congreso deberá pronunciarse tanto acerca de la concesión de la autorización como sobre la formulación de reservas y declaraciones propuestas por el Gobierno.»

Una vez presentada esta documentación, se procede a la apertura del trámite en cuestión (presentación cuyo momento concreto queda, salvo excepciones muy cualificadas, al arbitrio del Gobierno, tal como puntualizamos antes, remitiéndome también ahora a lo que antes indique acerca del significado del apartado 3 del artículo 155, cuyo apartado 2 acabo de literalizar), trámite en el que deberán valorarse, como en el caso de los tratados del artículo 93, dos cuestiones:

- a) Que el texto sometido a su aprobación no es inconstitucional.
- b) Que el tratado objeto del debate no resulta subsumible en el ámbito del artículo 93 CE.

Esta es la dualidad de cuestiones a valorar, y si se llegase a la conclusión de que la totalidad de dicho texto o la parte del mismo no enmendable por vía de reservas es inconstitucional o resulta tipificable en su integridad como el de un tratado sometido al régimen del meritado artículo 93 CE, es evidente que el rechazo del Congreso de la autorización pretendida por el ejecutivo sería lo único procedente.

Ahora bien, si la inconstitucionalidad detectada o la subsunción del

tenor de dicho tratado en el ámbito aplicativo del artículo 93 CE fuese sólo parcial (o enmendable por vía de reservas), entonces la situación sería colmable mediante la proposición de las indicadas reservas o declaraciones, posibilidad a la que se refiere el artículo 156 del Reglamento del Congreso, según el cual:

«1. La tramitación en el Congreso de la concesión de autorización se ajustará al procedimiento legislativo común, con las particularidades que se contienen en el presente capítulo.

2. Las propuestas presentadas por los Diputados y por los Grupos Parlamentarios tendrán la consideración de enmiendas a la totalidad en los siguientes casos:

1.º Cuando pretendan la denegación o el aplazamiento de la autorización solicitada.

2.º Cuando propusieran reservas o declaraciones y éstas no estuvieren previstas por el tratado o convenio.

3.º Las propuestas presentadas por los Diputados y por los Grupos Parlamentarios tendrán la consideración de enmiendas al articulado en los siguientes casos:

1.º Cuando propusieren la supresión, adición o modificación a las reservas o declaraciones que el Gobierno pretendiere formular.

2.º Cuando formularen reservas o declaraciones previstas por el tratado o Convenio.»

En este precepto se establece la alternativa a la concesión inmediata de la autorización solicitada y que es aquella que, o bien se materializa en la denegación o aplazamiento de la misma [disyuntiva que por lo tocante a su segundo componente se arroja de gran cripticidad desde cualquier punto de vista que se la mire (tema en el que no puedo entretenerme)], variante decisional que teniendo en cuenta que el Congreso no puede valorar la oportunidad política del tratado sólo puede fundarse en la inconstitucionalidad del mismo o en el hecho de ser este uno de los sometidos al régimen del artículo 93 CE, o bien en la formulación por los Diputados de las consiguientes enmiendas que de prosperar se traducirán, en el plano operativo, en la supresión o modificación de determinadas cláusulas previstas en la negociación del texto sometida a la consideración del Congreso o bien en la formulación o adición de otras nuevas (previstas o no en dicha negociación).

Por supuesto, y al igual que sucede en el foro autorizativo referente a los tratados encajables en el marco del artículo 93, cabe que el Congreso dude sobre la constitucionalidad del instrumento sometido a su considera-

ción, hipótesis que aparece prevista en el artículo 157 del Reglamento del Congreso (y en el 147 del Senado), preceptos que examinaremos más tarde, y cuya entrada en juego impide que se adopte una decisión sobre el fondo, paralizándose el íter instruido hasta que el TC resuelva acerca de la viabilidad de la duda en méritos de la cual se activó su intervención en este ámbito, *ex* artículo 157 dicho, en su párrafo 2.

Vemos, pues, que con independencia de esta última posibilidad, el procedimiento que estamos observando puede acreditar los siguientes desenlaces en el Congreso:

- a) El de rechazo de la pretensión **autorizadora** deducida por el Gobierno.
- b) El de aceptación de la misma en toda su integridad.
- c) El de la aceptación limitada, condicionada o parcial, supuestos que son aquellos a los que atina el artículo 156 del Reglamento de dicho Congreso.

El primero de los desenlaces relacionados es el que debe prevalecer cuando la totalidad o la parte indisponible del texto sometido a su consideración es incompatible con la Constitución y también cuando el tratado a autorizar encaja en el marco del artículo 93. El segundo, cuando dicho tratado resulta perfectamente atendido a la legalidad constitucional y su **acomodo** en el listado de supuestos del artículo 94 resulta fuera de discusión. El tercero, cuando la incompatibilidad constitucional o su eventual encuadramiento en la categoría de tratados prevista por el artículo 93 es sólo parcial y además resulta obvia por la vía de las pertinentes reservas.

En el primero de los supuestos dichos, la documentación relativa al tratado en cuestión será reenviada al Gobierno, archivándose toda la suerte de trámites que al efecto se hubieren impulsado. En los dos casos restantes se dará paso a la intervención competencial del Senado, que se gobernará por lo previsto en el artículo 74.2 CE, resultando de este artículo que se requiere que la mayoría (simple) de los senadores vote el texto remitido por el Congreso para que la autorización se entienda definitivamente concedida.

Ahora bien, cabe que se presenten en tiempo y forma oportuno, tal como reconoce el artículo 144 del Reglamento del Senado, propuestas de no ratificación, de aplazamiento o de reserva respecto de los Tratados y Convenios Internacionales, si bien siempre en los mismos términos limitados que, *quid pro quo*, resultan del artículo 156 del Reglamento del Congreso (precepto que literalizamos con anterioridad), convergencia en estas áreas que dicho artículo se encarga de sintetizar diciendo que «el texto de los Tratados no puede ser objeto de enmienda».

Respecto a la concreta liturgia de tal posibilidad, se ocupan de ella los

apartados 2 y 3 del mentado artículo 144, señalando literalmente el primero que «La presentación de propuestas de no ratificación se sujetará a lo dispuesto para las propuestas de veto» y señalando el 3 que «Las propuestas de reserva sólo podrán ser formuladas a los Tratados y Convenios que prevean esta posibilidad o cuyo contenido así lo admita. Dichas propuestas, así como las de aplazamiento, seguirán el régimen establecido para las enmiendas en el procedimiento legislativo ordinario».

De estas disposiciones resultan claras dos cosas: 1.º) Que las normas del procedimiento legislativo común alusivas a las propuestas de veto son las aplicables en este foro, normas cuyo comentario no nos compete. 2.º) Que cuando según el derecho internacional no quepan reservas respecto del texto sometido a **autorización** por la vía del artículo 94 CE, tampoco es dable la formulación de las mismas por la vía del procedimiento que estamos viendo.

En aquellos supuestos en los que los puntos de vista del Congreso y del Senado difieran sobre la posibilidad de acceder a la autorización postulada por el Gobierno entran en liza los artículos que desde las sendas logísticas de los Reglamentos del Congreso y del Senado se ocupan de arbitrar el dispositivo transaccional al que antes hicimos méritos, artículos que son el 158 («Las discrepancias entre el Congreso de los Diputados y el Senado sobre la concesión de autorización para celebrar tratados o convenios previstos en el artículo 94.1 de la Constitución, intentarán resolverse por medio de una Comisión Mixta constituida conforme a lo dispuesto en el artículo 74.2 de la Constitución, la cual presentará un texto que será sometido a votación de ambas Cámaras. Si no se aprueba en la forma establecida, decidirá el Congreso por mayoría absoluta») del primero de los Reglamentos dichos y el 145 («En el caso de que el acuerdo del Senado sobre alguno de los Tratados y Convenios internacionales, contemplados en el artículo 94.1 de la Constitución, difiriese del adoptado previamente por el Congreso de los Diputados, deberá constituirse una Comisión mixta conforme a lo previsto en el artículo 74.2 de la misma y en el 57 del presente Reglamento. El texto presentado por dicha Comisión será sometido directamente a votación del pleno del Senado. Del acuerdo recaído se dará cuenta al Gobierno y al Congreso de los Diputados a los efectos oportunos») del segundo, preceptos que entrañan su componente de sustantividad en el mencionado artículo 72.2 del Texto básico y cuya cabal comprensión exige literalizar el artículo 57 del propio Reglamento (del Senado), precepto aludido por el último de los artículos dichos, y que sienta literalmente que «Las Comisiones Mixtas del Congreso y del Senado se constituyen en los casos previstos en la Constitución y en las leyes, o cuando así lo acuerden una y otra Cámara. Cuando no se resuelva otra cosa en el acuerdo o disposición que las crea, el número de miembros de estas Comisiones será fijado, por parte del Senado, a través de su Mesa», disposición que desde

el Reglamento del Congreso tiene una réplica, más o menos difusa, en lo previsto en sus artículos 51 y 53.

En aquella hipótesis en la que el texto acordado no alcanzare el consenso de ambas Cámaras, zanjará definitivamente la cuestión, por mayoría absoluta, el Congreso de los Diputados, *ex* artículo 74.2, *in fine*, de la CE y 158, *in fine*, del Reglamento de este cuerpo colegislador.

b") Elementos a valorar por las Cortes

Estas deben decidir, como consecuencia de la prestación de su débito competencial en este foro, acerca de dos cosas:

- a) Que el tratado, siendo uno de los tipificados por la lista *ad hoc* del artículo 94.1 CE, no es inconstitucional por sus concretos pronunciamientos.
- b) Que el instrumento sometido a su consideración es, efectivamente, uno de los subsumibles en el referido rol (del art. 94.1 CE dicho).

En relación con el primer enjuiciamiento, si las Cortes consideran que el tratado incide en vicio de inconstitucionalidad deberán manifestarlo así denegando la autorización pretendida a efectos de que por el Gobierno se reconduzca la cuestión en el sentido patrocinado por el artículo 95. En la segunda hipótesis, la valoración del Gobierno debe proyectarse en una doble dirección ya que el tratado sometido a su conocimiento ni debe ser de los que encajan en el marco del artículo 93 ni tampoco de aquellos que pueden ser consentidos libremente por el Gobierno, dualidad de posibilidades que de concitarse *ad casum* deberán provocar una decisión negativa de las Cortes respecto de la autorización instada.

De todos modos, claramente se advierte que ambas modalidades de enjuiciamiento no son simétricas, siendo así que en la segunda de las eventualidades indicadas, por economía procesal y porque la cuestión no tiene más trascendencia que la puramente formal, podría continuar la tramitación parlamentaria hasta su sublimación por la vía de la prestación de la consiguiente autorización *ad hoc*, beneplácito que no por ser excesivo afectaría a la validez del proceso de prestación del consentimiento para obligarse.

Por el contrario, cuando en virtud de la pertinente homologación del contenido del tratado de que se trate las Cortes llegasen a la conclusión de que el mismo, aun siendo uno de los relacionados por el artículo 94.1 CE, resulta también de los previstos por el artículo 93 de dicho Texto fundamental, lo que procede es la denegación, sin paliativos, de la autorización

pretendida, ya que de lo contrario el proceso conformativo de dicho tratado adolecería de vicios graves en su tramitación.

Y en relación con esta problemática tengo que apuntar que las labores adverativas de las Cortes en esta sede no son nada fáciles, teniendo en cuenta la enorme elasticidad de perfiles de las categorías acuñadas en el artículo 94.1 CE, condición que posibilita considerables dosis de eventual solapamiento entre las mismas, y no sólo ello, sino que partiendo de la concepción súper abierta de alguna de tales categorías (concretamente, la que acredita como epígrafe temático general el de «políticos»), la osmosis entre éstas y las que no requieren ningún tipo de autorización parlamentaria también es una evidencia inquietante.

Teniendo en cuenta lo alegado creo que conviene hacer una referencia sumaria a los tipos que integran el escandallo de supuestos consagrados por el artículo 94.1 CE, ya que la cabal inteligencia del sistema que sigue nuestro texto fundamental acredita como presupuesto básico la calificación de los mismos, calificación que no puede sino reposar en las características de los instrumentos considerados, hecho que impone una referencia a su categorización.

#### c'') Alusión a la batería de supuestos del artículo dicho

##### 1') Introducción

Me remito, en estos momentos, a todo el conjunto de reflexiones que ya quedaron debidamente expuestas en estas páginas acerca del significado que tiene el sistema de lista positiva cerrada al que se atiene el indicado artículo 94.1, así como a aquellos criterios alternativos del mismo que operativos en otros países han quedado extramuros de nuestro esquema constitucional.

Partiendo de ello, y de lo que acabo de decir en el sentido de que entre todos los supuestos enumerados en el **meritado** artículo no existen, ni mucho menos, fronteras infranqueables (fronteras que tampoco median entre éstos y aquéllos que puedan asumirse sin ningún tipo de intervención parlamentaria), sólo me cabe poner de relieve ahora que la dificultad adverativa que en torno a la calificación de los instrumentos sujetos a consideración debe provenir de las Cortes (como paso previo e inexorable a su ulterior intervención parlamentaria) se acrecienta en obsequio a que entre los tratados previstos por el artículo 93 CE y los que lo son por el 94 CE sólo se da una diferencia estrictamente funcional, pero ninguna de contenido, diferenciando cuyo sustentáculo es si en relación con la materia objeto del tratado en cuestión se produce o no la transferencia competencial a la que alude dicho artículo 93, ya que de suceder así el mismo instrumento pre-

visto por el artículo 94 quedaría sometido en su integridad al régimen del artículo 93.

2') Tratados de carácter político

Este tipo de tratados, cuya tipificación en cuanto sometibles al régimen de autorización parlamentaria que estamos viendo se efectúa por el apartado 1.a) del artículo objeto de constante alusión, constituye la categoría más abierta de la lista insertada en dicho precepto, siendo así que en realidad «políticos» son todos los tratados a concertar, sea cual fuere su contenido concreto, y ello porque en su conformación siempre prima o influye algún dato conectado con la debida llevanza de los asuntos internacionales e internos de España, circunstancia que tiñe de indeleble «politicidad» la celebración de cualquiera de ellos.

Ahora bien, no conviene exacerbar esta nota en cuanto común a todo tipo de tratados y ello porque de perderse el equilibrio en relación a su tratamiento quedaría absolutamente vacía de competencias la potestad del Estado de concertar tratados por su propia cuenta en la medida en que los mismos no encajen por su contenido ni funcionalidad en las listas del artículo 94.1 CE ni en el ámbito de aplicación del 93 CE.

Y no sólo ello, sino también porque el repertorio de supuestos que nos ocupa se vertebra en base a datos de *neta ratione materiae*, no debiendo ser objeto de valoración *ad hoc* las circunstancias y objetivos «políticos» que conduzcan a su celebración, ya que si así fuese efectivamente todos los tratados resultarían subsumibles en la categoría que estamos evidenciando.

Se imponen, pues, importantes dosis de mesura en la valoración de esta rotulación temática ya que por un lado se corre el riesgo antes apuntado de que una potenciación de la nota «política», en cuanto emblema de todo instrumento internacional, conduciría a la absoluta *inoperancia* del *ius tractatus* que en su caso pueda ejercer, por su exclusivo *imperium*, el Gobierno, pero por otro, una visión muy restrictiva de dicha nota ampliaría de manera correlativa —y *exorbitante*— tales facultades gestorías soberanas del Ejecutivo.

3') Tratados militares

El eventual componente bélico de la acción de Gobierno siempre ha estado omnipresente en los textos constitucionales, quienes se han encargado de consignar las directrices fundamentales de su impulso, circunstancia que ha determinado que la categoría de los tratados que estamos viendo, en

cuanto instituto coadyuvante a la dirigencia de tal vertiente gubernamental, acredite una gran añejidad, siendo buena prueba de ello el que ya se ocuparan de la figura, bajo variopintas denominaciones, los sucesivos Reglamentos el Consejo de Regencia y la propia Constitución de 1812 (ejemplo que, manteniendo la policromía en cuanto a las denominaciones sucesivamente adoptadas ha sido seguido por todo el rosario de Constituciones que han antecedido a la presente).

Por lo que se refiere a su caracterización, la misma queda unida en exclusividad al tema militar, concebido este en el más amplio de los sentidos posibles, y siempre por supuesto que tenga proyección exterior, quedando al margen de estas consideraciones cuál deba ser el contenido concreto o la filosofía que deba impregnar tales tratados, problemática cuyo análisis extravasa nuestro cometido expositivo.

En virtud de la materia que constituye el único referente a tener en cuenta en este orden de cosas es evidente que la categoría sometida a debate acredita unos perfiles considerablemente definidos. Otra cosa es que al amparo de un tratado militar básico se pretendan sustraer del conocimiento de las Cortes otros convenios de esta u otra tipología que en cuanto relacionados con los mismos puedan recibir el calificativo de accesorios de éstos, tema que enlaza más bien con el problema de la autorización anticipada en este ámbito y cuyo estudio no nos interesa ahora.

#### 4') Tratados territoriales

El Estado, en cuanto ente con subjetividad internacional plena, se arroja de una serie de notas que, dada su importancia, podríamos calificar de institucionales, de entre las que destaca la que se materializa en la idea de que el mismo debe dotarse inexorablemente de un ámbito de validez espacial, emblema de estatalidad a la que alude JULIO A. BARBERIS en su libro antes indicado, página 40, autor que tras acoplar diversas opiniones sobre el particular de GUGGENHEIM, *Traite de Droit international publique*, Geneve, 1953; NIELSEN, *American and British Claims Arbitration*; Washington, 1926, y Kelsen, *General Theory of Law of State*, Cambridge (Mass), 1946, elabora su propia reflexión sobre este referente caracterizador señalando literalmente que «Todo orden jurídico estatal es válido dentro de cierto espacio limitado que se da en llamar el territorio del Estado. El territorio del Estado es el ámbito dentro del cual los órganos de dicho Estado pueden realizar los actos coactivos previstos por el ordenamiento jurídico. El territorio del Estado comprende un espacio tridimensional, abarca la superficie terrestre, el subsuelo hasta cierta profundidad y el espacio suprayacente hasta cierta altura».

Es, en suma, el soporte fáctico de la propia idea del Estado, en cuanto ente soberano y dentro de cuyos confines ejerce el grueso de sus competencias (y, desde luego, todas las territoriales), siendo consustancial a su propia existencia, consustancialidad que llega hasta tal punto que sin él el Estado carece de realidad.

Ahora bien, esta importancia no presupone en modo alguno que las dimensiones actuales de un Estado determinado deban perpetuarse hasta la eternidad, siendo perfectamente factible que éstas experimenten variaciones que pueden ser mínimas (modificación de límites fronterizos) o que pueden arrojarse de mayor consistencia dimensional.

En este último caso, el origen de tales variaciones puede ser convencional o impuesto, hipótesis esta última que resulta consecuencia de comportamientos bélicos, siendo de resaltar al efecto como la Carta de las Naciones Unidas reconoce en su artículo 51 un derecho inmanente de legítima defensa en favor de los Estados en caso de un ataque armado, tema que ha sido debatido últimamente con incuestionable profundidad en la obra *La legítima defensa del territorio del Estado*, Tecnos, Madrid, 1991, escrita por MARTÍN C. ORTEGA CARCELÉN.

En relación con la concreción de dicho territorio, cuya esencialidad estamos considerando, las Constituciones mantienen criterios normativos diversos, ya que mientras que algunas de ellas precisan los lindes del territorio nacional (por ejemplo, la portuguesa) otras los omiten, y este es precisamente el caso de la española que, pese a recalcar la importancia del elemento territorial que estamos viendo imponiendo la unidad e indivisibilidad del mismo (caso de sus arts. 2, 8.1, 56.1, reservando al Ejército el papel de custodio al efecto) no efectúa ninguna precisión de qué es lo que constituye en definitiva la encarnadura fáctica de tal territorio, limitándose simplemente a darla por supuesta.

En relación con este escapismo constitucional, REMIRO BROTONS, en su obra dicha, página 53, tras interrogarse sobre su validez, pone de relieve que su operatividad es un indicio de que para el Estado cuya Constitución proceda de tal guisa el confín de su territorio resulta consolidado y pacífico, razón por la que la de 1812, nacido en momentos difíciles para la Monarquía y el Imperio, sí que se ocupó con toda la delectación del mundo en indicar, punto por punto, los límites territoriales de España, praxis, sin embargo, abandonada en las Constituciones posteriores, incluyendo la vigente, señalando a este respecto el autor citado *ut supra*, en su obra antes dicha, página 56 (después de efectuar una reseña histórica sobre la materia en la que la tónica general ha sido, como hemos apuntado ya, no descender al detalle descriptivo del territorio nacional), que «Igualmente, quien se acerque a la Constitución de 1978, fiera y extrovertida en la confesión voluntarista de unidad, indisolubilidad e integridad, buscará en vano la

determinación de los espacios —terrestres, marítimos y aéreos— sobre los que se extiende la soberanía española. No faltan las alusiones al "territorio español" (arts. 138.1, 139.2, 158.1 y 161.1), al "territorio de España" (art. 68.5), al "territorio nacional" (art. 19) o al "territorio del Estado" (art. 139.1) y cerca de veinte veces se hace mención de "España". La Constitución rompe una lanza por la integridad, pone a su servicio las espadas, pero se abstiene de definir nuestro territorio, fijar sus límites geográficos, señalar sus partes componentes».

Respecto a cuáles sean las razones determinantes de esta falta de objetivación territorial, si partimos de la base de la teoría antes explicitada es evidente que la misma hunde sus raíces en la falta de problemas sobre el particular, es decir, en que los lindes de la «finca nacional» no se discuten.

Ahora bien, con ser esta cuestión pacífica desde el punto de vista oficial, la misma no deja de presentar un telón de fondo ciertamente inquietante en méritos a que la pertenencia al predio nacional de los territorios de **África** no resulta todo lo consolidada que se pretende hacer creer, circunstancia que unida a la existencia en el espacio peninsular del enclave colonial de Gibraltar aflora una inmarcesible conflictividad en este sector.

Teniendo en cuenta lo que acabo de explicar, parece razonable entender que el tenaz silencio de los constituyentes obedeció a otros motivos, tales como aquellos a los que se refiere REMIRO BROTONS, en su obra dicha, página 57, motivos cuya *ratio*, y aludimos a esta cuestión en síntesis, enlaza con la idea de no positivar en modo alguno tal territorio con la finalidad de eludir el nexo entre la exigencia constitucional de mantener la integridad del mismo a todo trance (tal como impone la CE en los preceptos antes relacionados) y una relación territorial concreta de partes de un todo cuya incolumnidad constituye un dogma del más alto rango constitucional.

Lo explica muy bien dicho autor al decir literalmente al efecto que «La indisoluble unidad sería fundamento del Estado, pero las plazas norteafricanas quedarían al margen de esa unidad, no conmovida por su destino. Las Fuerzas Armadas defenderían la integridad de nuestro territorio, pero la adjetivación por sorpresa, al ritmo de la necesidad o la conveniencia, de una parcela del mismo como excrescencia y no como esencial, permitiría excusar su misión constitucional y consentiría a las Cancillerías negociar la cesión».

Volviendo al tema central de nuestro discurso, la categoría que estamos considerando, si bien acredita un perfil suficientemente nítido en lo tocante a su objetividad, llama la atención por el hecho de su enorme radio **aplicativo** ya que interpretado literalmente el artículo 94.1.c) CE pueden encontrar acomodo en el mismo tanto los tratados que afectan «mínimamente» a la integridad territorial, como aquellos que permiten una amputación de una parte sustancial del mismo, o dicho en otras palabras, resultan **subsumibles** bajo su régimen tanto los instrumentos de fijación de límites entre

España y los países limítrofes como aquellos que posibilitarían la cesión de Ceuta o Melilla a Marruecos.

Con abstracción de este matiz, es de notar también que nuestro ordenamiento constitucional no ha considerado con especial atención la variante de tratado que estamos viendo, distanciándose así de otros modelos constitucionales que teniendo en cuenta la enorme trascendencia de los mismos para sus respectivas vidas nacionales han erigido sistemas más alambicados para la asunción de sus compromisos, bien demandando mayorías parlamentarias reforzadas para ello, bien exigiendo el refrendo directo de las poblaciones concernidas o bien requiriendo la intervención institucional de los representantes de éstas.

Ninguna de estas posibilidades de rigidificar la materia ha sido contemplada por la CE, con lo que la modalidad convencional sujeta a consideración queda sometida al régimen autorizativo consagrado por el artículo 94.1 de la CE, sometimiento íntegro, sin ningún matiz diferenciador que viniera a drenar, aunque fuese en mínima medida, la falta de rigor con que en este orden de cosas se condujeron los constituyentes.

5') Tratados que afectan a los derechos y deberes fundamentales del individuo

A diferencia de los supuestos cuyas líneas maestras de sustentación acabo de patentizar, éste carece de antecedentes en nuestra historia constitucional, constituyendo su sustancia la potencial «afectación» de los Derechos básicos consagrados, reconocidos, sancionados o establecidos por la CE, afectación, sin embargo, que en modo alguno puede ser *ad peyus*, ya que de intentarse una operativa convencional en tal **sentido** el cauce adecuado para autorizar el tratado que así procediese no sería el trazado por el artículo 94.1 CE sino por el 95.1.

Así pues, tal afectación tendría que ser integradora o desarrolladora, al estilo de la recibida ya por propia exigencia constitucional por la vía del artículo 10.2 CE, precepto que acredita otras sedes distintas de ésta para su explicación.

Una vez ello explicado, sólo cabe añadir que la categoría presentemente analizada ha sido puesta en tela de juicio por lo tocante a su utilidad (siempre considerando la cuestión desde el marco de funcionalidad que estamos viendo), tema al que se refiere REMIRO BROTONS, en su colaboración a la obra colectiva antes indicada, señalando literalmente que «Una vez señalados los límites de la categoría, surgen las dudas acerca de su utilidad. Los tratados que afectan a los derechos y deberes fundamentales caben perfectamente en el supuesto de los que suponen modificación o derogación de alguna ley o

exigen medidas legislativas para su ejecución (art. 94.1 e), pues, en efecto, materia de ley es, conforme a la Constitución (art. 53.1), la regulación del ejercicio de los derechos y libertades. No faltaron en este sentido algunas voces que aconsejaron juiciosamente, aunque sin éxito, la supresión de una categoría tan poco común. Esta hubiera estado justificada sólo en el caso de que la conclusión de los tratados que son su objeto se hubiera sometido a un régimen especial de autorización. Pero no ha sido así».

6') *Tratados que implican obligaciones financieras para la Hacienda Pública*

Con este tipo la lista positiva de tratados sujetos al régimen de autorización parlamentaria por la vía del artículo 94.1 CE reinicia la positivación de categorías de honda raigambre en el ordenamiento constitucional español, siendo así que la modalidad convencional que nos ocupa fue de las primeras a tener sustancia constitucional.

Ahora bien, las circunstancias que motivaron el temprano interés sobre el tema (limitar el poder regio en sede de los tratados) habían desaparecido y ello provocó la necesidad de positivizar de manera diferente la rotulación de los instrumentos sujetos a debate a fin de conseguir adecuadamente el centramiento de su objetivo ya que si se exigiese la intervención parlamentaria para todo tipo de tratados que impliquen gasto para la Hacienda pública (aún mínimo) las competencias del Gobierno en este foro quedarían profundamente deterioradas.

Por esta razón, en el Anteproyecto de la Constitución sometido al análisis de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas se redujo el nivel de exigencia en este campo requiriendo la susodicha autorización parlamentaria sólo para aquellos casos en los que las obligaciones financieras asumidas por España fuesen «importantes», discurso normológico que estuvo a punto de prosperar y que se frustró en aras a lo explicado por el Senador L. MARTÍN RETORTILLO, en el sentido de que tal locución objetivaba un concepto jurídico indeterminado de enorme magnitud, permitiendo de cualquier tipo de valoraciones y provocador de inseguridad jurídica y de quiebras del sistema democrático, razones que debidamente atendidas dieron paso a la enunciación del tipo actual.

Ahora bien, con la tipificación efectuada no cabe duda que las potestades detentadas por el Gobierno se resienten de forma considerable, generando ello un potencial de sensibilidad al que no ha sido ajeno el Consejo de Estado, órgano consultivo que en el dictamen de su Comisión Permanente de 27 de agosto de 1981 ha venido a efectuar una lectura en clave de restricción de la variante convencional que estamos viendo, en lo tocante

a su sujeción al régimen del artículo 94.1, postulando su elusión del mismo en aquellos supuestos en que los gastos correspondientes puedan ser atendidos con las consignaciones presupuestarias ordinarias, ya aprobadas por las Cortes, fórmula en definitiva que, con mayor o menor acierto, tiende a centrar el tema competencial que en este entorno acredita como protagonistas supremos a las Cortes y al Gobierno, centramiento cuya exigencia venía impuesta por la enorme holgura de la tipificación efectuada por el artículo 94.1 en relación con el tipo descrito.

Otra cosa es que la praxis que preconiza el Consejo de Estado sea la más adecuada, aspecto al que alude REMIRO BROTONS en su colaboración en la obra colectiva dicha, página 495, autor que tras formular la sospecha de que «El Gobierno intentara evadirse de este precepto (el que tipifica la modalidad instrumental comentada) cuando pueda amparar la ejecución de obligaciones financieras de un convenio en epígrafes presupuestarios ya aprobados por las Cortes. La maniobra es hábil, pero constitucionalmente forzada. Las circunstancias de las que pudiera derivar fueron desestimadas al redactarse el artículo 94.1.d) y avalarlas conduce a chocar con él».

Como complemento de esta observación crítica, dicho autor, en la nota 165, al pie de la meritada página, tras hacer alusión al dictamen del Consejo de Estado antes mencionado, que sustrae del ámbito de aplicación del artículo 94.1 aquellos tratados que supongan obligaciones financieras para la Hacienda pública cuando éstas puedan ser satisfechas con cantidades previamente presupuestadas (y que por consiguiente limita la efectividad del sistema autorizativo del artículo 94.1 en relación con las categorías de tratados debatida cuando éstos «impliquen directamente gastos no previstos en las obligaciones presupuestadas», tal como también reza dicho Dictamen) señala literalmente que «Esta interpretación es considerada por A. J. RODRÍGUEZ CARRIÓN, *Control de los Tratados...*, cit., páginas 115-116, como peligrosa, en la medida en que puede incitar al Ejecutivo a la inclusión masiva de partidas presupuestarias extraordinarias. Advuértase, por otro lado, que la dictaminación de los Tratados corresponde a una Comisión —la de Asuntos Exteriores— y la de créditos a otra, la de Presupuestos.

7") *Tratados que supongan modificación o derogación de alguna ley o exijan medidas legislativas para su ejecución*

Para la mejor inteligencia del precepto creemos útil diferenciar los dos supuestos que se alojan en su *dictum*, es decir, aquel que exige la autorización parlamentaria en los términos del artículo 94.1 cuando el tratado en cuestión implique en virtud de su contenido la derogación total o parcial de

una ley y el que impone tal exigencia cuando el tratado a convenir sea de aquellos que demandan una ulterior actuación legislativa interna.

Ahora bien, esta dualidad de supuestos acreditan en común la nota de que la explicación de ambos es la misma: la de no violentar los esquemas ordinamentales internos respecto al rango de las leyes.

Lógicamente, para que tal noción —la del **rango**— tenga que ver en la justificación de la categoría es imprescindible el que no existan a nivel constitucional ni internacional reservas de ley ni de tratado, circunstancia que determina que tanto un producto normativo como el otro puedan incidir en los mismos supuestos fácticos, imputando a los mismos consecuencias jurídicas diferentes, o sea, discrepando en cuanto a concreta regulación impuesta, hipótesis que se trata de solventar, cuando la ley haya tomado la delantera al tratado, mediante la exigencia a la que hemos hecho alusión, es decir, la que impone la previa ratificación parlamentaria (por la vía del art. 94.1) del tratado ulterior contradictorio.

En la segunda de las eventualidades dichas, cuyo trasfondo continúa siendo un eventual desencuentro normativo entre el tratado y la ley, este, en vez de ser el primer producto normativo con el cual colisiona un tratado ulterior, lo que podría ser es un texto legal cuya adopción resultaría forzada para el legislador interno, siendo por ello de una impertinencia total, posibilidad que se trata de salvaguardar exigiendo la previa autorización del tratado que demandare desarrollo por vía legislativa interna.

Hipótesis de tratados derogatorios de leyes.—Esta categoría fue muy tempranamente atisbada por los estudiosos del tema (ver en tal sentido el Diario de Sesiones de 6 de enero de 1811, número 102, en el que se recoge la propuesta de DOU sobre la materia, referencia que recibo de la colaboración de REMIRO BROTONS a la obra colectiva dicha, página 496, nota 167) y tenida en cuenta bajo una fórmula locucionaria u otra, por los diversos textos constitucionales que han antecedido al actual, constituyendo la misma una manera de evitar, en lo posible, los aludidos conflictos entre leyes anteriores y tratados ulteriores, conflictividad que se trata de atajar imponiendo tal autorización que, consecuentemente, y teniendo en cuenta su carácter no legal, deberá ir acompañada de la promulgación de la consiguiente ley abrogatoria.

Ahora bien, entender que por la previa autorización concedida al tratado nos encontramos en presencia de una competencia legislativa tasada en virtud de la cual tal ley abrogatoria sea de obligada promulgación es mucho suponer, cuestión siempre abierta y en la que ofician diferentemente los autores.

Hipótesis de tratados que impliquen la adopción de medidas legislativas para su **ejecución**.—En este caso, lo que se trata es de evitar que la adopción de un tratado por parte del Ejecutivo o quede incumplido en el orden interno o se imponga a las Cortes la tarea de jurisdecir forzosamente.

Ahora bien, esta categoría resulta mucho menos definida que la anterior, que ya parte de un dato cierto —la existencia de una ley anterior total o parcialmente contradictoria con el contenido del tratado que se pretenda **concertar**—, certeza que no se da en modo alguno en la eventualidad sometida a debate ya que al no existir —salvo muy cualificadas excepciones— una reserva de ley, no puede decirse que **ningún** tratado, por incidir inicialmente en la misma tenga que ser desarrollado ineluctablemente por vía legal.

Planteado así el tema, resulta evidente que la alternativa contemplada carece de la más absoluta virtualidad, situación que se pretende evitar imponiendo interpretaciones «razonables» que yo no alcanzo a vislumbrar de ninguna manera.

Con abstracción de lo dicho, y partiendo de que efectivamente se obtenga *ad casum* la autorización a la que venimos aludiendo, se vuelve de nuevo a plantear el problema de hasta qué punto las Cortes deben prestar su colaboración al tratado previamente autorizado bajo las condiciones dichas, tema, repito, siempre abierto teniendo en cuenta lo complejo de su solución.

## 6. HOMOLOGACION DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LOS TRATADOS

### A) INTRODUCCIÓN

Que la Constitución, en cuanto norma suprema, debe ser respetada por todo tipo de disposiciones de inferior rango (que son todas las que puedan positivarse en el foro interno) es un hecho evidente que no demanda más explicación.

Ahora bien, la aplicación de esta evidencia en sede de los tratados lleva aparejada un cierto componente de singularidad, teniendo en cuenta la dual virtualidad procedimental y sustantiva de los mismos, internacional e interna.

En virtud de la vertiente internacional, la norma de reconocimiento que debe acreditar beligerancia en relación con su proceso constitutivo es, en lo fundamental, el Convenio de Viena, que acredita un triple componente preceptual: el imperativo, el remisivo y el dispositivo. El primero de ellos es aquel cuya cogencia no puede quedar sin efecto por vía de la actuación en contrario de los Estados implicados. El segundo es el que reenvía forzosamente a los sendos derechos internos reconociéndoles una competencia exclusiva en cuanto a la regulación de alguna parte del íter constitutivo de que se trate. El último es aquel cuya virtualidad puede quedar sin efecto por

vía de las pertinentes disposiciones internas, pero que en el caso de que no existan se adorna de una vigencia indiscutible como derecho supletorio de primer grado.

En obsequio a lo dicho resulta evidente que el gobierno del íter fundacional de los tratados se ejerce por dos ordenamientos absolutamente distintos y soberanos, circunstancia que patentiza ya una absoluta especialidad en este orden de magnitudes, siendo así que perfectamente cabe que la convergencia *ad casum* de los ordenamientos dichos (el internacional y el interno) no sea simétrica, con lo que la instauración de una situación de aporía resulta en hipótesis perfectamente plausible, quedando instaurada la misma, por ejemplo, cuando el tratado concertado fuese inválido en el plano interno y absolutamente legítimo en el internacional o viceversa, situación de eventual encarnación que en lo posible se trata de paliar por el Convenio de Viena al establecer su artículo 46 que:

«Disposiciones de derecho internacional concernientes a la competencia para celebrar tratados.—1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma fundamental de su derecho interno.

2. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y a la buena fe.»

En obediencia al tenor transcrito resulta claro que para el ordenamiento internacional una eventual violación del derecho interno de los Estados contratantes que se encarga de la oportuna delimitación competencial en sede de la celebración de los tratados es irrelevante y su alegación no resulta pertinente, salvo que las normas domésticas vulneradas lo sean manifiestamente y las mismas acrediten una importancia trascendental (obviamente para el Estado concernido).

Así pues, del *dictum* del artículo transcrito se deriva la primacía absoluta del Derecho internacional en cuanto regla de reconocimiento o primaria de los tratados (importancia que se desprende asimismo de otros artículos de dicho Convenio, tales como el 42 y el 53, en la medida en que uno y otros, en sus respectivos ámbitos de actuación, priorizan el valor del Derecho de gentes en relación con el proceso constitutivo de los tratados), prevalencia, sin embargo, modulada por la posibilidad de alegar con éxito una violación de los sendos ordenamientos domésticos en los términos explicados.

Ahora bien, en este caso, es decir, cuando el ordenamiento interno acredite protagonismo en cuanto derecho cuya vulneración pueda determinar la anulación de un tratado, se plantea el interrogante de cuál sea la sede idónea para aducir la susodicha violación, si la internacional o la interna.

Ni que decir tiene que esta fijación competencial acredita largo alcance ya que no resulta baladí para los ordenamientos concernidos quien deba decidir acerca de si ha existido tal violación del ordenamiento doméstico con relevancia internacional, tema, repito, de aguda conflictividad y resuelto de distinta manera y que, por lo tocante al ordenamiento español se ha traducido en el predominio resolutorio del Tribunal Constitucional, tal como vamos a ver de inmediato.

Continuando con este apunte introductorio tengo que referirme ahora a que en ocasiones, el proceso fundacional del tratado que se acomoda en su cabal integridad a los parámetros constitutivos preordenados por las reglas de reconocimiento internacionales e internas da a luz un instrumento atentatorio de las normas imperativas de uno u otro de los ordenamientos interno o internacional puestos en juego.

De nuevo en el enfoque de esta temática debe partirse del dato de que para el ordenamiento internacional no existe problema, ya que en virtud de sus directrices cardinales, lo único a tomar en consideración son sus propios preceptos, constituyendo la columna vertebral de esta primacía el anteriormente citado artículo 53 del Convenio de Viena, precepto que por su amplio espectro atina tanto a las normas internacionales procedimentales como a aquellas cuya cogencia e *inderogabilidad* para los Estados deriva de su propio contenido material, y que sienta literalmente que:

«Tratados que están en oposición con una norma imperativa de Derecho internacional general (*ius cogens*).—Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de Derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de Derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.»

El otro de los pilares de la fundamentalidad esencial de la norma internacional material en este foro es el artículo 27 de dicho Convenio, según el cual:

«El derecho interno y la observancia de los **tratados**.—Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 16.»

Teniendo a la vista el tándem de preceptos dichos, resultan inconcusas las siguientes conclusiones:

- a) Lo pactable por vía de tratado (que puede ser todo dado que no existe una reserva de tratado de carácter excluyente de posibilidades) sólo debe ser «legítimo» para el Derecho internacional, *ex* artículo 53 del Convenio, siendo indiferente que lo sea asimismo para el ordenamiento interno, *ex* artículo 27 de dicho Convenio.
- b) La prevalencia que la normativa expuesta supone para el Derecho internacional es absoluta y no modulable de la forma antes indicada para el supuesto de que existan desviaciones procedimentales importantes y manifiestas según los respectivos ordenamientos domésticos.

En base a todo lo dicho, queda suficientemente clara la primacía del Derecho internacional respecto del interno en aquellos casos en que se suscite una situación de controversia entre los mismos respecto a si un determinado tratado fue o no debidamente conformado o si, partiendo de este dato, sus cláusulas **atentan** o no a normas imperativas.

Ahora bien, esta visión no tiene por qué coincidir con la aportada por los sendos ordenamientos domésticos, los cuales, arrancando de unas premisas de operatividad diversas, pueden llegar a la conclusión opuesta, es decir, aquella que encarna en la prevalencia de su ordenamiento sobre el interno, conclusión que en caso de alcanzarse puede ser objeto de **optimización** a través del establecimiento de sedes jurisdiccionales (normalmente constitucionales) cuya misión es la de decidir si el íter de celebración ha sido el adecuado (valorándose éste, siempre, según los cánones propios) y si descartado este aspecto el contenido del tratado vulnera o no la Constitución.

En las páginas a venir vamos a abordar esta problemática en relación con nuestro ordenamiento constitucional, y quiero evidenciar ahora que el tema que voy a explayar de inmediato mantiene una cierta sintonía con el relativo a las relaciones que median entre los tratados y las leyes, afinidad derivada del hecho de que en ambos supuestos el principio de jerarquía ordinamental tiene bastante que decir, si bien es de advertir que tales similitudes no deben conducir hasta el extremo de intentar la globalización de dichos supuestos, ya que son muy distintas sus bases y sus eventuales soluciones.

De todos modos, antes de iniciar el estudio de la relación Constitución Española-tratado, voy a efectuar una composición disquisitiva sumaria sobre los principios de jerarquía y competencia, directrices de jurisdicción

sin cuya cabal intelección no resultaría entendible la problemática que a continuación voy a comentar.

B) ALUSIÓN A LOS CRITERIOS DE JERARQUÍA Y COMPETENCIA EN CUANTO ACTUANTES EN EL SENO DE LA TEORÍA GENERAL NORMATIVA

Considerándose el ordenamiento como un tejido más o menos denso de normas y no requiriéndose como elemento racionalizador del mismo la vigencia de un principio general de coherencia es evidente que los materiales que integran su entramado pueden, en un momento dado, entrar en colisión, situación que no forzosamente debe producirse, pero que efectivamente puede tener lugar.

Ante tal situación, la conflictividad que resulta de la misma y que encarna en la idea de que un mismo *factum* pueda ser objeto de inferencias jurídicas de signo contradictorio se resuelve en primer término aplicando *ad casum* el principio de competencia y ulteriormente, y en la hipótesis de que no sea fructífera la entrada en liza de éste, el de jerarquía.

El principio de competencia entraña su sustancia en la idea de que el cosmos ordinamental se diversifica en compartimentos normativos estancos en cuyo seno se efectúa la regulación de las materias integrantes de los mismos a base de una serie de normas que monopolizan en su sede la potestad innovadora, monopolio que excluye por completo una posible injerencia ordinamental **proviniente** de estrategias jurisdicentes adventicias.

En suma, se reserva a cierto linaje y etnia de normas la regulación exclusivista de una materia determinada, quedando ésta sustraída por completo a una eventual disciplina por dispositivos normológicos ajenos, que de incidir en el terreno acotado, imponiendo decisiones que le son prohibidas por carecer de título competencial *ad hoc*, serían inválidas aunque no fueren antinómicas con las que al supuesto considerado le son ofertadas por su legislación «natural».

Arrancando de las ideas expuestas, es claro que el principio competencial objeto de alusión sólo puede acreditar protagonismo en aquellos países en los que exista una determinada **estamentización** normativa, y no en los que sólo hace acto de presencia un solo poder jurisdicente con proyección nomotética global en todos los ámbitos de facticidad a considerar.

Ahora bien, tal fragmentación normativa debe ser el resultado de un previo proceso *ad hoc*, sometido a un poder soberano normológico común «supremo» que no sólo es la raíz de la misma sino también la fuente de su concreta operatividad y de las soluciones a su posible singladura disfuncional.

Partiendo de este *ratio*, el criterio objeto de debate resulta beligerante no sólo cuando la estructura del Estado es federal o quasi federal (supuesto de España), sino también cuando siendo unitario, por propia decisión de sus

órganos de poder la facultad de normación resulta escindida en diversos órganos competenciales que actúan, a los efectos que estamos viendo, con poder jurisdicente autónomo.

En base a lo dicho, y sea cual fuere la concreta articulación del sistema competencial que estamos viendo, lo cierto y verdad es que, incluso en los países federales donde su actuación es más nítida, su funcionalidad debe entroncarse con el principio de jerarquía ya que sólo por una norma superior a todos los eventuales acervos normativos autónomos esta distribución de títulos competenciales habrá podido ver la luz.

Con independencia de ello también es de reseñar que este principio de jerarquía será el que determine la concreta posición de las normas, en el caso de que éstas fueren de distinto tipo, dentro de cada uno de los conjuntos ordinamentales posibilitados por la vigencia del consiguiente canon competencial.

Ahora bien, la virtualidad de este último principio (el de jerarquía), decisivo para explicar el papel de cada norma dentro del ordenamiento competencial considerado, resulta absolutamente impertinente para explicar el por qué las disposiciones que invadan terrenos preceptualmente acotados son inválidas, invalidez que se produce por el simple hecho de tal extravasación, sea cual fuere el rango genérico de la norma invasora y aunque su inferencia jurídica coincida con la conformada por la norma competente, carencia de eficacia que se produce por la mera circunstancia de no acreditar la norma que estamos viendo el necesario soporte legitimador justificador de su eficacia innovatoria (o en su caso, derogatoria).

En ocasiones, este fenómeno redistributivo de materias no se produce, y entonces, y ante la posibilidad de que las distintas normas converjan asimétricamente sobre un mismo supuesto de hecho (posibilidad siempre latente cuando no existe una previa delimitación competencial al efecto), extrayendo del mismo consecuencias jurídicas divergentes, la norma primaria o de reconocimiento fundamental de los distintos Estados resuelve el problema a base de imponer una gradación jerárquica de las distintas disposiciones operantes en su seno, imponiendo la invalidez de aquellas que contradigan otras de rango superior, invalidez que actúa en un doble sentido, imposibilitando la eficacia derogatoria de las mismas, y permitiendo su no toma en consideración y/o anulación en el foro de que se trate.

Ahora bien, este principio de gradación o asignación jerárquica de las normas con vigencia en un mismo ordenamiento jurídico acredita como premisas ineludibles el que:

- a) Actúen en el mismo orden competencial.
- b) Sean formalmente válidas atendiendo a su propio proceso de alumbramiento.

- c) Incidan sobre idéntico *factum* de imputación al mismo tiempo que otras imponiendo soluciones nomotéticas inconciliables entre sí.

Si no se concita la trilogía basamental aludida, el problema o es de competencia (de conformidad con lo antes explicado) o es de incidencia en supuestos de afluencia patológica de las normas o simplemente es irrelevante por no existir discordancia ordinamental que dirimir.

Dándose estos presupuestos, el conflicto se resuelve a base del principio de jerarquía en virtud del cual la norma de inferior rango nada puede en contra de la superior, corriendo además el riesgo de ser anulada por los órganos competentes.

Por lo que se refiere a nuestro ordenamiento, así constitucional como ordinario, ambos principios aparecen formalmente reconocidos. Así, el de la competencia aparece claramente consignado en la CE teniendo en cuenta que la misma, en sus funciones de racionalización del poder político nacional, asume una clara orientación federal, distinguiendo entre competencias ejercibles por las Comunidades Autónomas y aquellas que sólo pueden ser detenidas por el Estado, y ello con independencia de aquellos casos en los que se prevé la posibilidad de compartir, bajo determinadas condiciones, alguna o algunas de las competencias dichas, ex artículos 148 y siguientes de la CE.

Con abstracción de esta manifestación, que podríamos calificar de suprema en este orden de cosas, también se detectan importantes visos de la clave competencial objeto de referencia en todo aquel abanico de supuestos en los que existe una reserva de ley orgánica, dispositivo que, posibilitado por el artículo 81 de la CE, sólo resulta explicable en méritos a la directriz objeto de referencia.

También, en el seno de la legislación infraconstitucional, no cabe duda de que el principio competencial materia de debate anida en no pocas temáticas, no siendo necesaria su reseña para no alargar en demasía estas **consideraciones**.

Por lo tocante al principio jerárquico, éste se adorna de una doble virtualidad. La primera es la que explica el porqué la Constitución acredita el carácter de norma fundamental y ello tanto en la esfera fundacional de las normas como en aquella que opera respecto a determinados contenidos de éstas.

Baste apuntar, para concluir adecuadamente con esta batería de reflexiones sobre el índice competencial objeto de debate, que éste ha sido considerado en su aspecto de canon sustancial de la teoría normativista en sede administrativa (englobando con el jerárquico) por el artículo 51 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de 26 de noviembre de 1992, texto legal que endo-

sando en lo necesario directrices ya sumamente consolidadas en estas áreas y teniendo en cuenta los nuevos planteamientos constitucionales sobre la materia sienta que:

«Jerarquía y competencia.

1. Las disposiciones administrativas no podrán vulnerar la Constitución o las Leyes ni regular aquellas materias que la Constitución o los Estatutos de Autonomía reconocen de la competencia de las Cortes Generales o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas.
2. Ninguna disposición administrativa podrá vulnerar los **preceptos** de otra de rango superior.
3. Las disposiciones administrativas se ajustarán al orden de jerarquía que establezcan las leyes.»

La primera manifestación de este principio jerárquico acredita un evidente matiz filosófico, correspondiendo su estudio a la teoría general del derecho, rama del conocimiento que investiga la eventual relación jerárquica que mantienen los textos constitucionales con criterios u ordenamientos superiores.

De todos modos, y aprovechando la coyuntura expositiva actual, tengo que poner de relieve que ciertas corrientes normativistas han explicado la relación **DIP-Derechos** internos en base al principio jerárquico que estamos viendo, discurso que es el propio de las escuelas monistas que parten de la base de una profunda imbricación o sinergia entre los ordenamientos relacionados, orientación profesoral que se escinde en una doble variante: la de los que patrocinan la primacía de los ordenamientos internacionales sobre los internos y las que sostienen la antítesis de esta postura.

Pues bien, los que militan en la primera de dichas banderías parten de la premisa de que la Constitución es una norma subordinada al Derecho internacional, opinión que tras diversos altibajos fue la definitivamente sustentada por KELSEN y VERDROSS, tesis, en suma, que se hace reposar en la clave jerárquica a la que venimos haciendo constante alusión.

Sea cual fuere la mejor opinión doctrinal acerca de la última *ratio* de la Constitución, lo cierto es que ésta ocupa la cúspide de los sistemas normativos de los distintos Estados y desde luego del nuestro, y ello tanto en la vertiente estrictamente normológica como en aquella conectada con las posibilidades materiales acreditadas por la legislación infraconstitucional que en ningún caso pueden atentar contra los cánones impuestos por la CE.

En relación con el primero de los aspectos aludidos, es decir, con el carácter que acredita la CE como norma de normas, su reconocimiento viene de la mano de la consagración por su artículo 9.3 del principio de jerarquía en su visión más polivalente, hecho que se traduce, por una parte,

en que en su seno se contenga una relación de los procedimientos para la adopción de las mismas (praxis de inexorable cumplimiento dado el carácter de norma fundamental con que se adorna la CE) y, por otra, en que la infracción de los *topois* constitucionales en este foro sea susceptible de provocar la intervención del Tribunal Constitucional, órgano que una vez comprobada ésta anulará el producto normativo de concepción antinómica con tales apremios, siendo en suma todo ello consecuencia de la primacía absoluta que en este orden de cosas acredita la Constitución.

Ahora bien, el que esto sea así no es propiamente una consecuencia de la beligerancia del principio jerárquico en esta sede, ya que, como apuntamos antes, para que éste asuma el protagonismo que se le es debido resulta imprescindible que las normas en conflicto lo sean tales, es decir, que hayan sido engendradas en buena y debida forma. Por el contrario, en la eventualidad que estamos viendo no es que las disposiciones que adolezcan de vicios insanables en su proceso constitutivo resulten anulables porque se hallen en contradicción jerárquica con la Constitución, sino simplemente porque tales disposiciones sólo lo son en apariencia al haberse incubado en confrontación con los planteamientos **normológicos** impuestos por ésta.

La jerarquía que aquí se postula en relación con el carácter de fuente suprema de todo el ordenamiento español que acredita la CE tiene valor para explicar esta cuestión desde posicionamientos muy generales, pero no es suficientemente hábil para razonar el por qué una norma que no se acomode al diseño procedimental impuesto por la CE resulta anulable por el Tribunal Constitucional y ello por una razón muy simple y es la de que no hay entre la CE y tal norma un conflicto de intereses como consecuencia de incidir ambos en supuestos fácticos comunes, sino simplemente un incumplimiento de lo ordenado a nivel constitucional que se sanciona con la anulación de la disposición cuestionada, vertiente penológica cuya virtualidad podría aducirse como argumento *a fortiori* para extraer el supuesto que estamos viendo de lo estrictamente jerárquico.

La situación es completamente distinta cuando se trata del enfoque de la relación en su aspecto material Constitución-ley, ya que en tal supuesto el principio jerárquico instaurado por el artículo 9.3 sí que opera en toda su extensión en aquellos casos en los que la legislación ordinaria entre en colisión con el Texto constitucional respecto al **nomenclator** de *factums* materialmente considerados, imputados o inferidos por ella.

En esta hipótesis, la fuerza activa o innovadora de la Constitución (y tratándose cuestiones ya reguladas precedentemente de forma contradictoria, derogatoria) es absoluta, acreditando también este paradigma su fuerza pasiva en la medida en que la misma resulta absolutamente inmune a cualquier abrogación de su contenido material por parte de la legislación que con ulterioridad a la misma se adopte.

Para que esta entrada en liza del principio jerárquico se arrope de la suficiente plenitud resulta imprescindible que se parta de la base de que la CE es una norma y ello no sólo en cuanto su carácter ordenador del poder, distribuidor de títulos competenciales de todo tipo y racionalizador del proceso productivo de todas las demás normas, sino también en lo tocante a su efectiva aptitud de innovación de toda aquella suerte de supuestos de hecho sujetos a su consideración ordinamental, extrayendo de los mismos una serie de inferencias, consecuencias e imputaciones jurídicas que obligan directamente a todos los operadores jurídicos incluyendo entre ellos a los jurisdicentes que se hallan compelidos al respeto absoluto de sus criterios sobre el particular.

En suma, la CE es una norma material, ubicada en la cúspide de todo el sistema normativo material y cuyos planteamientos, también normativos, representan el más alto rango de juridicidad, forma de ver las cosas, que en caso de colisión con la correlativa de otras normas anteriores o posteriores, prevalece siempre traduciéndose este hecho en la derogación de las primeras y en la invalidez de las segundas, situación que queda plasmada en concreto en la anulación de las mismas por el Tribunal Constitucional.

Ahora bien, esta conclusión, que en el día de hoy parece absolutamente lógica, no es sino el *cenit* de un largo proceso a través del cual las Constituciones han ido ganando gramaje de «materialidad», este fenómeno por un lado provocando un engrosamiento de su núcleo (en un principio confinado a lo estrictamente político) y, por otro, la necesidad de arbitrar un tipo de jurisdicción cuya misión fundamental sea la de velar por la primacía «efectiva» del contenido material dicho, proceso, repito, que puede darse por concluso y cuyo corolario normológico consiste en la entronización de la idea de que la Constitución es una norma como las demás, solo que superior (y ello también en lo material) a todas ellas.

En relación con la positivación de este principio —el de la primacía absoluta de la CE sobre todo el tejido normativo *español*— es de resaltar la contundencia de sus perfiles en la Ley Orgánica del Poder Judicial, texto que, tras sancionar en su Exposición de Motivos el carácter normativo supremo del que se adorna la CE («Una de las características de la Constitución española es la superación del carácter meramente programático que antaño se asignó a las normas constitucionales, la asunción de una eficacia jurídica directa e inmediata y, como resumen, la posición de indiscutible supremacía de que goza en el ordenamiento jurídico. Todo ello hace de nuestra Constitución una norma directamente aplicable, con preferencia a cualquier otra») instrumenta en sus artículos 5 y 6 un conjunto de enunciaciones cuyo significado sólo resulta comprensible desde la inteligencia de la CE como norma suprema, reflexiones normativas que en gran medida tienden a aportar practicidad al alcance superior de la CE (que el art. 5

dicho se encarga de remachar en su apartado 1 («La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico y vincula a todos los Jueces y Tribunales quienes interpretaran y aplicaran las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos») y cuyo detalle no nos interesa ahora.

También constituye un claro exponente de este proceso positivador de la CE como norma suprema (y con sus citas concluyo el repertorio de las posibles), la vigente Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, texto legal que tras referirse de forma abundante al texto constitucional en su Exposición de Motivos en su adjetivación de fundamental y básico no se olvida de rendirle concreta pleitesía en su articulado, siendo buena muestra de ello el *dictum* alojado en su artículo 51.1 antes transcrito.

Hasta aquí la alusión al principio de jerarquía desde aspectos constitucionales, es decir, en cuanto solucionador de conflictos entre la CE y la legislatura infraconstitucional.

En lo que atañe al protagonismo del mismo como dispositivo para solventar las tensiones que pueden suscitarse entre normas integrantes de la legalidad ordinaria, los materiales a tener en cuenta son, aparte del fundamental artículo 9.3 CE, aquellos que se ocupan de delinear el ámbito (competencial y jerárquico, que de todo hay) de las leyes orgánicas, es decir, de aquellas mencionadas en el artículo 81 CE, leyes que presentan singular dificultad por lo que se refiere a su encaje en el cosmos **ordinamental** y cuyo eventual conflicto con las leyes ordinarias ha sido **especialmente** debatido en la doctrina y en la jurisprudencia constitucional [ver STC 5/1981, con su peculiar teoría de las materias conexas con las propiamente orgánicas y la consiguiente congelación del rango de las mismas, no susceptibles de derogación, pese a su falta de «organicidad», por una ley ordinaria posterior (tema que ahora no nos corresponde analizar)].

Hecha abstracción de esta especial vertiente del problema, que se da exclusivamente entre normas de tipología legal, donde el principio que nos ocupa acredita su foro natural es en el seno de la relación ley-reglamento y entre los reglamentos entre sí.

En el contexto de la primera de las relaciones dichas, resulta plenamente vigente la tesis desarrollada por ADOLF MERKL, en *Teoría General del Derecho Administrativo* (traducción española), México, 1980, páginas 208 y siguientes, en el sentido de que —y en línea con las enseñanzas kelsenianas— cada acto creador de derecho es concomitantemente impositor de soluciones normativas de obligado acatamiento para los inferiores y mero ejecutor de los superiores.

De esta síntesis magistral de lo que da de sí la relación Ley-Reglamento, se desprende con toda facilidad el que la primera se adorna de un rango normativo superior al del segundo, dato del que se infiere, en riguroso correlato, la afectación de éste por una norma legal contradictoria posterior y la impotencia del mismo para abrogar una *lex* previa antinómica con sus planteamientos, bloque de consecuencias determinantes de la ineficacia del Reglamento de que se trate y la posibilidad de que éste resulte anulado por el órgano jurisdiccional competente.

Por su parte, esta teoría general sobre la materia, en realidad común a todo tipo de ordenamientos jurídicos modernos, resulta plenamente consagrada en nuestro foro ordinamental, constituyendo el espinazo de su instrumentación institucional lo postulado al efecto por los artículos 103.1 («La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho») y 106.1 (Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican»), ambos de la CE, preceptos de los que dimana una subordinación evidente de la actuación administrativa en general (abarcando ésta a la estrictamente normativa) a la ley, actuación que en todas sus vertientes (incluida la reglamentaria) se halla sometida al control de los Tribunales, control (que no alcanza a las leyes) que se diversifica en un doble sentido, sustanciándose el primero de ellos en el artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985, según el cual «Los jueces y Tribunales no aplicarán los Reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa», posibilidad en modo alguno **virtual** cuando se trate de leyes ya que en tal caso, y ante la duda de que la misma fuese anticonstitucional, el órgano jurisdiccional que deba aplicarla sólo se halla legitimado para formular la consiguiente cuestión de inconstitucionalidad, todo ello de conformidad con lo previsto en los artículos 163 CE, 35 y siguientes de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 3 de octubre de 1979 y 5.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial antes mencionada.

En lo que atina a la otra manifestación del control que los Tribunales ejercen sobre los Reglamentos, éstos, cuando son ilegales, pueden ser objeto de la pertinente anulación, posibilidad en la que inciden cuando los mismos contradigan leyes anteriores, todo ello de conformidad con lo explicado hasta aquí y también con lo que literalmente se desprende del artículo 26 de la Ley del Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio, de 1957, precepto que traduciendo a lo estrictamente jurídico lo indicado en el Preámbulo de dicho texto legal sobre la materia («El título tercero... proclama el principio de la jerarquía normativa entre

las disposiciones de diferente grado y el obligado respecto a la Ley en todo caso») sienta literalmente que «La Administración no podrá dictar disposiciones contrarias a las leyes...»), exigencia cuya eventual contravención determinará la utilización de la baza a la que se refiere el artículo 28 siguiente, según el cual «Serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que infrinjan lo establecido en los artículos anteriores», entre los cuales se incluye, obviamente, el 26 que acabamos de literalizar.

Este es dispositivo material que permite la entrada en juego del mecanismo jurisdiccional anulatorio de los reglamentos ilegales, mecanismo cuya sincronía opera en consonancia con lo precisado al efecto por la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, texto que considera como potenciales actos sujetos a la consideración de los Tribunales cuya actuación regula «las disposiciones de categoría inferior a la ley», *ex art. 1*, «disposiciones de carácter general de la Administración Central», *ex art. 28.1.b*), o también «disposiciones de carácter general que dictaren la Administración del Estado, así como las Entidades locales y las Corporaciones e Instituciones Públicas», *ex artículo 39.1*.

Este es el marco operacional en cuyos contornos actúa el principio de jerarquía como instrumento en virtud del cual se dirimen determinadas contiendas entre la ley y el reglamento, praxis cuya efectividad se traduce siempre en la inefectividad *ad casum* del Reglamento ilegal cuando su aplicación corra a cargo de los Jueces y Tribunales y en determinados supuestos, en la anulación formal de dicho Reglamento a manos de los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo.

Ahora bien, y con la finalidad de agotar estas reflexiones generales sobre el particular tengo que poner en evidencia que las soluciones relacionadas también acreditan beligerancia en el seno de los conflictos que se susciten entre las propias normas reglamentarias, siendo ello consecuencia de la lógica y de lo positivado por la preceptiva que se ocupa de esta materia, siendo al efecto reseñables los tenores literales del artículo 51.2 y 3 de la LRJAE-PAC ya literalizados y el del artículo 23 de la LRJAE, según el cual:

«1. Ninguna disposición administrativa podrá vulnerar los preceptos de otra de grado superior.

2. Las disposiciones administrativas de carácter general se ajustarán a la siguiente jerarquía normativa:

Primero, Decretos; segundo, Ordenes acordadas por las Comisiones Delegadas del Gobierno; tercero, Ordenes Ministeriales; cuarto, disposiciones de autoridades y órganos inferiores, según el orden de su respectiva jerarquía.»

Partiendo de este dispositivo ordinamental, instaurador en el foro administrativo del principio jerárquico objeto de permanente alusión, aquellos reglamentos que incumplan el apremio conformado por el artículo 23 transcrito quedarán sometidos al régimen de invalidez patrocinado por el artículo 28 de la LRJAE (también literalizado con anterioridad), artículo cuya efectividad práctica queda encomendada a la jurisdicción de los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo en los mismos términos antes expuestos, solución radical que también resulta acompañada en este ámbito por la propuesta del artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, texto que permite al Juez que entienda del litigio el dejar de aplicar *ad casum* un reglamento formalmente vigente en aquella hipótesis en la que el mismo, pese a su colacionabilidad material en la litis, vulnere el principio de jerarquía en sede estrictamente reglamentaria.

No quiero concluir estas consideraciones generales sobre la materia sin poner de relieve que cuando la antinomia quede instaurada entre normas de igual rango entonces, aun cuando no puede decirse en puridad que la norma posterior es jerárquicamente superior a la anterior, lo cierto y verdad es que en virtud de la fuerza activa de esta última la primera queda derogada, todo ello en méritos a un régimen cuya explicación aparece perfectamente instrumentada en la obra de LUIS MARÍA DíEZ-PICAZO «La derogación de las leyes», Cívitas, Madrid, 1990.

## 7. HIPOTESIS DE DISFUNCION ENTRE EL TRATADO Y LA NORMATIVA EstrictAMENTE DOMESTICA ESPAÑOLA

### A) IDEA GENERAL

Teniendo en cuenta todo el componente alegacional que ha antecedido lo que debemos considerar ahora es que influencia pueden acreditar en el foro constitucional los principios antes dicho de competencia y jerarquía cuando lo que se somete a estudio es la posición del tratado frente a la Constitución y la legislación subconstitucional española.

En relación con el primero de ellos —el de competencia— se produce un fenómeno de convergencia de órdenes normativos absolutamente independientes, razón por la que la problemática de los tratados no pueda ser contemplada desde esta perspectiva competencial, siendo así que su vigencia en el orden doméstico aparece en última medida modulada por la existencia de ciertos dispositivos correctores de su eventual disfuncionalidad que no se dan cuando los que entran en discordia son el derecho interno y el internacional (dispositivo que en el orden doméstico encarna en la posibilidad de dirimir los conflictos competenciales que puedan surgir entre el

Estado y las Comunidades autónomas o entre éstas entre sí, *ex* artículo 161.1.c) CE y 59 y sigs. de la LOTC).

Siendo ello así, el que se produzca una aplicación asimétrica entre tales órdenes competenciales en relación con el proceso formativo de los tratados es una cuestión cuya solución depende en exclusividad de lo que cada uno de ellos diga, convergencia que en el caso español debe examinarse sólo a la luz de lo previsto en su ordenamiento doméstico.

B) SOLUCIONES IMPUESTAS POR LA LEY ESPAÑOLA

a) *Respecto al proceso formativo del tratado*

La CE, de entre todas las opciones posibles (y ya sabemos que era soberana en su búsqueda de soluciones al respecto) ha seguido un criterio absolutamente **territorialista** en torno a qué derecho formativo —el interno o el **internacional**—, debía ser tenido en cuenta con carácter prioritario —y en suma prevalecer en caso de **confrontación**— criterio cuya existencia se capta con claridad al permitir la anulación de los tratados por su eventual inconstitucionalidad extrínseca (y ello con absoluta independencia de lo que postula para el foro internacional el artículo 46, del Convenio de Viena antes transcrito), categoría de antijuridicidad motivadora de la sustanciación del consiguiente recurso (o cuestión) de inconstitucionalidad, que, de prosperar, dará al traste con el tratado concluido y ello aunque según el DIP el mismo resultase perfectamente conformado.

A este tipo de vicios (provocadores en su caso de la anulación del tratado en cuestión) se refiere REMIRO BROTONS, en su colaboración a la obra colectiva antes dicha (pág. 544) al decir que «Las manifestaciones de inconstitucionalidad extrínseca se deducen de la infracción de los preceptos constitucionales —y de los que, no siéndolo, se integran en el denominado bloque de **constitucionalidad**— que ordenan la participación de los distintos poderes del Estado en la celebración de los tratados internacionales. Se dice de un tratado que es formalmente inconstitucional por incompetencia o exceso de poder del órgano que manifestó el consentimiento o por vicios procesales graves en el iter formativo de la voluntad del Estado. Piénsese, por ejemplo, en que el Gobierno, sin autorización de las Cortes, concierte un tratado encuadrable en uno de los apartados del artículo 94.1 de la Constitución, o en que se preste el consentimiento a un tratado de los previstos en el artículo 93 sin que la autorización se formalice mediante ley orgánica».

En suma, pues, lo que se sanciona por la vía de la consiguiente anulación del tratado concertado —**con** independencia, repito, de que el mismo

sea válido en su consideración desde el DIP— es la vulneración del alcance que como norma de reconocimiento o primaria acredita la Constitución, condición que por propia decisión de la misma también se proyecta sobre el proceso constitutivo de los tratados, anulación que únicamente podrá ser decretada por el Tribunal Constitucional una vez que triunfe en tal sentido el recurso previsto al efecto, procedimiento que también es el operativo cuando el tratado en cuestión vulnere el contenido material de la Constitución, aspecto que vamos a debatir de inmediato en las páginas siguientes, aludiendo a ellas, de forma global (incluyendo por tanto la posibilidad anulatoria con vigencia en estas áreas por inconstitucionalidad extrínseca), a la praxis concreta de dicho recurso.

b) *Respecto de su contenido*

a') *Idea general*

El DIP, partiendo de la noción amplia de los tratados que el mismo propicia (tema ya visto en este trabajo) no auspicia ninguna reserva material concreta en beneficio de ellos, razón por la que una eventual antinomia con las normas internas de los países signatarios de los mismos es siempre una posibilidad a considerar.

Para el DIP, la cuestión está clara: debe prevalecer siempre el contenido pactado, *ex* artículo 27 del Convenio de Viena (ya literalizado).

Para los Derechos internos, la solución que deba darse a este problema será la impuesta por su propio criterio *normológico* (absolutamente soberano en este ámbito), dependiendo la calidad de la solución adoptada entre otras razones, de la mayor o menor incidencia del DIP en el foro interno, cuestión esencialmente política y alejada de reglas fijas.

Por lo que concierne al Derecho español debemos distinguir según que la divergencia de imputaciones jurídicas respecto de un mismo supuesto de hecho afecte a los tratados en su relación con la Constitución o con la legalidad infraconstitucional, dúptico de posibilidades que pasamos a evidenciar de inmediato, siempre partiendo de que en ambos supuestos lo único que debe preponderar para el DIP es el mensaje ordenador aportado por el contenido del tratado en cuestión.

b') *Supuesto de disconformidad del tratado con la Constitución*

La solución que impuso la CE respecto a la eventualidad de que se plantease un problema del tipo que estamos viendo, es decir, aquel mate-

rializado en la conclusión de un tratado vulnerador de sus apremios materiales fue:

- a) Intentar evitar que éste emergiese, instrumentando al efecto un mecanismo preventivo de tal posibilidad.
- b) Una vez esté aflorado, imponer la primacía absoluta de su propio criterio normativo, posibilitando la anulación del tratado contradictorio por la incidencia de éste en una hipótesis de **inconstitucionalidad** que REMIRO BROTONS, en su colaboración a la obra colectiva antes dicha, página 544, clasifica de «intrínseca», señalando literalmente que ésta «se produce, a su vez, cuando el tratado es por su contenido, incompatible con las normas de la Constitución».

Pues bien, la teoría general constitucional (encarnada en las dos conclusiones dichas, de las cuales emerge el corolario de que si el tratado que se pretende celebrar es manifiestamente inconstitucional [o si en caso de duda el TC decide en este sentido] lo que procede es que antes de su celebración se revise adecuadamente la CE) es la que resulta de los artículos que se ocupan de este temática, y que son el 95 y el 161, ambos de la CE (así como los que desarrollan este último, contenidos en la LOTC y en los Reglamentos del Congreso y el Senado).

El primero de ellos sienta literalmente que:

- «1. La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional.
- 2. El Gobierno o cualquiera de las Cámaras puede requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción.»

Por su parte, el artículo 161 CE, al elaborar el capítulo intervisor del Tribunal Constitucional, incluye en el mismo su potestad de conocer «Del recurso de **inconstitucionalidad** contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley», expresión, esta última, de significado ciertamente ambiguo y abierto al interrogante que fue a la postre clarificado por la LOTC, que aporta detalle a su evanescente tenor al incluir expresamente entre los textos susceptibles de declaración de inconstitucionalidad a los «tratados internacionales», despejándose así las dudas suscitadas en esta sede, dudas que, por el contrario, nunca se suscitaron, dada la claridad de concepción del artículo 95.2 CE, acerca de la posibilidad consultiva que el mismo instaura, y que fue asimismo mencionada por los artículos 2.1, 10.4 y 78 LOTC (y los Reglamentos del Congreso y del Senado aludidos).

Así pues, y este puede ser el colofón de esta serie de observaciones, la primacía de la Constitución, en cuanto norma suprema aportadora de soluciones materiales es absoluta, esfumándose cualquier posibilidad de que

ésta fuese más respetuosa con los apremios internacionalistas, respeto sin embargo que si se ha evidenciado en el hecho de que la promulgación de la misma no provocó la derogación, por incompatibilidad, de los tratados anteriores a diferencia de lo que sí sucedió con las leyes preconstitucionales, tratados no afectados por la disposición derogatoria 3 de dicha Constitución y que en virtud de lo previsto en el artículo 96.1 (que veremos luego) y en los artículos 161 CE y 27 LOTC sólo pueden ser anulados por el procedimiento de declaración de inconstitucionalidad, tema al que aludiremos con ulterioridad.

a") Alusión al control previo a desplegar en este campo

1") Introducción

Con la finalidad de evitar en lo posible la eventual responsabilidad del Estado en méritos a los postulados alojados en el artículo 27 del Convenio de Viena (ya literalizado), en virtud del cual no se puede excepcionar la exigencia del contenido de los tratados en base a la potencial aducción como excusa de lo previsto en sus sendas normativas domésticas (criterio absolutamente antinómico, tal como hemos advertido, con la solución adoptada por el ordenamiento constitucional español), la CE impone la beligerancia de un sistema tendente a drenar en lo posible las dudas que puedan suscitarse acerca de si el tejido obligacional de un tratado hacedero infringe o no las normas materiales de la CE, todo ello con la finalidad de evitar su conclusión.

Por tanto, la hipotética virtualidad del remedio que estamos viendo sólo resulta activable en el caso de que sus potenciales detonadores (los operadores legitimados para su desencadenamiento) no se hallen convencidos bien de su absoluta anticonstitucionalidad o bien de todo lo contrario, ya que en esta hipótesis el planteamiento del dispositivo que nos ocupa carecería de sentido.

Ello alegado, vamos a efectuar la radiografía del mecanismo de dicho proceso controlador, diversificando la misma en sendos apartados relativos a la legitimación que se requiere para actuar en su sede, al aspecto objetivo sobre el que debe versar la duda que constituye la última ratio del sistema, a su concreta procesalidad y a su desenlace.

2") Legitimación para actuar ad hoc

Debe partirse del principio nuclear de que la aptitud para instar en este foro sólo resulta reconocible en aquellos órganos que actúan, en un sentido

o en otro, en el proceso formativo del tratado en cuestión, quedando por ello al margen de este capítulo de posibilidades aquellos otros que acreditando capacidad genérica para operar en el foro de la justicia constitucional por su carencia de protagonismo en relación con dicho proceso formativo no acreditan ningún tipo de posibilidades al efecto, siendo este el caso de las Comunidades Autónomas y del Defensor del Pueblo, y ello aun cuando tal exclusión suponga una neta diferenciación con el régimen que para la denuncia de la constitucionalidad de los tratados ya celebrados se instrumenta por nuestro ordenamiento, ya que en este foro la capacidad postulativa del Defensor del Pueblo es evidente, y la de las Comunidades Autónomas, en aquellos tratados que afecten «a su propio ámbito de autonomía», para un sector doctrinal, también, todo ello como consecuencia de lo que al efecto señala el artículo 32 de la LOTC (en relación con el 162.1 CE), tal como veremos luego.

Mención expresa merece la exclusión de la figura del Rey en este orden de cosas, exclusión derivada del hecho de que permitirle actuar en este ámbito supondría una contradicción flagrante de su sentido simbólico y representativo, amén de que su legitimación postulativa en sede del Tribunal Constitucional no está tampoco prevista en relación con ninguna de sus actividades de control.

Retengamos, pues, que para que la «duda» a la que nos venimos refiriendo insistentemente tenga la adecuada correspondencia en estas áreas, la misma debe ser tenida por alguno de los órganos expresamente legitimados para intervenir en este plano preventivo y cautelar, órganos que son, en suma, aquellos a los que se refiere expresamente el artículo 78 de la LOTC, precepto que junto con los anteriormente mencionados 2.1, e) y 10.d) constituye el cuerpo normativo básico, a nivel de desarrollo, de lo precisado, a nivel constitucional, por el artículo 95.2 CE, artículo, el 78 dicho, que se ocupa del aspecto legitimador que estamos viendo en su apartado 1 al señalar literalmente que:

«El Gobierno o cualquiera de ambas Cámaras podrá requerir al Tribunal Constitucional para que se pronuncie sobre la existencia o inexistencia de contradicción entre la Constitución y las estipulaciones de un tratado internacional cuyo texto estuviera ya definitivamente fijado, pero al que no se hubiere prestado aún el consentimiento del Estado.»

En relación con este repertorio de supuestos, y descendiendo al detalle de su concreción, tengo que señalar que la aptitud postulativa del Gobierno en este ámbito se adorna de unas condiciones de racionalidad evidentes, siendo así que el mismo es el supremo propiciador de su celebración. Otra cosa es **que** tal aptitud se ejerza plenamente, aspecto muy bien debatido por

REMIRO BROTONS en su colaboración a la obra colectiva antes dicha en la que se lee sobre el particular (pág. 558) que «La legitimación del Gobierno es, ciertamente, inobjetable. Cabe dudar, sin embargo, de su disponibilidad para ejercer realmente la facultad que se le reconoce. El Gobierno es, en efecto, el hacedor del tratado y el depositario de la iniciativa para su tramitación parlamentaria. Decidido políticamente a la conclusión, no parece ser el órgano tentado a inquirir un horóscopo de constitucionalidad para el tratado que desea perfeccionar. Sólo el desacuerdo entre los componentes de una coalición, un cambio en la composición y orientación política del Gobierno o un incómodo dictamen del Consejo de Estado, obligarán a modificar este pronóstico».

Por mi parte, y sin perjuicio de avalar en términos generales el sentido de la tesis expuesta, no puedo menos de reconocer que hasta ahora el único caso de entrada en juego del mecanismo cautelar que estamos analizando lo fue a instancias del Gobierno, siendo este el supuesto resuelto por el TC como consecuencia de la iniciativa adoptada en tal sentido por el Ejecutivo en su reunión de 24 de abril de 1992, iniciativa que una vez tramitada y resuelta dio pie a la adopción de la Ley de reforma constitucional de 27 de agosto de 1992, por la que se dio nueva redacción al apartado 2 del artículo 13 de la CE, permitiéndose así la asunción por parte de España de todos los apremios contenidos en el Tratado de Maastricht, texto cuya contradicción parcial con el indicado artículo 13 CE fue objeto de expresa evidencia por el dictamen *ad hoc* de dicho TC.

En lo tocante a la capacidad postulativa atribuida a los Cuerpos colegisladores, su expresa articulación se efectúa por los Reglamentos de los mismos.

Así, en lo que se refiere al Congreso, su Reglamento alude al tema al sancionar en su artículo 157.1 que:

«Si durante la tramitación de un tratado o convenio en el Congreso de los Diputados se suscitaren dudas sobre la constitucionalidad de alguna de sus estipulaciones, el Pleno del Congreso, a iniciativa de dos Grupos Parlamentarios o una quinta parte de los Diputados, podrá acordar dirigir al Tribunal Constitucional el requerimiento previsto en el artículo 95.2 de la Constitución.»

Por su parte, el artículo 147, inciso primero, del Reglamento del Senado señala sobre el particular que:

«La Cámara, a propuesta de un Grupo Parlamentario o de veinticinco Senadores, podrá requerir al Tribunal Constitucional para que declare si un Tratado o Convenio, sometido a su consideración, es o no contrario a la Constitución.»

Con independencia de las disfunciones que en cuanto a fijación concreta de los *quorum* resultan de los sendos artículos dichos, lo que más llama la atención de los mismos es su rechazo a permitir la actuación de las minorías discrepantes en este foro, tema muy bien comentado por REMIRO BROTONS, que en su colaboración a la obra colectiva dicha, página 560, tras hacerse eco de las presuntas desventajas del sistema opuesto al vigente (retrasar indebidamente la conclusión de los tratados, politizar al TC, etc.), censura con cierta acritud la praxis ordinamental provocadora de esta lectura restrictiva de las posibilidades ofertadas por el artículo 95.2 CE señalando literalmente que «Pero esta aproximación institucional a la legitimación no es convincente: 1) porque todos los males que anuncia tienen remedio ponderando adecuadamente el número o porcentaje de parlamentarios mínimos para despachar la solicitud, agilizando el procedimiento y reclamando templanza de los grupos parlamentarios; 2) porque el objetivo primordial del control es la salvaguardia de la Constitución y, en relación con las Cámaras legislativas son las mayorías y no las minorías las que determinan los actos que puedan violentarlas, y 3) porque los peligros del acceso de las minorías al Tribunal son independientes del carácter preventivo o reparador del control, siendo un despropósito negarlo en el primer supuesto y aceptarlo en el segundo —como ocurre en nuestro país, donde la misma Constitución reconoce a 50 diputados o a 50 senadores la facultad de interponer recursos de inconstitucionalidad contra leyes vigentes y disposiciones normativas con fuerza de ley (arts. 161.1.a) y 162.1.a)—a menos que se haya caído en el maquiavélico cálculo de que el Tribunal siempre será más reactivo a declarar la inconstitucionalidad de un tratado ya en vigor o de que los parlamentarios de la oposición, perdida la batalla política de la conclusión menguaron en su interés por suscribir el recurso».

3') Clases de tratados que pueden motivar la activación del íter que nos ocupa

Debe partirse de la evidencia de que sólo los que se celebren con ulterioridad a la entrada en vigor de la CE pueden ser objeto del recurso que estamos comentando sin que pueda establecerse ninguna diferencia al respecto según que el instrumento en cuestión a valorar encaje en alguna de las categorías apuntadas por los artículos 93 o 94, **categorización** cuya virtualidad es sumamente trascendente en otro orden de cosas, pero no éste, ya que cualquier modalidad de tratado, por su contenido, puede vulnerar los dictados constitucionales.

En relación con la objetivación del trámite materia de comentario suscitó una peculiar incertidumbre la cuestión de si los tratados celebrados bajo

el régimen del artículo 93 excusaban la necesidad de instar la modificación constitucional prevista por el artículo 95, y con ella, y en su caso, la exigencia de demandar el parecer del TC previsto en el apartado 2 de dicho precepto, cuestión que en el día de hoy ha sido totalmente clarificada por el propio TC a través del dictamen que dio paso a la modificación del artículo 13 CE, dictamen al que antes nos hemos referido y que en lo tocante a la problemática a la que acabamos de referirnos dijo literalmente (respondiendo así negativamente a la tesis sustentada por el Abogado del Estado en su informe sobre el caso), que «Por lo demás, tampoco el artículo 93 de la Constitución se prestaría a ser empleado como instrumento para contrariar o rectificar mandatos o prohibiciones contenidos en la norma fundamental, pues, ni tal precepto es cauce legítimo para la reforma implícita o tácita de la Constitución, ni podría ser llamada atribución del ejercicio de competencias, en coherencia con ello, una tal contradicción, a través del tratado, de los imperativos constitucionales.

Que lo primero, como queda dicho, no requiere ahora argumentación muy prolija, pues el tenor literal y el sentido mismo del artículo 95.1, aplicable a todo tipo de tratados, excluyen con claridad el que mediante cualquiera de ellos pueden llegar a ser contradichas o excepcionadas las reglas constitucionales que limitan, justamente, el ejercicio de todas las competencias que la Constitución confiere, algunas de las cuales pueden ser cedidas, *quo ad exercertium*, en virtud de lo dispuesto en el artículo 93. Los poderes públicos no están menos sujetos a la Constitución cuando actúan en las relaciones institucionales o supranacionales que al ejercer *ad intra* sus atribuciones y no otra cosa ha querido preservar el artículo 95, precepto cuya función de garantía no debe resultar contrariada o disminuida por lo prevenido en el artículo 93 de la misma Norma fundamental. Se ha de procurar, más bien, una interpretación que concilie ambas previsiones constitucionales; lo que supone afirmar, de una parte, que los enunciados de la Constitución no pueden ser contradichos sino mediante su reforma expresa (por los cauces del Título X), y reconocer también, de la otra, que cabe autorizar, mediante ley orgánica, la ratificación de tratados que, según quedó dicho, transfieran o atribuyan a organizaciones internacionales el ejercicio de competencias *ex Constitutione*, modulándose así, por tanto, el ámbito de aplicación, no el enunciado, de las reglas que las han instituido y ordenado. Este es, sin duda, un efecto previsto por la Constitución, y, en cuanto tal, legítimo, pero ninguna relación guarda con el que depararía la colisión textual y directa entre la propia Norma fundamental y una o varias estipulaciones de un tratado. Tal hipótesis —la del tratado contra *constitutionem*— ha sido, en definitiva, excluido por el artículo 95.»

De todo lo que acabo de explicitar se desprende, y ello es lo único que ahora nos interesa, que todo tipo de tratados, sea cual fuere su expresa

denominación y la relación que guarden con otros (y ello aunque éstos fuesen de los aprobados mediante ley orgánica) cuando los mismos presenten dudas acerca de su constitucionalidad deben ser valorados de conformidad con el trámite adverbador que estamos analizando.

#### 4') *Metodología del mismo*

Partiendo del apunte legitimador indicado y de la referencia a la objetivación sustancial del íter que nos ocupa, éste debe activarse tempestivamente, queriendo ello decir que el mismo ha de iniciarse una vez debidamente autenticado el texto y antes de su aprobación parlamentaria, *tempus* hábil cuya reseña, implícita en el artículo 95.2 CE, aparece literalmente consagrado por el artículo 78.1 LOTC.

Ahora bien, partiendo de la existencia de este listón cronológico básico nada veta la posibilidad de que el Gobierno pueda instar en estas áreas antes o durante la tramitación parlamentaria aunque lo normal es que se efectúe antes, siendo asimismo lógico que cuando la iniciativa en cuestión parta del Congreso o el Senado ésta se active una vez que en el curso del debate que la misma motive aflore la duda a la que nos hemos referido insistentemente.

Una vez desencadenado en tiempo oportuno el debate constitucional al efecto, frente al silencio de la LOTC que no impuso la suspensión cautelar del trámite aprobatorio en cuestión, cuando éste resulta detonado por el Congreso o el Senado tal paralización provisoria resulta de sus respectivos Reglamentos.

Así, el artículo 157 del Congreso indica, en su apartado 2, que «La tramitación del tratado o convenio se interrumpirá (una vez activado el trámite) y sólo podrá reanudarse si el criterio del Tribunal es favorable a la constitucionalidad de las estipulaciones contenidas en aquél».

Por su parte, el artículo 147 del Reglamento del Senado, incidiendo en la misma línea nomotética, señala en su inciso último que «Acordado dicho requerimiento (el alusivo a la presunta inconstitucionalidad intrínseca del tratado a concluir) se suspenderá la tramitación del Tratado o Convenio hasta la decisión del Tribunal. En el caso de que ésta fuese negativa, se continuará el procedimiento».

Planteada en debida forma (y en tiempo oportuno) la iniciativa *ad hoc*, tendrá lugar lo previsto en el artículo 78.2 y 3 LOTC, según el cual:

«Recibido el requerimiento, el Tribunal Constitucional emplazará al solicitante y a los restantes órganos legitimados, según lo previsto en el apartado anterior, a fin de que, en el término de un mes, expresen su opinión fundada sobre la cuestión. Dentro del mes siguiente al transcurso

de este plazo y salvo lo dispuesto en el apartado siguiente, el Tribunal Constitucional emitirá su declaración que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 95 de la Constitución, tendrá carácter vinculante.

3. En cualquier momento podrá el Tribunal Constitucional solicitar de los órganos mencionados en el apartado anterior o de otras personas físicas o jurídicas u otros **Organos** del Estado o de las Comunidades Autónomas, cuantas aclaraciones, ampliaciones o precisiones estimen necesarias, alargando el plazo de un mes antes citado en el mismo tiempo que hubiesen concedido para responder a sus consultas, que no podrán exceder de treinta días.»

A través de todo el entramado de informes que puedan adjetivar el *corpus* procedimental del trámite que estamos analizando, el TC debe adquirir la plena convicción sobre la constitucionalidad o no del convenio sometido a su conocimiento, debiendo tenerse en cuenta que el parámetro normativo con el cual debe establecerse la consiguiente ecuación adverativa aparece compuesto por lo que se denomina «el bloque de constitucionalidad», integrado no sólo por la CE sino por toda aquella suerte de disposiciones subconstitucionales orbitantes en sus aledaños más próximos, conjunto de normatividad sustancial a preservar sin que para su eventual violación sirva de excusa el que el tratado en cuestión sea un simple desarrollo o ejecución de otro previamente aprobado por ley orgánica, cuestión a la que me referí con anterioridad.

##### 5') Acto terminal del iter en cuestión

Este se materializa en un dictamen del Tribunal, cuya adopción pone término al trámite considerado y que sólo puede consistir en una roboración concreta de la contradicción del tratado con el bloque de constitucionalidad tomado como componente de la ecuación homologadora dicha (y en definitiva, como canon de viabilidad del tratado en cuestión) o todo lo contrario, en cuyo caso se procederá a la conclusión del tratado en los términos previstos para cada uno de ellos, levantándose así el entredicho que sobre la misma pendía, alternativa, esta última, a la que aluden literalmente, en sus sendos incisos últimos, los artículos de los textos reglamentarios antes evidenciados.

En la primera de las hipótesis conclusivas dichas, la manifestación de la contrariedad del tratado de que se trate con los apremios constitucionales impedirá que su conclusión acaezca forzando bien a una renuncia del tratado controvertido, bien a su renegociación o bien, como última posibilidad, a la modificación del texto constitucional en el sentido que se desprende del dictamen que puso término al trámite instruido al efecto.

En relación con el acto terminal que nos ocupa se suscita el interrogante de si el mismo tiene una virtualidad equivalente a la de la cosa juzgada en el orden jurisdiccional normal, **incertidumbre** que de resolverse positivamente impediría que la eventual antinomia del tratado positivamente homologado pudiese plantearse de nuevo en sede de un recurso o cuestión de constitucionalidad, problemática de enconados perfiles, desdibujados, además, por el hecho de que se haya huido de atribuir expresamente a este acto conclusivo el calificativo de sentencia, y cuya solución no resulta pacífica, ni mucho menos, barajándose argumentos en pro y en contra de las tesis de atribuir o negar tales efectos.

En este orden de cosas tengo que señalar la circunstancia de que uno de los argumentos que con mayor frecuencia se esgrimía en favor de la tesis de que el dictamen en cuestión no acredita efectos equivalentes a los de la cosa juzgada en sede jurisdiccional era el de que el recurso previo de inconstitucionalidad que resultó instaurado para las leyes orgánicas por el que fue el artículo 79 de la LOTC tampoco los producía, argumento que ahora carece de toda virtualidad, siendo así que dicho artículo 79 ha sido derogado por la LO 4/1985, de 7 de junio.

Pero es que tampoco este razonamiento era del todo convincente (cuando regía dicho art. 79), ya que, como señaló REMIRO BROTONS, en su colaboración al libro colectivo dicho, página 565 (hallándose vigente dicho art. 79), el argumento consistente en mantener idéntico criterio para el supuesto de adveración constitucional de los tratados que el sustentado por dicho precepto en relación con las leyes orgánicas «puede retorcerse: el silencio del artículo 78 en punto que el artículo 79 afronta, equivale a la afirmación del principio contrario; el tratado no es la ley; el propio artículo 79.5 admite otras interpretaciones y no basta razonar en términos de proceso y sentencia para negar a la declaración prevista en el artículo 78 todo efecto ulterior».

En suma, la perplejidad persiste en este foro y, como señala el autor citado, como remate de su interés por el tema «La controversia sigue viva y no es suficiente para deshincharla señalar que, en cualquier caso, el Tribunal no adoptará, por coherencia consigo mismo, resoluciones contradictorias. De un día para otro las circunstancias —y la composición— del Tribunal pueden cambiar».

b") Alusión al control posterior a desplegar en este ámbito

1') Introducción

Nuestra CE, a diferencia de otras (por ejemplo, la francesa, que sólo articula el tipo de control hasta ahora debatido y excluye el ulterior eventual-

mente reparador de la inconstitucionalidad del tratado de que se trate) mantiene una posición nacionalista a ultranza en este entorno permitiendo que con independencia de cuál fuere el resultado del control previo de inconstitucionalidad según una determinada corriente de opinión) y, en todo caso, cuando éste no se haya activado, sea factible la interposición del correspondiente recurso de inconstitucionalidad a fin de contrastar si el tratado sometido al entredicho que ello supone adolece de algún vicio de inconstitucionalidad extrínseca afectante a su proceso formativo (tal como apuntamos con anterioridad) o intrínseca, por resultar alguna de sus cláusulas contradictorias con los planteamientos normativos materiales de la CE.

En cuanto a la concreción de las fuentes de esta posibilidad controladora (y en suma anulatoria) de los tratados inválidamente celebrados (material o formalmente) la misma es el artículo 161.b) CE, tal como indicamos precepto cuya indefinición sobre el significado a aportar a su locución «disposiciones normativas con fuerza de ley», en cuanto adjetivadora del tipo de productos jurídicos sometibles a su poder homologador, ha sido debidamente clarificado por el artículo 27.2 LOTC que ya habla de forma literal de «los tratados internacionales» en cuanto englobados en la categoría genérica de tales productos.

## 2') Legitimación para actuar ad hoc

La materia se encuentra gobernada por el artículo 32 de la LOTC, precepto que en la línea de desarrollo de lo sustentado al efecto por el artículo 162 CE elabora el retablo de posibilidades postulativas *ad quem*, señalando literalmente que:

«Están legitimados para el ejercicio del recurso de inconstitucionalidad cuando se trate de Estatutos de autonomía y demás Leyes del Estado, orgánicas o en cualquiera de sus formas, y disposiciones normativas y actos del Estado o de las Comunidades Autónomas con fuerza de Ley, tratados internacionales y Reglamentos de las Cámaras y de las Cortes Generales:

- a) El Presidente del Gobierno.
- b) El Defensor del Pueblo.
- c) Cincuenta diputados.
- d) Cincuenta senadores.

2. Para el ejercicio del recurso de inconstitucionalidad contra Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley del Estado que puedan afectar a su propio ámbito de autonomía, están también legitimados los órganos colegiados ejecutivos y las Asambleas de las Comunidades autónomas, previo acuerdo adoptado al efecto.»

En relación con este precepto es de remarcar, en primer término, que la relación de órganos legitimados no coincide, tal como advertimos con el cuadro de posibilidades instrumentado en relación con la interposición del recurso previo de inconstitucionalidad previsto por el artículo 95.2 (y organizado por el 78 LOTC), coincidencia que tampoco existe en lo tocante a la articulación de las mayorías del Congreso y del Senado para accionar en este sentido.

Por otra parte, y en directa atinencia al tenor del apartado 2 de dicho precepto, se discute a nivel doctrinal si las Comunidades Autónomas (a través de sus Ejecutivos o Asambleas) pueden instar *ad hoc*, habiendo quienes en estricta apelación a una lectura literalista del indicado artículo mantienen la tesis de la falta de legitimación de dichas Comunidades al efecto, postura cuya antítesis cuenta también con sólidos argumentos, efectuando una recopilación de los mismos REMIRO BROTONS, en su colaboración a la obra colectiva dicha, autor que en la nota a pie de la página 53 rebate la tesis anteriormente expuesta señalando que la legitimación de las Comunidades en esta sede encuentra importantes sustentáculos, que dicho autor identifica con las siguientes consideraciones: «Primera: el artículo 162.1.a) de la Constitución incluye a los órganos autonómicos entre los legitimados para interponer el recurso de inconstitucionalidad que, según el artículo 161.1.a) cabe contra "leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley". Este precepto es el artículo 27.2.c) de la LOTC y, por tanto, en la misma medida le es aplicable lo dispuesto en el artículo 162.1.a) de la Ley Fundamental, no teniendo la LOTC rango suficiente para sustraer una facultad que la misma Constitución otorga. Segunda: los Estatutos de Autonomía forman parte del bloque de constitucionalidad y nadie más interesado en su salvaguarda que los órganos legislativos y ejecutivos de las Comunidades. Y, tercera, los objetivos del control tendrían una expectativa de satisfacción menor si tal legitimación se limita o desconoce allí precisamente donde, en realidad, se van a plantear un alto porcentaje de los eventuales conflictos».

Tal es el repertorio de supuestos de legitimación que permite postular en el foro constitucional acerca de la adecuación del tratado en cuestión a los apremios de formación y contenido resultantes del texto básico, postulación que servirá de vehículo de la duda sentida por el órgano actuante acerca de la adecuación del tratado denunciado a los menudados apremios formativos o materiales.

3') Clases de tratados que pueden motivar la activación del íter que nos ocupa

Todo tipo de tratados, sea cual fuere su concreto contenido, su trascendencia jurídica o metajurídica, y el régimen al que debe someterse su

proceso de conclusión, quedan sujetos al régimen de reparación constitucional que acabamos de debatir, régimen que también resulta factible respecto de los tratados celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de la CE, todo ello como consecuencia del sometimiento de éstos al esquema normativo general construido por la disposición transitoria segunda de la LOTC, apartado 1, según la cual:

«Los plazos previstos en esta Ley para interponer el recurso de inconstitucionalidad o de amparo o promover un conflicto constitucional comenzarán a contarse desde el día en que quede constituido el Tribunal de acuerdo con la disposición transitoria anterior, cuando las Leyes, disposiciones, resoluciones o actos que originen el recurso o conflicto fueren anteriores a aquella fecha y no hubieran agotado sus efectos.»

En aras a lo establecido por dicha norma, los tratados preconstitucionales que adolecieren de inconstitucionalidad intrínseca (la extrínseca queda descartada del seno de dicha disposición por la propia lógica del sistema) resultan anulables en méritos al seguimiento del correspondiente procedimiento de inconstitucionalidad, siempre, por supuesto, que los mismos sean de tracto sucesivo, anulabilidad, sin embargo que teniendo en cuenta el finamiento con creces del plazo establecido en dicha disposición transitoria sólo podría venir auspiciada por el planteamiento de la consiguiente cuestión de inconstitucionalidad.

#### 4') Metodología del mismo

Teniendo en cuenta que los constituyentes no han hecho pilotar esta materia por una praxis específica, es evidente que la misma se gobierna por las normas comunes, y ello en todos sus aspectos de tiempo para la activación del trámite, concreta adjetivación del mismo, y resultado de éste, cuestiones cuya inespecificidad *ad hoc* nos ahorra el tener que aludir especialmente a las mismas, remitiendo al lector a las obras que desde estrategias especulativas constitucionales generales o monográficas abordan los detalles del trámite por el que se encauzan las pretensiones que estamos viendo.

Concluyo poniendo de relieve el hecho de que si en materia de la apreciación constitucional de las leyes, el TC debe proceder con suma cautela a fin de no invadir competencias legislativas ajenas, intentando evitar el trauma de la anulación de la ley denunciada a base de una interpretación *ad hoc* de la misma, con mayor prudencia debe procederse cuando lo que está en juego es un tratado internacional, siendo así que su

eventual anulación puede engendrar una grave responsabilidad internacional para España y ello vale tanto cuando lo denunciado ha sido un vicio intrínseco como extrínseco (siempre partiendo de la base de que éste tenga relevancia constitucional por implicar la adopción del tratado cuestionado la vulneración de los arts. 93 o 94 CE).

c') Supuesto de disconformidad del tratado con la legalidad subconstitucional

a'') Introducción

El análisis del tema planteado no puede despacharse con la misma facilidad expositiva con que hemos efectuado lo propio en relación con el tema de las relaciones constitución-tratado, sino que la problemática a debatir ahora requiere una apoyatura considerativa previa en la que deberá comentarse la eventual eficacia interna de los tratados, su recepción por el derecho doméstico, su integración en el sistema de fuentes interno y las relaciones de convergencia y asimetría que mantenga la normativa de los tratados con la resultante de la legislación infraconstitucional, temas que vamos a estudiar a continuación.

b'') Cuestión relativa a la eventual eficacia interna de los tratados

1') Idea general

Todo tratado, por el mero hecho de serlo, acredita una indiscutible eficacia normativa de apresto internacional, tal como hemos tenido ocasión de puntualizar debidamente a lo largo de estas páginas, eficacia que desde planos supraestatales aparece contemplada por la preceptiva internacional que se ocupa de la materia, la cual, en realidad, no viene sino a condensar, previa su positivación, criterios ya perfectamente consolidados en sede de la jurisprudencia arbitral y del Tribunal de La Haya, objetivación normativa efectuada en un primer momento por la Carta de las Naciones Unidas (Preámbulo y art. 2.2), y ulteriormente por el Preámbulo y el artículo 26 de la Convención de Viena, según el cual «*Pacta sunt servanda*. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe», exigencia de cumplimiento que no es sino un simple corolario de los postulados generales de la teoría que enseñoorea todo tipo contractual, sea de factura interna o internacional, cumplimiento que, en todo caso, queda hurtado en su consecuente dosis de compulsividad de cualquier **impedimen-**

to que pudiese oponerse al mismo procedente de vertientes de jurisdicción interna, aseveración de rotundos confines que entraña su legitimidad en la dicción terminante del artículo 27 del Convenio que nos ocupa, según el cual (y reitero su textualización) «El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 16 (alusivo al canje o depósito de los instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión)».

Sobre tal díptico de preceptos se asienta la clave de bóveda fundamental en este orden de cosas, y es la de la absoluta autonomía del tratado por lo que se refiere a su eficacia internacional (que es la única atendible desde la delimitada perspectiva del DIP), visión, sin embargo, que debe ser matizada en razón de algunas consideraciones. En primer término, esta eficacia internacional, que no depende en principio de ningún acto de recepción de su preceptividad que eventualmente deba impulsar el Estado parte, no puede en ocasiones lograrse sin la concomitante colaboración normofehaciente del mismo (legal o simplemente reglamentaria), siendo, por otro lado, muy escasos los tratados cuya eficacia se consuma en virtud de su propia entidad (caso de los «executive agreements»). En segundo término, un gran número de convenios internacionales también acreditan una eficacia doméstica incuestionable, materializada en la inmensa mayoría de los supuestos en una limitación de las soberanías de los Estados implicados que en sus eventuales actuaciones administrativas o normativas deberán respetar las obligaciones de futuro asumidas por los mismos en virtud de ellos, engendrados, además, en determinadas hipótesis, un caudal de potencialidades a ejercer en su caso frente al Estado en cuestión por sus nacionales o por los extranjeros ubicados en el mismo (o pretendientes a su ingreso en él), eficacia interna a adosar a la internacional que plantea el problema del condicionado de su desencadenamiento y con él, de la precisión de qué sistema acoge nuestro ordenamiento sobre el particular, constituyendo posibilidades teoréticas al respecto las cristalizadas en los sistemas de recepción automática o previo acto especial, dualidad de alternativas a las que vamos a dedicar las líneas siguientes.

2') Consideraciones generales sobre los sistemas de recepción automática o especial

Deben quedar claras dos cuestiones sobre el particular:

- a) El seguir un sistema u otro, o incluso no seguir ninguno de ellos, es un tema que para el DIP resulta irrelevante, teniendo en cuenta

lo que patrocinan sobre la eficacia inmediata de los tratados los antes indicados artículos 26 y 27 del Convenio de Viena.

- b) La exigencia de tal recepción, que sólo atina a la eficacia internizada de tales tratados, puede ir seguida o no de aquella relativa a la adopción de medidas legislativas o ejecutivas por parte de las soberanías domésticas, problema que, aunque conectado con el que vamos a abordar de inmediato no debe confundirse con éste, orientándose el de la recepción a tonalizar la internización de la normativa consignada en el tratado recibido y gravitando el segundo sobre la concreta eficacia de tal internización, siendo constatable el dato de que así como la recepción es demandable en todo tipo de tratados, la praxis ejecutiva a la que hemos hecho referencia sólo resulta **requerible** cuando el convenio previamente recibido no es un «executive agreement», o por lo menos no lo es en toda su integridad, ya que si se arropare de semejante característica tales medidas de ejecución, siempre partiendo de la previa recepción del mismo, resultarían improcedentes, aunque es ciertamente evidente que en un sistema de recepción automática y tratándose de un tratado «self-executing» integral, las dos alternativas a las que venimos refiriéndonos en cuanto materializadoras de trámites diferentes acreditarían el común denominador de su propia inanidad existencial.

Siendo ello así, vamos a referirnos seguidamente a los hipotéticos sistemas que se pueden seguir respecto a la transposición al ordenamiento interno de la reglatividad contenida en los tratados y con posterioridad a las particularidades que nuestro ordenamiento presenta tanto en lo que afecta a tal trámite como en lo relativo a la ejecución doméstica de la preceptiva de los tratados previamente recibidos.

Siguiendo por este orden intelectual, tengo que puntualizar que los sistemas de teórica funcionalidad en este ámbito son los ya dichos, o sea, el de recepción automática y el de recepción especial. Para el primero de ellos el contenido del tratado se entiende recibido en el ordenamiento interno por el mero hecho de su conclusión, sin que sea demandable un trámite específico *ad hoc* gobernado por directrices normativas domésticas. Para el segundo, tal trámite, de diversa factura, se requiere de modo inexorable.

ANTONIO REMIRO BROTONS, en su antes indicado libro, pone de manifiesto en su página 264, la diversidad de circunstancias que en su convergencia determinan que un determinado ordenamiento nacional opte por un sistema u otro (factores que son ideológicos, políticos, históricos y de técnica legislativa), siendo indudablemente estos últimos los de más acusado protagonis-

mo, centrándose su efectiva beligerancia en la constatación del dato de que si los tratados se reciben sin más en los sendos ordenamientos internos se puede producir una importante fractura del principio de la hegemonía normativa doméstica que constitucionalmente acredita el poder legislativo, eventualidad que acaece sobre todo si éste no controla previamente la celebración del tratado recibido, o dicho de otro modo, y cedo la palabra al autor citado, «Allí donde las Cámaras no intervienen de manera decisiva en la estipulación de los tratados, procediendo a autorizarlos, aceptar la recepción automática de sus disposiciones equivaldría a atribuir al Gobierno un poder legislativo en detrimento del que a ellas corresponde, a menos que por definición se estimase a los tratados de rango inferior a las leyes», situación en cambio de diferente cariz, si las Cámaras legislativas controlan el proceso de formación del tratado en cuestión, supuesto al que también alude con sintética maestría el autor al que nos venimos refiriendo, que se encarga de señalar al efecto que «En cambio, en los países donde las Cámaras legislativas intervienen autorizando la conclusión de los tratados nada —salvo alguno de los factores mencionados en el párrafo anterior— explicaría que se obstaculizase la recepción inmediata de los tratados, una vez perfeccionados e internacionalmente en vigor. Antes al contrario, una segunda intervención de las Cámaras, dirigida ahora a facilitar la eficacia doméstica de las disposiciones convencionales sería superflua y hasta peligrosa. Superflua por consideraciones de economía y coherencia: no se concibe que la misma Cámara autorice la conclusión de un tratado para, a continuación, negarle eficacia interior; peligrosa, porque, aparte de la mala traducción que se arriesga a hacerse de las obligaciones convencionales, hay que cuidarse de los imprevistos deslizamientos políticos de las Cámaras en un proceso relativamente largo. Cosa distinta es que la observancia de las disposiciones “non self-executing” de un tratado requiera una vehiculización legislativa y/o reglamentaria».

En cualquier caso, la disyuntiva recepción automática-recepción condicionada que estamos debatiendo sólo puede ser tomada en consideración respecto de aquellos tratados que contengan normas con influencia en el orden interno, bien porque las mismas se proyecten en el ámbito de las relaciones intersubjetivas de los sujetos a la soberanía o jurisdicción del Estado de que se trate o bien porque tal proyección se materializa en la sede del comportamiento que tal Estado debe mantener con los indicados sujetos de Derecho.

Y decimos ello porque en aquellos supuestos en los que el instrumento en cuestión sólo establezca un marco de derechos y obligaciones que afecten en exclusividad a los Estados firmantes sin ninguna trascendencia directa para los individuos sujetos a sus respectivos *imperiums*, entonces el Tratado en cuestión se integra en los ordenamientos de los sendos Estados firmantes de

forma automática, sin necesidad de subordinarse tal integración —y sus consecuencias— al cumplimiento de ningún condicionante ulterior.

Ello explicado, y a fin de centrar adecuadamente esta problemática, tengo que puntualizar que en aquellas hipótesis de Tratados con influencia directa en las aludidas personas, el sistema de incorporación automática al que hemos hecho mención presenta una doble modalidad, según que en el foro del Estado concernido se demande o no la publicación oficial del mismo, publicación o puesta de manifiesto general de la normatividad del Instrumento en cuestión cuya eventual presencia implica el tránsito del sistema de recepción considerado a la sede de la restante posibilidad, que es, como hemos dejado ya apuntado, el de recepción condicionada, constituyendo un claro ejemplo de esta última alternativa, la forma de proceder *ad hoc* estipulada por la Constitución italiana de 1947, texto constitucional que en estas áreas exige la entrada en juego del «adattamento» o transformación del tratado en una norma jurídica interna, que se arropara del rango de ley en aquellos supuestos en los que el Instrumento en cuestión sólo pueda convenirse mediante la intervención competencial del Parlamento o el dictado de un Decreto en las restantes hipótesis.

A esta concreta metodología receptiva se refiere DÍEZ DE VELASCO en su libro *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, autor que al enfocar esta problemática señala en la página 174 de su meritada obra que «Dicha ley o decreto produce la transformación del tratado en una norma de derecho interno de idéntico contenido y que tendrá la misma jerarquía que la norma interna que operó su transformación, pudiendo derogar normas internas de igual rango que le sean incompatibles; pero también el tratado en cuanto ley o decreto interno puede sufrir derogaciones por normas internas posteriores de igual rango».

Vemos, pues, cuál es la filosofía sustancial del indicado sistema de recepción condicionada, en su consideración desde la variante a la que se atiene el Derecho italiano (que en gran medida viene a constituir un modelo en este orden de cosas) y al hilo de lo expuesto es justo reconocer que con esta forma de actuar se eliminan los problemas derivados de la eventual concurrencia en contradicción de normas netamente internas y de tratados anteriores o posteriores, contradicción que aflora cuando unas y otros regulan contradictoriamente idénticos supuestos de hecho, tema que analizaremos ulteriormente, aunque también resulta obvio que con el seguimiento de la operativa normológica dicha se consuma un evidente deterioro de imperativos básicos derivados de la simple existencia del Derecho Internacional, en la medida en que sus planteamientos pueden ser removidos por vía de la legislación doméstica de los Estados implicados, provocando ello una gran inseguridad jurídica (aparte de la consiguiente responsabilidad internacional del Estado que de tal guisa actuare, es decir, de aquel que dejare sin

efectos compromisos internacionales asumidos por vía convencional mediante el expediente de promulgar disposiciones internas derogatorias de aquéllos, posibilidad plenamente vigente según lo postulado por la Constitución italiana, cuestión que ha hecho apuntar al autor citado, en la misma obra y página antes dicha, que «Si esto último sucede (la derogación de un Convenio internacional de la forma que acabamos de explicar) la violación del tratado será un hecho ilícito internacional, incurriendo Italia en responsabilidad internacional. Puede comprenderse, pues, que el sistema italiano es imperfecto técnicamente y no ofrece suficiente seguridad en las relaciones jurídicas internacionales, hasta el punto de que el ordenamiento jurídico italiano y su máxima jurisdicción, el Tribunal Constitucional italiano, no han podido mantener este sistema en relación con el particular orden jurídico comunitario reconociendo de forma excepcional al derecho comunitario europeo aplicación directa, inmediata (sin transformación) y primacía sobre el Derecho italiano».

c'') Sistema operativo en el Derecho español

1') Idea general

Teniendo en cuenta todos los antecedentes considerativos que han quedado plasmados en las páginas precedentes podemos llegar a la conclusión de que nuestra normativa sigue el sistema de recepción automática en cuanto al procedimiento para integrar el Tratado en nuestro ordenamiento y ello no sólo en lo referente a su funcionalidad internacional sino también en lo que atañe a su eventual virtualidad interna, siendo así que la exigencia que impone consistente en que la concreta eficacia de tal integración quede condicionada a su publicación efectiva no afecta en modo alguno a la esencialidad de la caracterización dicha.

De todos modos, y a pesar de que la aludida publicación, impuesta por los artículos 1.5 («Las normas jurídicas contenidas en los Tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del Ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el *Boletín Oficial del Estado*») del CC y 96.1 («Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios Tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional»), es un condicionante de la integración dicha, su falta no provoca otro efecto respecto del Tratado no publicado que el encarnado en la idea de que los particulares afectados por su tenor no podrán hacer valer (o que-

dar atendidos) por su normatividad, mientras que tal publicación no tenga lugar.

Como colofón de esta breve aproximación al tema expuesto tengo que poner de relieve que la jurisprudencia del TS se decanta con claridad hacia la tesis de la recepción automática, siendo suficientemente expresivos en esta línea discursiva las tesis jurisdiccionales —**ciertamente** algo tópicas en sus **planteamientos**— de sus SS de 30 de septiembre de 1982 y 22 de mayo de 1989, resoluciones judiciales a destacar (entre otras más antiguas) a las que luego haremos especial mención en el curso de estas observaciones cuando aludamos al siempre candente tema de las eventuales relaciones de antinomia entre el tratado y la ley.

## 2') Alusión a la publicidad de los tratados

Esta actúa, tal como hemos advertido, en su calidad de condicionante de la integración del instrumento de que se trate en el ordenamiento doméstico, constituyendo las fuentes de su régimen lo postulado al efecto por los artículos anteriormente indicados, publicidad, en suma, que con independencia de las particularidades dichas (relativismo en cuanto a su carencia) entraña su *ratio* en la idea que hace aflorar el artículo 9.3 CE que incluye entre los principios constitucionales que instaura el de «la publicidad de las normas».

Siendo ello así (y teniendo en cuenta lo ya explicado) insistir más en el tema de la publicación de los tratados sólo tendría sentido en base a un eventual intento por nuestra parte de elaborar algo así como una teoría general sobre la indicada publicidad, tema que voy a soslayar porque el estudio de esta exigencia nomotética desde planos de generalidad se efectúa de forma singularizada en las obras de Derecho constitucional, civil y administrativo, obras en las que se pasa revista a temas tales como los del significado constitutivo de la meritada publicación, la concreta beligerancia de la norma objeto de la misma en tanto ésta no tiene lugar, el valor que la misma acredita respecto de la fijación de la fecha determinante de su entrada en vigor, la explicación de tal exigencia a la luz del artículo 6.1 («La ignorancia de las leyes no exime de su cumplimiento»), la situación que se plantea cuando la norma publicada es objeto de una rectificación ulterior, la cuestión de la autenticidad de la versión publicada.

En realidad, el descarte de la indicada teoría general sobre la materia implica el de los aludidos puntos, aunque sí que debo referirme a que la exigencia de que la publicación de la norma en cuestión sea íntegra asume una especial relevancia y problematicidad en el foro en el que estamos especulando, tema al que se refiere acertadamente LUIS IGNACIO SÁNCHEZ

RODRÍGUEZ en el libro *Comentarios al Código Civil y Legislaciones Forales*, tomo I, Cívitas, Madrid, 1992, autor que señala sobre el particular que «... debe publicarse el texto íntegro del tratado, pues a diferencia de las normas internas, un tratado puede figurar en uno o varios instrumentos conexos, o puede tener documentos anejos o complementarios que forman parte de su texto. Por no hacer referencia a las declaraciones y reservas que pueden formularse a los tratados, con sus correspondientes aceptaciones y objeciones, lo que puede modificar el contenido negocial entre España y otro u otros Estados partes. En suma, la integridad de la publicación reclama la publicidad de todos los textos en que, de cualquier forma, conste el contenido de derechos y obligaciones acordadas por los Estados».

Ni qué decir tiene que no sólo debe publicarse el tratado de que se trate, sino también todos aquellos acuerdos posteriores novatorios de su tenor inicial (en definitiva, supuestos de supresión o novación parcial de su contenido), aspecto del propio modo analizado por el autor dicho en su colaboración al libro indicado, quien en la misma página mencionada forja la siguiente reflexión sobre la materia: «... la publicación debe ser continua, es decir, ha de extenderse a todas las modificaciones *ratione personae* (adhesiones o denuncias de ciertos Estados), *ratione materiae* (declaraciones, reservas y enmiendas) y *ratione temporis* (terminación o suspensión de la aplicación de un Tratado). Estas modificaciones alteran las condiciones de aplicación del tratado en el plano internacional y, por tanto, deben ser conocidas con exactitud en el ámbito interno; en otro caso, al no ser conocidos ciertos presupuestos de aplicación (por no haber sido publicados), por los Jueces y autoridades españoles, es verosímil que se produzca una aplicación técnicamente incorrecta del tratado».

Por lo tocante a qué normativa gobierna el trámite que estamos viendo tengo que señalar ahora que el mismo aparece pilotado por el Decreto de 24 de marzo de 1972, conjunto normativo, que destina sus artículos 29 al 34 a delinear el íter a tener en cuenta en este orden de cuestiones (aspecto que debatiremos ulteriormente).

Hasta aquí la exigencia general de publicación de los tratados, que siempre se objetiva en su manifestación en el *BOE*, exigencia cuyas cuadernas de sustentación ceden cuando lo tomable en cuenta es el Derecho derivado comunitario, y ello por un doble orden de razones. En primer término, porque el mismo no es producto de ningún tratado, sino de las instituciones conformadas por una serie de Instrumentos *ad hoc*. En segundo lugar, porque aun cuando desde una visión amplia se atribuyese etiología convencional a esta normativa, la cesión de soberanía que supuso la erección de la CEE, primero, y tras Maastricht, de la Unión Europea, implica el que deba decaer el sistema publicitario interno por el propuesto para la preceptiva comunitaria por sus normas específicas, razón por la que dicha

preceptiva europea derivada se entiende publicada una vez que haya visto la luz en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*.

3') Concreta metodología normativa ad hoc

Se ocupan del íter a seguir al efecto los indicados artículos 29 al 34 del mencionado D 801/1972, partiendo esta normativa especializada de una corroboración de la exigencia —ahora de rango constitucional, como hemos advertido ya— de que los tratados —todos— se publiquen en el *BOE*, compelmiento cuya encarnadura resulta, en absoluta sintonía con los artículos 1.5 CC y 96.1 de la CE, del artículo 29 de dicho Decreto, al sentar en su apartado 1 que «Los tratados en los cuales España sea parte se publicarán en el *Boletín Oficial del Estado*».

No se establecen, por tanto, distinguos, y por ello todo tipo de tratados, agoten éstos su eficacia en lo netamente internacional o desplieguen algún repunte de virtualidad doméstica, deben pasar por el *BOE*, práctica, por tanto, que resulta incompatible con la categoría de tratados secretos, praxis que pese a contar con la enemiga acérrima de las teorías generales constitucionales operativas en el Derecho comparado (y desde luego, con la de la española, en méritos a los artículos objeto de nuestro presente comentario) materializa lo que REMIRO BROTONS bautiza como «especie inmortal», y su insenescencia es incluso sorprendente porque la misma ha sido combatida no sólo desde estrategias ordenancistas internas (tal como hemos apuntado), sino también, y ello es lo grave para la pervivencia de la figura, desde estrictas logísticas internacionales, sublimándose esta tesis en los sendos tenores literales de los artículos 102 de la Carta de las Naciones Unidas y 80 del Convenio de Viena, expresivo el primero de que:

«1. Todo tratado y todo acuerdo internacional concertados por cualesquiera Miembros de las Naciones Unidas después de entrar en vigor esta Carta, serán registrados en la Secretaría y publicados por ésta a la mayor brevedad posible.

2. Ninguna de las partes de un tratado o acuerdo internacional que no haya sido registrado conforme a las disposiciones del párrafo 1 de este artículo, podrá invocar dicho tratado o acuerdo ante órgano alguno de las Naciones Unidas.»

Por su parte, el segundo de los preceptos mencionados sienta, también literalmente, que:

«Registro y publicación de los tratados.—1. Los tratados, después de su entrada en vigor, se transmitirán a la Secretaría de las Naciones

Unidas para su registro o archivo e inscripción, según el caso, y para su publicación.

2. La designación de un depositario constituirá la autorización para que éste realice los actos previstos en el párrafo precedente.»

Y no sólo por ello, sino que las soberanías normativas domésticas, en su afán de cooperar con estos apremios internacionales orientados a la erradicación de los tratados secretos, suelen adoptar textos tendentes a la consecución del objetivo pretendido por los mismos, finalidad que aflora con toda claridad del *dictum* del artículo 28 del Decreto objeto de análisis, según el cual:

«El Ministerio de Asuntos Exteriores adoptará las medidas pertinentes para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas respecto al registro de la Secretaría de la Organización de los tratados celebrados por España.»

Con abstracción de lo expuesto, nuestro ordenamiento se constituye en cabecera de grupo de aquellos países en los que la práctica del tratado secreto resulta especialmente odiosa, y por ello no sólo impone la publicación obligatoria que nos ocupa en el *BOE* de todo tipo de tratados, sino que también prevé dar noticia de los mismos utilizando cauces de manifestación distintos a los del periódico oficial, siendo la fuente concreta de tal posibilidad lo postulado al efecto por el artículo 34 del Decreto materia de estudio, según el cual:

«Sin perjuicio de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*, para facilitar a todos los órganos de la Administración y a los particulares el debido conocimiento de las obligaciones internacionales asumidas por España, corresponde al Ministerio de Asuntos Exteriores adoptar las medidas pertinentes para llevar a cabo:

- a) La publicación periódica de colecciones de los tratados en los que sea parte España.
- b) La publicación periódica de una lista de tratados en vigor y obligatorios para España.
- c) El establecimiento de sistemas de ordenación de datos relativos a los tratados.»

Precisamente, para facilitar toda esta praxis de publicidad (y obviamente también con finalidades distintas) es por lo que el artículo 33 del Decreto objeto de constante alusión sienta que «Los textos originales de los tratados celebrados por España o, en su caso, ejemplares autorizados de los mismos,

y cualquier instrumento o comunicación relativa a un tratado serán custodiados en el Registro de Tratados del Ministerio de Asuntos Exteriores».

A pesar de toda esta aparatología normativa, de cuyo núcleo se desprende el repudio sin paliativos de los tratados secretos, éstos son una realidad innegable, siendo a estos efectos sumamente indicativas las observaciones de REMIRO BROTONS, en su obra dicha, página 206, autor que tras relacionar toda una suerte de acuerdos internacionales celebrados por España sustraídos por completo a las exigencias de publicidad mencionadas (determinados acuerdos con EE.UU. a partir de los de 26 de septiembre de 1953, los acuerdos sobre navegación y transporte marítimo con la Unión Soviética de 17 de febrero de 1967; los acuerdos con Marruecos y Mauritania sobre el Sahara de 14 de noviembre de 1975, etc.) pone de relieve que «Los tratados secretos están en la vida, no al margen de ella. En el ámbito internacional, no son invocables ante Naciones Unidas, pero como instrumentos cuyo contenido es jurídicamente exigible sólo desfallecerán en el caso de que una de las partes alegue oportunamente su nulidad como consecuencia de la inconstitucionalidad de su conclusión. Aún así, podrán ser considerados acuerdos entre caballeros, que empeñan pública y personalmente a sus signatarios, aunque no a sus sucesores. En el ámbito interno son, generalmente tolerados y consentidos, con tal que los acompañe la discreción y puedan aplicarlos los departamentos ministeriales apurando la potestad reglamentaria con disposiciones que, sin mencionarlos, los presupongan, y recurriendo a órganos selectivos en áreas que no incidan directamente sobre los derechos individuales».

En suma, mucha literatura, pero poca efectividad (llegado el caso), razón por la que en el día de hoy no falten países que enfoquen con menos dosis de ingenuidad «oficial» el tema y partan de premisas menos visionarias, siendo éste los casos de Holanda y Suecia, países que, y cojo el detalle de la obra indicada *ut supra*, página 207, posibilitan, vía constitucional, que el Gobierno, por razones de alto interés nacional, adopten acuerdos que se sustraigan a las premisas publicitarias dichas, sometiendo tales hipótesis a una serie de garantías adicionales (en sustitución de la materializada por el protagonismo *ad casum* de las Cámaras legislativas), consistente en la intervención *ad hoc* de órganos de composición numérica exigua y actuación oficialmente reservada, ejemplo que sobre el papel se halla muy lejos del seguido por nuestro país.

Así pues, en relación con la potencial eficacia internacional, la secretud de un tratado no provoca sino unos efectos limitados.

¿*Quid* cuando lo que está en juego es la eficacia interna del tratado en cuestión, es decir, del no publicado, bien intencionalmente o bien por incuria de la Administración?

Partiendo del significado a aportar a los artículos 1.5 CC y 96.1 CE (y

29.1 del Decreto que estamos comentando) la eventual eficacia interna del tratado en cuestión quedaría en estado latente mientras que tal publicación no acaeciese, no siendo ésta, tal como quedó antes apuntado, un presupuesto de validez (ni internacional ni interna) de dicho tratado, pero sí de eficacia, razón por la que los operadores jurídicos encargados oficialmente de la aplicación del derecho no podrían servirse en sus consecuentes funciones del instrumento no publicado, que a los efectos de su eventual toma en consideración interna sería considerado como «inexistente», y ello con independencia de si el mismo ha sido sometido, en lo tocante al íter de su celebración, a la intervención competencial de las Cortes, y también hecha abstracción de si la demora en su no publicación es efectivamente traducible en una condena patrimonial de la Administración en obediencia a lo que sobre su responsabilidad se establece en los artículos 106.2 CE y 145 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 26 de noviembre de 1992 (y antes en el que fue el art. 40, ahora derogado por el texto que acabo de citar, de la LRJAE).

De todos modos, esta teoría general tiene muchas fisuras y en la práctica de cada día se va abriendo paso la postura de considerar como vinculante para los indicados operadores jurídicos aquellos tratados que aun no publicados acreditan una cognoscibilidad que podríamos calificar de indubitada en cuanto oficial aunque siempre teniendo en cuenta que esta posibilidad de su toma en consideración nunca podría revestir un carácter *ad peyuso ad malam partem* para los individuos, tesis en cuya consagración normativa también ha sido pionera la Constitución holandesa a través de su artículo 93.

En lo que atañe a la aplicación de los tratados no publicados por los órganos judiciales españoles, la inicial y potente reluctancia teórica va cediendo si bien su posibilidad, siempre va acompañada de la necesidad de que por los interesados en tal aplicación se dé cumplida satisfacción a la carga probatoria que les compete respecto a la acreditación de la existencia del tratado no publicado de cuyo contenido intenten prevalerse, siempre y cuando el indicado límite —el de la eventual toma en consideración *ad peyus* del tratado en cuestión— se respete a *rejatabla* (ver en este sentido la STS de 12 de marzo de 1985).

En cualquier caso, y así concluyo este apunte, un tratado no publicado en el BOE no es esgrimible de modo general y compulsivo en el foro aplicativo español, criterio sin embargo no monolítico, siendo de nota al respecto que las indicadas fisuras no sólo son visibles en sede de los tratados, sino incluso en el propio ámbito reglamentario, en el que frente a la teoría general de que el reglamento no publicado en el BOE es inexistente (publicación impuesta con carácter forzoso en este ámbito no sólo por el artículo 2.1 CC, sino también por el 29 de la LRJA y 133 LPA) se alza

la teoría jurisprudencial de conferir eficacia a dichos Reglamentos cuando de no hacerlo el Gobierno (o la Administración, en su caso) pudiere zafarse de sus propios compromisos, tesis jurisprudencial resultante de las SSTS 18 de julio de 1966 y 22 de diciembre de 1973, que viene a relativizar la eficacia de la publicación oficial y que, *quid pro quo*, puede también aducirse en la sede considerativa en la que estamos oficiando.

Volviendo a la centralidad del análisis que estamos instrumentando sobre la publicación de los tratados, ésta no es unívoca desde el punto de vista objetivo ni funcional, ya que en su seno se cobijan distintas alternativas.

Así, en la hipótesis del artículo 30 del Decreto que estamos viendo se contempla la publicación de un tratado provisionalmente aplicado, supuesto que demanda también la noticia oficial de la terminación de tal régimen, bien porque el instrumento en cuestión deje de existir o bien porque se consolide plenamente, siendo esta eventualidad la prevista por dicho artículo que sienta literalmente que:

«Si se hubiere convenido por los Estados negociadores la aplicación provisional, en todo o en parte, de un tratado, su texto se publicará en el *Boletín Oficial del Estado*. Posteriormente se publicará la fecha de su entrada en vigor o, en su caso, la determinación de su aplicación provisional.»

A la publicación «normal» se refiere el artículo 29 del Decreto materia de estudio, pero sus concretas dimensiones y documentos a remitir a la sede del periódico oficial para el logro de la inserción del tratado de que se trate será diferente, teniendo en cuenta la holgura concreta del precepto en cuestión, según el cual tal publicación se logrará:

«1. Mediante la inserción del texto íntegro del instrumento de ratificación o de adhesión de España a dicho tratado.

2. Mediante la inserción del texto íntegro del tratado, ya conste este en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos, así como, en su caso, de las reservas o declaraciones formuladas, y de cualquier otro instrumento anejo al tratado o complementario del mismo, en el caso de que España se hubiese obligado por la firma de su representante.»

Esta es la referencia a la publicación «básica» del tratado en cuanto procedimiento técnico idóneo para internizar su contenido.

Haciendo abstracción de la misma, el Decreto que nos ocupa se encarga de facilitar un conocimiento sistemático del tejido normativo resultante de la trama contractual universal, objetivo al que tiende el *dictum* del artículo 32, de dicho Decreto, según el cual:

«El Ministerio de Asuntos Exteriores adoptará las medidas pertinentes

para publicar en el *Boletín Oficial del Estado* comunicaciones suscritas por el Secretario general técnico del Ministerio de Asuntos Exteriores relativas a:

1. La participación de otros Estados en aquellos tratados multilaterales en los que sea parte España, con inclusión, en su caso, de las reservas formuladas por esos Estados y de las objeciones a las mismas hechas por España.
2. La retirada de las reservas formuladas por España o por otros Estados a los tratados multilaterales en los que sea parte España.
3. Cualquier otro acto internacional relativo a la enmienda, modificación, terminación o suspensión de la aplicación de los tratados en los que sea parte España.»

En relación con el momento en que debe procederse a la publicación de los tratados de conformidad con lo indicado en los artículos 29 y 30 dichos, cabía elegir entre diversas opciones, pudiendo procederse a ello una vez se obtuviese la autorización de las Cortes (si ésta fuere necesaria) para la celebración de los mismos, una vez el Estado se hubiese obligado en forma definitiva en virtud del tratado a publicar o bien, una vez éste hubiere entrado en vigor, trilogía de alternativas de la que las dos primeras son rechazables por un motivo u otro (marginación del sistema de los tratados celebrados sin intervención parlamentaria, incompatibilidad del esquema posible con la propia significación del acto de publicación, etc.), siendo el único idóneo la última posibilidad dicha, variante a la que alude el autor citado *ut supra*, cuando dice en su colaboración al libro colectivo ya mencionado, página 597, que «nos queda, pues, la tercera opción: una publicación sincrónica, en la medida de lo posible, con la entrada en vigor internacional del tratado, o, en su caso, con su aplicación provisional. Es la opción más simple y segura, a condición de que los reflejos de la Administración sean rápidos, y aunque en nuestro caso esto último dista de responder a la realidad, ha sido seguida —salvo en casos excepcionales— en España».

Así pues, una vez que se produce la entrada en vigor internacional del tratado de que se trate debe procederse de inmediato a su publicación por la vía que estamos comentando.

Ahora bien, a fin de evitar al máximo las disfunciones entre la obligatoriedad y eficacia internacional del instrumento en cuestión y la interna, sólo activable con la publicación que nos ocupa, los tratados suelen prever períodos de *vacatio* a fin de evitar la sumariedad extrema que gobierna la indicada publicación en el caso de que otra cosa no se contemple en el propio tratado, lapsos de tiempo permitientes a la Administración española de la práctica tempestiva de tal publicación.

En ocasiones, ésta no se logra en el plazo adecuado y entonces se produce un desajuste entre las sendas eficacias internacional y doméstica, salvable en su caso por el procedimiento de imponer la retroactividad de su entrada en vigor interna.

En aquellas hipótesis en las que tal previsión de retroactividad no tome cuerpo en el tratado se plantea el problema de precisar cuál es el alcance interno del mismo respecto de las situaciones generadas *medio tempore* entre la entrada en vigor internacional y la doméstica, cuestión que el DIP resuelve reconociendo como una única fecha fija a tener en cuenta aquella en que se desencadena la indicada virtualidad internacional, imponiendo así, en el caso descrito, una especie de retroactividad forzosa con repercusión en el plano interno, y ello con independencia de sea cual fuere la fecha de su publicación, circunstancia cuya rigurosidad se trata de paliar con lo postulado al respecto por el artículo 31 del Decreto materia de permanente mención, según el cual:

«Asimismo se publicará en el *Boletín Oficial del Estado*, a continuación de los textos señalados en los artículos 29 y 30, una comunicación suscrita por el Secretario general técnico del Ministerio de Asuntos Exteriores, en la que se indique la fecha en que el tratado obliga a España y debe, por tanto, procederse a su aplicación.»

Con este último tenor concluyo con la relación de actos administrativos de obligada constancia en el *BOE*, orientándose su *ratio* a agilizar el sistema de publicación y a disipar eventuales somnolencias funcionariales, siendo esta la única praxis a seguir en este orden de cosas, ya que, y lo apunta muy bien el autor supracitado, en su colaboración dicha, página 599 del libro colectivo que la contiene «Constitucionalizar, como llegó a proponerse en el proceso constituyente, una rígida *vacatio* de veinte días desde la publicación del tratado en el *BOE*, hubiera sido el lamentable resultado de una mala lectura y una impropcedente extrapolación del artículo 2.1 del Código Civil, según el cual "las leyes entrarán en vigor a los veinte días de su completa publicación en el *Boletín Oficial del Estado*, si en ellas no se dispone otra cosa"».

#### 8. CUESTION RELATIVA A LA EJECUCION POR VIA DE DISPOSICIONES INTERNAS DE LOS APREMIOS CONTENIDOS EN LOS TRATADOS

Ya hemos visto con anterioridad que esta problemática no debía confundirse con la que acabamos de evidenciar, si bien, en determinados supues-

tos, tal confusión devenía ineluctable acaeciéndolo cuando el acuerdo internacional de que se trate sea un «*executive agreement*» y el sistema adoptado por el país donde tuviese que desplegar éste su eficacia interna fuese el de recepción automática, caso en que tal recepción, combinada con la innecesariedad de medida ejecutiva alguna, determina el que el problema de la distinción temática antes referida ni siquiera tuviese razón de ser, situación por el contrario que si se da:

- a) Cuando pilotándose tal país por dicho sistema de recepción automática, el acuerdo internacional contemplado no sea un «*executive agreement*».
- b) Cuando rigiéndose el país en cuestión por el mismo sistema de recepción especial el tratado cuestionado sea por el contrario del tipo inmediatamente referenciado, díptico de posibilidades que teniendo como común denominador el que pueda hablarse en su seno del fenómeno ejecutivo que estamos viendo divergen por el dato de que mientras que en la primera de sus alternativas lo único planteable sea la fenomenología que vamos a analizar, en la segunda se produce no sólo ésta sino también la que hemos abordado precedentemente constituyéndose ésta en un *prius* de la ahora reseñada.

Por lo tocante a nuestro país, de recepción automática, el que el tratado en cuestión requiera de la pertinente apoyatura legislativa y/o reglamentaria interior, depende obviamente de cuál sea la concreta naturaleza del mismo: si «*executive agreement*» o no, dilema cuya realidad, aún no expresamente sancionada por nuestro ordenamiento constitucional u ordinario, se deduce con facilidad de la propia regulación que de la materia efectúa nuestra CE, texto que en su artículo 94, al enumerar la lista de tratados cuya adopción requiere una específica autorización parlamentaria, menciona entre los mismos a aquellos que «exijan medidas legislativas para su ejecución», categorización que, interpretada *a contrario*, nos permite vislumbrar la existencia de otros tratados, no incluidos en el capítulo de posibilidades diseñado por el susodicho artículo, que o bien no requieren medidas normativas internas de ejecución de ningún tipo o bien las demandadas son sólo de carácter reglamentario, posibilidad dual cuya primera alternativa aparece integrada por los tratados «*self-executing*» a los que estamos haciendo alusión, instrumentos, por otra parte, cuya virtualidad general en nuestro ordenamiento resulta del propio modo colegible de la dicción literal del artículo 15 del CC, que al aludir de forma específica «a las normas jurídicas contenidas en los tratados» parece que está haciendo singular alusión a la eficacia «*self-executing*» de los mismos (que por otra parte puede ser total o parcial).

En cualquier supuesto es de tener presente que tanto si se trata de tratados «*self-executing*» como sino, su recepción —automática— por el ordenamiento español se produce siempre a través del trámite de la publicación, sin que la ejecución interna de su eficacia internacional sea un condicionante de ello hasta tal punto de que resulta teóricamente factible que el texto del tratado en sí y su corte de disposiciones de ejecución se publiquen conjuntamente (caso no frecuente, pero no jurídicamente imposible), dinamina de ejecución interna que requiere por su parte la adopción de lo que TRIEPEL calificó como «Derecho interno internacionalmente indispensable», es decir, de un ordenamiento jurídico de transposición y desarrollo intermediario, de progenie internizada, que permita sacar todo el jugo normativo posible de los muchas veces evanescentes pronunciamientos internacionales, positivación que unas veces requiere la promulgación de una ley y otras de simples disposiciones reglamentarias, pero que en cualquier caso no se halla exenta de problemas teniendo en cuenta que tales medidas sí son legislativas no pueden adoptarse si no es con la mediación de los correspondientes titulares de la potestad jurisdicente, los cuales pueden de alguna manera resistirse a asumir el papel de meros comparsas en este orden de cosas, pudiendo engendrar todo ello una dinámica de tensión entre el Gobierno, obligado a cumplir de forma inexorable sus correspondientes compromisos internacionales, ex artículos 26 y 27 del Convenio de Viena, y los detentadores del meritado poder legislativo que, aun habiendo intervenido en la prestación del consentimiento necesario para la adopción de tales disposiciones legislativas de ejecución, se ven embarcados en una vorágine de creatividad normativa que en realidad no responde a lo que se considera absolutamente normal en este ámbito, tema del que se ocupa con su destreza de costumbre ANTONIO REMIRO BROTONS, cuando en su indicado libro, página 265, al aludir a la existencia de los tratados no «*executive agreements*» pone el dedo en la llaga al plantearse la pregunta que podría considerarse cardinal al respecto y que es la de que ¿Qué hacer en el caso de que tales medidas (legislativas) —las de ejecución internizada— sean necesarias?, interrogante cuya holgura enriquece el mismo autor (en la misma página) con dos más: ¿Colocar a las Cámaras en la disyuntiva de aceptar el hecho consumado o encender la mecha de la responsabilidad internacional del Estado? ¿Sostener, tal vez, que su potestad es reglada en su integridad, debiendo hacer lo que el tratado ordene y en los términos en que lo ordene?, rosario de inquietantes preguntas que cada intérprete puede responder a su guisa y que en lo tocante a su enunciado merece la siguiente reflexión: «La fórmula parece poco acorde con los poderes soberanos del legislativo y, de hecho, su viabilidad dependerá de la habilidad del Gobierno para ganarse a la mayoría parlamentaria. De ahí que sea aconsejable una participación determinante de las Cámaras legislativas en la conclusión de

los tratados —incluidos, desde luego, los que suponen modificaciones legales o exigen medidas legislativas para su ejecución— y la recepción automática de sus disposiciones a partir de la entrada en vigor en el orden internacional».

Adentrándome ya en la panorámica netamente española al respecto, tengo que patentizar que nuestra CE no se hurta por completo al tratamiento de la problemática referenciada, toda vez que de una parte su artículo 94.1.e) impacta, tal como hemos advertido, en el centro de gravedad de la misma, pudiendo entroncar también con el núcleo de la cuestión suscitada el artículo 93 de dicho Texto Básico cuando imputa a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de los tratados que tal precepto prevé (los requirentes de ley orgánica para su legítima instrumentación, siendo asimismo citable que la Ley Orgánica del Consejo de Estado antes explicitada —la 3/1980, de 22 de abril— reclama la atención consultiva de tal organismo (en pleno o en comisión permanente, según las cosas) cuando se trate de la eventual promulgación de leyes que hayan de dictarse «en ejecución, cumplimiento o desarrollo de tratados o convenios o acuerdos internacionales», *ex* artículo 21.2, supuesto en el que debe intervenir el Pleno, intervención que se sustituye por la de la Comisión Permanente cuando se trate de la adopción de normas reglamentarias que se dicten en ejecución, cumplimiento y desarrollo de tratados, convenios o acuerdos internacionales, *ex* artículo 22.2.

En cualquier caso, también cabría utilizar la fórmula de la capacitación legislativa al Gobierno para tales efectos, aludiendo a esta posibilidad ANTONIO REMIRO BROTONS, en su indicada obra, señalando en la página 276 de la misma «La delegación o habilitación legislativa al Gobierno no se presume, desde luego, pero tampoco hay razón para prohibirla taxativamente. Las Cortes podrán otorgarla, para la ejecución de los tratados dentro de los límites, ciertamente riguroso con los que ha sido concebida con carácter general por el artículo 83.2 de la Constitución; intransferible, expresa, concreta y por tiempo limitado. Un buen ejemplo es la reciente Ley 47/1985, de 27 de diciembre, de habilitación al Gobierno para la adaptación de nuestro Derecho a las obligaciones derivadas de la adhesión de España a las Comunidades Europeas. Concebida por seis meses la habilitación interesaba a una lista de textos enumerados en anexos».

Como colofón de lo hasta aquí dicho, y haciendo acopio de las reflexiones aportadas por el autor mentado, tengo que poner de relieve que tratándose de ejecución de lo previsto en los tratados por vía de disposiciones reglamentarias a los mismos, en base a una interpretación rigurosa y coherente de su significado y a su evidente entronque con los «actos políticos del Estado y con las relaciones internacionales», parece lógico que resulten inmunes a cualquier tipo de recurribilidad por la vía contencioso-adminis-

trativa, *ex art. 2.b* L J, de la Lex Jurisdiccional, interdicción que también debe extenderse, por los mismos motivos, a la valoración jurisdiccional que eventualmente pudieren merecer los actos de autorización de un tratado y el propio acto de su aprobación.

#### 9. PAPEL DE LAS COMUNIDADES AUTONOMAS EN LA EJECUCION DE LOS TRATADOS

Ya hemos contemplado el rol de éstas en el proceso formativo de los mismos, cupiéndonos ahora la función de efectuar lo propio en relación con el indicado proceso ejecutivo, pudiendo iniciar nuestra andadura analítica al respecto señalando ahora que así como siempre puede contemplarse el papel de dichos entes territoriales en relación con el mentado íter conformador, no sucede otro tanto con el ejecutivo, ya que éste no siempre se concita teniendo en cuenta que cuando el tratado en cuestión sea un «self-executive», entonces el papel de tales comunidades no acredita el más mínimo interés, limitándose las mismas a asumir su contenido en todo lo que éste les afecte, asunción de la que no podrán sustraerse en medida alguna alegando exceso de poder del Estado al adquirir el consiguiente compromiso internacional en estas áreas, todo ello en coherencia con la teoría general sobre la materia y a la que nos hemos referido abundantemente a lo largo de estas consideraciones.

Ahora bien, los tratados «*executive-agreement*» pertenecen en realidad a un linaje harto exiguo, siendo por ello mucho más frecuentes los casos en que de los mismos sólo brotan compromisos de un determinado hacer normativo para los Estados concernidos, compromisos cuya virtualidad hacedera sólo es comprensible, lógicamente, con la colaboración de los órganos jurisdicentes de los mismos, eventualidad cuya metodología se complica severamente en aquellas hipótesis en las que como consecuencia de la organización política del Estado signatario en cuestión la potestad normativa del mismo resulte más o menos fraccionada y competencialmente escindida, ya que en tal caso la posibilidad de dar cabal satisfacción a las exigencias de desarrollo normativo interno impuestas por el tratado en cuestión se halla en distintas manos.

Es evidente que en este supuesto, el Estado de que se trate no puede escudarse, en cuanto a un eventual incumplimiento del tratado, en que el ilícito internacional motivado por este hecho no le es imputable por no controlar debidamente los resortes del poder legisfehaciente titularizados por las diversas organizaciones territoriales que en suma constituyen su todo como nación, ya que este hecho, por muy notorio y trascendente que sea, es irrelevante a efectos internacionales.

Frente a la constatación de esta evidencia los Estados tratan de preverse de las consecuencias dañosas que se les puedan inferir por su falta de control de las potestades normativas de los entes territoriales de su integración imponiendo en ocasiones en el tenor de sus compromisos obligaciones *ad hoc*, la denominada cláusula federal que no es sino una exclusión anticipada de su potencial responsabilidad por el incumplimiento de sus compromisos internacionales debido a la aludida falta de control sobre competencias normativas relativamente adventicias a los mismos.

Sea cual fuere la mejor solución al respecto, si es que la hay, lo cierto es que el aludido planteamiento es traspolable al caso español dada la nueva organización del Estado en Comunidades Autónomas, coexistiendo éstas con un poder central a base de una articulación competencial de sus sendas posibilidades de jurisdicción.

No es del caso relatar las incidencias de la constitucionalización de la problemática relativa a la ejecución de los tratados, en sede normativa interna ni al cambio de rumbo cualitativo que nuestro Texto básico propició con respecto a la filosofía que sobre el particular mantuvo la Constitución de 1931, mucho más explícita que la actual, sino sólo puntualizar que la normal ambivalencia de muchos preceptos constitucionales se intensifica con particular intensidad en el foro normativo en el que nos estamos moviendo, siendo así que el artículo 149.1.3 CE, en cuanto sancionador de la competencia exclusiva del Estado en el ámbito de las «relaciones internacionales», admite una pluralidad de lecturas al efecto posibilitando tanto una atracción competencial de dicho Estado en todo lo concerniente a tales relaciones internacionales de factura totalizadora y consiguientemente excluyente de la que pudiese corresponder en tal sede a las Comunidades o bien, a base de una visión más templada del asunto, considerar factible una convergencia competencial en este ámbito, protagonizada tanto por el Estado como por las dichas Comunidades Autónomas, tesis, en suma, que es la que ha prevalecido en los distintos Estatutos de Autonomía, textos legales que, sin excepción, confieren a las correspondientes Comunidades Autónomas competencias en orden a la ejecución de los tratados en las materias que les afecten (art. 20.3 del País Vasco; 27.3 del de Cataluña; 23.2 del de Andalucía; 40.2 del de Aragón; 34 del de Castilla-La Mancha; 37.2 del de Canarias; 33.2 del de Madrid; 12 del de Asturias; 12 del de Murcia; 58 y 42.1 del de Navarra; 9.1 del de Extremadura; 12.1 del de Baleares y 28.7 del de Castilla y León.

¿*Quid* si las Comunidades Autónomas cumpliesen deficientemente con los deberes y cargas inherentes a las competencias asumidas al efecto? Es evidente que en este caso, el Estado, ante la necesidad de evitar su consiguiente responsabilidad internacional, se vería abocado a hacer uso de las posibilidades que le oferta el artículo 150.3 («El Estado podrá dictar leyes

que establezcan los principios necesarios para armonizar las disposiciones normativas de las Comunidades Autónomas, aun en el caso de materias atribuidas a la competencia de éstas, cuando así lo exija el interés general. Corresponde a las Cortes Generales, por mayoría absoluta de cada Cámara, la apreciación de esta necesidad») de la CE, alternativa que será de obligada comparecencia cuando la falta de ejecución de los apremios internacionales sean los derivados de la preceptiva comunitaria.

Más grave sería que tales Comunidades incumpliesen en toda su integridad los deberes competenciales que por su propia decisión adquirieron en el foro ejecutivo que estamos viendo, situación que obligaría a actuar en el sentido propuesto por el artículo 155 CE, precepto que viene a posibilitar el establecimiento de una especie de régimen de excepción en el área de la distribución competencial normativa y ejecutiva que gobierna las relaciones entre el Estado y las meritadas Comunidades Autónomas, todo ello en congruencia con los altos intereses nacionales en juego, siendo el tenor de dicho artículo el siguiente:

«Si una Comunidad Autónoma no cumpliera las obligaciones que la Constitución u otras leyes le imponen, o actuare de forma que atente gravemente al interés general de España, el Gobierno, previo requerimiento al Presidente de la Comunidad Autónoma y, en el caso de no ser atendido, con la aprobación por mayoría absoluta del Senado, podrá adoptar las medidas necesarias para obligar a aquélla al cumplimiento forzoso de dichas obligaciones o para la protección del mencionado interés general.

2. Para la ejecución de las medidas previstas en el apartado anterior, el Gobierno podrá dar instrucciones a todas las autoridades de las Comunidades Autónomas.»

De todos modos, esta es una situación límite, un «*leading-case*» político cuya entrada en liza debe aquilatarse hasta el máximo, opinión que es también compartida por el grueso de los comentaristas sirviendo como botón de muestra lo que sobre el particular apunta REMIRO BROTONS en su obra dicha, página 279, cuando al enfocar el alcance del eventual incumplimiento por parte de las Comunidades Autónomas del débito competencial que detentan en este ámbito en mérito a los planteamientos normativos de sus propios Estatutos de Autonomía califica al precepto que acabo de literalizar como una norma reservada para «hipótesis extremas y nada sería más deseable que ver envejecer a este precepto como un guardián durmiente», complementando este razonamiento el autor dicho, en su misma obra y página, señalando que «frente a la rebeldía, retraso o negligencia autonómicos, propiciados por el déficit de participación de las Comunidades Autónomas en la asunción de obligaciones que, luego, han de ejecutar, y la

heterogeneidad de quienes controlan las diferentes instancias de decisión, existe fundamento constitucional bastante en la atribución a los órganos centrales de las relaciones internacionales (art. 149.1.3) para justificar que las Cortes o el Gobierno, según los casos, tomen las disposiciones provisionales necesarias para evitar el incumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado, disposiciones que se aplicarían hasta el momento en que la Comunidad autónoma de que se trate asuma adecuadamente la función que le corresponde».

En resumen, en caso de desorden o disfunción ejecutiva graves, cabe hacer uso de lo patrocinado por el artículo 150.3 de la CE; en el supuesto de que exista incuria o pasividad leve o incluso grave (sin alcanzar en este caso la hipérbole o el paroxismo) el Estado asume, sin más, aunque *ad casum*, el ejercicio de las competencias ejecutivas ostentadas por las sendas Comunidades Autónomas en caso de gravedad exorbitante y exacerbada del meritado incumplimiento podrá hacer uso del artículo 155 CE antes literalizado.

## 10. EL TRATADO EN CUANTO NORMA CONVERGENTE CON OTRAS

### A) IDEA GENERAL

Es obvio que el tratado sólo constituye una pieza más en el macrocosmos jurídico —y ello tanto a nivel nacional como en el propiamente internacional—, concurriendo casi siempre con otros preceptos en la innovación de unos mismos supuestos o situaciones jurídicas, provocando todo ello la necesidad de explicar ciertos aspectos de tal conjunción normativa, que no siempre se desarrolla en condiciones de armonía, tema que vamos a abordar de inmediato, sirviendo como pórtico considerativo autorizado de todo lo que voy a decir las reflexiones que sobre el particular emite ANTONIO REMIRO BROTONS, autor que en su indicado libro, página 325, inicia el tema señalando que «La concurrencia, al menos aparente, de dos o más tratados y de otras normas, internacionales o internas, en la regulación de una misma relación o situación, plantea problemas ante los que se va desperezando la atención de los negociadores, de los órganos de aplicación y de la doctrina. Ahora bien, la perspectiva desde la que se contemplan estos problemas y las soluciones que se proponen en el plano de la aplicación del derecho varían según la órbita, internacional o estatal, en que se mueve el órgano».

Siendo ello así, vamos a examinar la cuestión desde ambas vertientes, y ello tanto en relación con las situaciones de convergencia en la normalidad como con aquellas en que se plantean disfunciones más o menos

severas, si bien mi interés sobre el tema, aun pretendiendo ser pluridisciplinar, no rebasar el nivel de lo obvio, justificándose por demás su estudio en estas páginas dado el considerable protagonismo que acreditan en el ámbito de la extranjería los tratados, circunstancia que determina que tal estudio revista un interés especial en el contexto de esta obra.

B) EXAMEN DE LA CUESTIÓN DESDE VERTIENTES INTERNACIONALES

a) *Concurrencia de normalidad*

En este epígrafe nos vamos a centrar en el estudio de tal fenomenismo cuando todos sus protagonistas son tratados con influencia normativa sobre situaciones idénticas o conexas, dejando a los eruditos del DIP al estudio de las eventualidades de convergencia entre los susodichos tratados y las restantes normas del Derecho Internacional, tema que ahora no nos interesa especialmente.

Ello puntualizado, tengo que señalar que el referido fenómeno concurrencial, oportunamente cristalizado en la regulación convencional de un mismo supuesto de hecho sin clave de contradicción, acredita una dinámica de incentivación imparable debido sobre todo a la existencia en el día de hoy de una evidente inflación de concertabilidad internacional, optimizada además por la circunstancia de que cada vez es más frecuente un solapamiento competencial al efecto, debido a la creciente actividad de los Organos intergubernamentales, circunstancias a las que se agrega el que, como apunta muy bien ANTONIO REMIRO BROTONS en su indicado libro, página 326, en bastantes ocasiones «lo que aparece como objeto principal de un tratado se presenta en otro como objeto secundario o complementario», praxis de deficiente facturación negocial que muchas veces plantea delicados problemas de encaje y método, a los que se pretende hacer frente acudiendo a diversos remedios acuñados por el DIP, de entre los que nos interesa de modo exclusivo las cláusulas de compatibilidad («souple de surete» para negociadores que se adentran en un territorio donde no cuentan con una cartografía fiable, en expresión metafórica, feliz de autor indicado *ut supra*), cláusulas a las que alude, por cierto, el artículo 30.2 del Convenio de Viena al señalar que «Cuando un tratado especifique que está subordinado a un tratado anterior o posterior o que no debe ser considerado incompatible con ese otro tratado, prevalecerán las disposiciones de este último», precepto de alambicada redacción que articula el régimen a seguir con las cláusulas de subordinación y compatibilidad y del cual parece desprenderse, y ello resulta censurable para el meritado autor, la absoluta primacía de las estipulaciones del tratado primigenio, conclusión a la que

llega el mismo señalando en la página 328 de su libro que «Ahora bien, aun prescindiendo de que la compatibilidad entre las disposiciones de dos o más tratados no se puede imponer *a priori* por la vía del imperio sino sólo como resultado del análisis lógico y de la comparación de textos, sería craso error pretender que cualquier declaración de compatibilidad trae siempre como consecuencia necesaria la automática prioridad de las disposiciones del tratado previo, un tratado que, dicho sea de paso, también podría a su vez contar con una declaración similar. Siendo la voluntad última de las partes, expresada en el tratado posterior, la que establece hacia y hasta donde llegan las sedicentes cláusulas de compatibilidad, el órgano de aplicación ha de buscar esa voluntad atendiendo al tenor de la cláusula».

En ocasiones, tal cláusula no hace acto de presencia y se provoca en solapamiento —**no contradictorio**— entre distintos tratados sucesivos, circunstancia que engendra divergencias de regulación no esenciales y en cualquier caso perplejidad e incertidumbre, ocupándose específicamente de esta potencial fenomenología el artículo 30.3 del Convenio de Viena, según el cual «Cuando todas las partes en el tratado anterior sean también partes en el tratado posterior pero el tratado anterior no quede terminado ni su aplicación suspendida conforme al artículo 59, el tratado anterior se aplicará únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior», texto que no resuelve ni mucho menos toda la problemática suscitada en el entorno de conjunción que estamos contemplando y que hace apuntar al autor supracitado, en su obra dicha, página 329, que «La aplicación prioritaria de las disposiciones de tratado posterior está en la naturaleza de las cosas cuando son más favorables para satisfacer los objetivos o más especiales para regular las materias que las del tratado anterior. Pero, ¿cabe decir lo mismo cuando el tratado posterior no es más especial ni más favorable? ¿Es que ha de preferirse a toda costa, aunque se llegue al convencimiento de que es menos favorable o más genérico, incidental o incompleto en la regulación de la materia?», solución rechazable por la propia coherencia sistémica del orden internacional, y con ella la del automatismo que parece implantar, en beneficio del tratado de fecha más reciente, el indicado artículo 30.3, debiendo indagarse sobre todo, a base de una interpretación a dos bandas, la voluntad real de los Estados partes, y siempre teniendo presente en el impulso y desarrollo de tal interpretación el criterio de que las normaciones sectoriales y especializadas prevalecen sobre las generales y específicas, regla de vigencia general en la comprensión de todo tipo de normología en conflicto que, por lo demás, aparece consagrada implícitamente en la propia convención de Viena a través de su artículo 30, precepto que al regular la concurrencia de tratados sucesivos constriñe su eficacia a los «concernientes a la misma materia».

b) *Concurrencia disfuncional*

Según los propios apremios internacionales, una concurrencia de este tipo, que únicamente resulta comprensible en relación con las normas cogentes del Derecho Internacional general provoca la nulidad o la terminación del tratado que incida en tal situación aludiendo a la primera de las alternativas dichas el artículo 53 («Tratados que están en oposición con una norma imperativa de Derecho Internacional general (*ius cogens*).—Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa del Derecho Internacional general. Para los efectos de la presente Convención una norma imperativa de Derecho Internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto de norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior del Derecho Internacional general que tenga el mismo carácter») y a la segunda el 64 («Aparición de una nueva norma imperativa de Derecho Internacional general (*ius cogens*).—Si surge una nueva norma imperativa de Derecho Internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará»), ambos de la Convención de Viena, siendo asimismo colacionable el plus valor de intangibilidad que en relación con la Carta de las Naciones Unidas brota del artículo 30.1 de dicha Convención, precepto del que resulta la imperatividad de su contenido y por eso la **prevalencia** del mismo frente a aquel resultante de algún tratado que la contradiga.

c) EXAMEN DE LA CUESTIÓN DESDE VERTIENTES NACIONALES

a) *Concurrencia de normalidad*

Son raros los tratados internacionales que se agotan en su propia **mis**misidad internacional (los tratados no flotan en el vacío, gustan de decir los **internacionalistas**), siendo lo más normal que en relación con los mismos se produzca una **arborificación** normativa y ello no sólo en el plano internacional (aspecto que acabamos de abordar), sino también en el interno, vertiente a la que también nos hemos referido con anterioridad cuando aludimos al problema de la trasposición al orden doméstico de la **preceptividad** (total o parcial) de tales tratados, tema que enriquecemos ahora poniendo de relieve que las conexiones entre los tratados y los sendos ordenamientos nacionales son profundas e intensas y que a la evitación de su divergencia, contemplando la cuestión desde el plano constitucional, se destinan los remedios preventivos y represivos a los que con anterioridad aludimos.

Descartado el análisis de este punto, vamos a centrarnos ahora en el resaltamiento de las relaciones y concomitancias que pueden mediar entre el tratado y la ley, cuestión contemplada con singular agudeza por ANTONIO REMIRO BROTONS, que en su **meritado** libro, página 338, traza una panorámica de amplio espectro sobre el particular elaborando un conjunto de posibilidades de un ciertamente abigarrado discurso operativo, incluyendo en el mismo aquellos supuestos en los que la normativa doméstica es objeto de algún tipo de reenvío por parte del convenio internacional, bien porque éste permita regulaciones internas más favorables que las ofertadas por sus apremios normativos, bien por la entrada en juego de algún tipo de cláusula especial, bien porque el tratado en cuestión requiera el soporte de algún concepto jurídico indeterminado valorable exclusivamente según la ley del foro o bien, en suma, porque la perceptividad internacional sólo adquiere plena virtualidad a base de algún comportamiento ordinamental interno, relación que incluye entre sus alternativas algunas que acreditan una marcada beligerancia en el contexto expositivo de este libro, y me refiero así al hecho de que la primera de las manifestaciones de cooperación apuntadas es la que predomina en los convenios sobre derechos humanos (textos positivadores de derechos básicos que siempre dejan a salvo las regulaciones más progresivas provenientes de los derechos internos, tal como tendremos ocasión de examinar con más detalle ulteriormente), ello con independencia de que precisamente en el ámbito del derecho de extranjería la llamada al derecho interno por la vía del tratado se conjuga también con una constante llamada del ordenamiento interno al tratado, siendo fuentes del mismo no sólo el artículo 13 de la CE, sino también otros preceptos integrantes del bloque de constitucionalidad, concretamente el artículo 3 de la LOE (y apartados 2 y 3 del art. único del RD 1119/1986, aprobatorio del RLOE), y de la preceptiva ordinaria (arts. 28 del CC y 15 del CC).

Precisamente, en esta línea de colaboración entre la normativa interna y el tratado debe enmarcarse, en las áreas constitucionales, el artículo 10.2 CE, que señala literalmente (y efectuamos ahora su retranscripción para mayor comodidad del lector), que «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

Este precepto reenvía a los tratados positivadores de los Derechos Humanos a los pertinentes efectos interpretativos de los derechos y potencialidades de igual condición sancionados por la CE, llamada que no nos puede hacer olvidar que los indicados tratados resultan del propio modo obligatorios para España en base a la asunción por ésta del compromiso obligacional que de los mismos emerge.

En base de todo ello, existe un solapamiento de positivaciones respecto a tales Derechos Humanos, ya que los residentes en el territorio nacional —españoles o extranjeros— tienen los mismos reconocidos tanto por los indicados Convenios como por la CE, y todo ello con independencia de que los preceptos de éstos deban ser en su caso interpretados de conformidad con lo estipulado en tales tratados y en la Jurisprudencia internacional que los mismos hagan aflorar.

No es el momento oportuno de penetrar en el entresijo de esta interpenetración ordinamental, tema que será especialmente considerado en el curso de esta obra, especialmente cuando aludamos a la virtualidad esencial de los aludidos tratados en el orden interno y a la influencia que los mismos desplegaron en sede del ordenamiento de extranjería como consecuencia de su toma en consideración por la STC 115/1987, que será debidamente analizada en su lugar oportuno.

Ahora bien, y ciñéndonos estrictamente al indicado valor interpretativo, tengo que puntualizar que en ocasiones el mismo se ha convertido en directo, y ello unas veces en beneficio de los justiciables sometidos a la jurisdicción española y otras en todo lo contrario, constituyendo un claro ejemplo de esto último la toma en consideración por el TC de la filosofía normativa resultante del artículo 5.1.f) del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, texto que tenido en cuenta como norma directamente obligatoria permitió la sanción constitucional por parte del TC (en su antes indicada Sentencia) de la especial detención cautelar que es dable infligir al extranjero en obsequio a lo que sobre el particular se postula en el artículo 26.2 LOE, y ello pese a que con la CE en la mano este tipo de detención no se sostenga.

En otras ocasiones, el alcance interpretativo del mentado artículo 10 se convierte en directo *ad bonus* para el **meritado** justiciable, siendo este el caso que tuvo ocasión de manifestarse a través de la STC 254/1993, de 20 de julio (Ponente: señor GARCÍA-MON Y GONZÁLEZ-REGUERA), en la que con motivo de debatirse la pulcritud constitucional de las Sentencias de los Tribunales ordinarios que confirmaron la denegatoria tácita de la Administración alusiva a la pretensión del demandante en amparo de conocer el contenido de la información que personalmente le afectaba almacenada en los ficheros automatizados a cargo de la misma, el TC, al tener en cuenta los apremios normativos resignados por el Convenio de 28 de enero de 1981, objetivador de la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal (instrumento hecho en Estrasburgo en la fecha indicada y ratificado por España mediante el documento pertinente de 27 de enero de 1984, publicado en el BOE el 15 de noviembre de 1985), potenció la eficacia de tal instrumento al atribuirle funciones de desarrollo del artículo 18.4 CE (expresivo de que «La ley

limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de sus ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos»).

Siendo ello así, y pese a que tal ley no había sido todavía adoptada en el momento en que se produjo la denegación tácita administrativa objeto del entredicho constitucional, el TC, basándose fundamentalmente en el contenido del mentado tratado declaró que el derecho a la intimidad del postulante en amparo había sido violado, reconociéndose la legitimidad de su pretensión a obtener la información instada por el mismo, facultad cuya concreta fuente se hallaba en aquel momento no precisamente en ninguna Ley (prevista pero todavía no promulgada), sino en el indicado Convenio, que en definitiva vino a tomarse en consideración como elemento integrador del artículo 18.1 y 4 CE, tesis que fue suscrita mayoritariamente por los miembros de la Sala 1.<sup>a</sup> del TC (que fue la que conoció del recurso), pero que no contó con el respaldo del Magistrado integrante de la misma, señor RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, Magistrado que, fundando su discrepancia en la filosofía de anteriores SSTC llega a una conclusión contraria a la que a la postre prevaleció, constituyendo lo más relevante de su diferendo con el criterio mayoritario, lo que resulta del tenor literal siguiente (de su voto particular).

«En suma, si este Tribunal ha afirmado que nunca una norma convencional en materia de libertades públicas puede abrir al justiciable recursos que la Ley no ha previsto (STC 42/1982, FJ 3) o que la falta de integración del mandato del legislador para regular la objeción de conciencia sólo permitía amparar al objetor en cuanto al contenido mínimo del derecho (suspensión de la incorporación a filas) (STC 15/1982, FJ 8), la solución no debía haber sido otra en el presente caso: el Convenio del Consejo de Europa de 28 de enero de 1981 no puede hacer las veces de la legislación a la que remite el artículo 28.4 CE; dictar esa legislación es, para las Cortes, un imperativo constitucional, pero su omisión no podía dar lugar a la habilitación por la Administración o por los Tribunales de procedimientos extralegislativos, de incierta configuración, que permitieran satisfacer pretensiones positivas cuya ordenación sólo corresponde al legislador. Semejante carencia de ley —ya paliada— sólo permitiría amparar, eventualmente, la negativa de la persona a suministrar determinados datos a la Administración en tanto no hubiera sido articulada la garantía del citado artículo 18.4, pero nunca crear una obligación abierta de hacer para la Administración, sin base legislativa alguna.

A mi juicio, ni la Administración, al negarse a suministrar unos datos, basando la pretensión en la aplicación directa de un Convenio publicado pocas semanas antes en el *BOE*, dejando al margen la incorrección que supone en materia de libertades públicas la falta de una respuesta explícita, ni el órgano judicial han desconocido el derecho fundamental del recurrente

negando una aplicación directa e inmediata del citado Convenio. No es ocioso recordar que, como ha dicho la STC 84/1989, «una cosa es que los Convenios internacionales a que se refiere dicho precepto (art. 10.2 CE) hayan de presidir la interpretación de los preceptos constitucionales relativos a los derechos fundamentales y otra, muy distinta, es erigir dichas normas internacionales en norma fundamental que pudiera sustanciar exclusivamente una pretensión de amparo». Y esto es lo que sucede en el presente caso, en el que el Convenio no se utiliza meramente, frente a lo que se dice, como una fuente interpretativa que contribuye a la mejor interpretación del contenido de los derechos (STC 64/1991, FJ 4.a), sino como elemento de integración ante la demora en el desarrollo legislativo del precepto constitucional, para cuyo desarrollo desde luego habría de servir de pauta, aunque no canon autónomo de validez, el contenido de dicho Convenio.

b) *Concurrencia disfuncional*

a') *Idea general*

Con anterioridad hemos aludido al problema de la relación de adverso entre la Constitución y los tratados, poniendo de relieve qué tipo de soluciones al mismo ha sido ofertado por nuestro Texto básico, así como el sistema de resortes cuya eventual activación se destina a evitar que surjan ulteriores situaciones de conflicto o a solventar éstas, siempre en beneficio de la Constitución, cuando las mismas han surgido ya.

Ahora nos toca plantear idéntica problemática cuando la misma aflora como consecuencia de una discordancia entre la legislación subconstitucional y el tratado, engendrándose esta hipótesis en aquellos casos en los que un mismo supuesto factual es objeto de imputación jurídica diferenciada por ambos órdenes jurídicos, que ofrecen en la misma sede inferencial mensajes normológicos antinómicos, no reconducibles a una ratio única coherente por vía interpretativa, tema que, dada su trascendencia, ha preocupado de forma constante a la doctrina, terciando en la polémica sustanciada al efecto no sólo autores que profesan en las áreas considerativas conectadas con el DIP, sino otros muchos que hacen lo propio en los foros administrativo y civil, motivando todo ello un vocerío considerable al respecto que, a pesar de su intensidad, no alcanza a encontrar respuestas al problema planteado, especialmente reluctante a cualquier tipo de solución.

Y es que en España el problema se agrava por la propia dinámica impulsada en este ámbito por la CE, ya que al imponer ésta en relación con determinados tipos de tratados que la prestación del consentimiento para

obligarse por parte del Estado sólo pueda tener lugar previa aquiescencia de las Cortes ha venido a hacer trizas una referente que podría ser útil para el hallazgo de un apunte de solución en este entorno y que es el de la unidad categorial de los tratados, unidad cuya fractura conduce inevitablemente a una consecuente escisión considerativa sobre el particular, entendiendo que la colisión antes apuntada entre la ley y el tratado puede acreditar una solución distinta en estricta obediencia a qué tipo de tratado se trata.

Ello alegado, vamos a entrar en el quid de esta temática diversificando su estudio en dos apartados, debatiendo en el primero el índice de resistencia del tratado en relación con una ley posterior antinómica y la misma reluctancia derogativa, pero invirtiendo los términos, utilizando en el análisis de estos supuestos ingredientes doctrinales adventicios concluyendo su explicación con algunas conclusiones personales.

b') Resistencia del tratado a la ley posterior antinómica

Si tanto los tratados como la ley mantuviesen idéntica posición jerárquica en el pentagrama jurídico del ordenamiento español como si la ley acreditase un rango jerárquico superior en el mismo, resulta evidente que toda ley posterior dejaría sin efecto el tratado anterior por el mero hecho de su promulgación.

Pero tal derogación no se produce, y la eficacia ofensiva de dicha ley (posterior) respecto del tratado contradictorio anterior zozobra ante la absoluta renuncia de éste a ser afectado por la *meritada* ley.

¿Y ello por qué? Pues sencillamente porque no sólo lo establece así el propio ordenamiento internacional, del cual son absolutamente tributarios los instrumentos que estamos viendo (arts. 26, 27 y otros del Convenio de Viena), sino que también impone este criterio la CE al indicar su artículo 96.1, que «Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formaran parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional».

De este tenor —el del indicado artículo— no se puede colegir ninguna instauración en estas áreas del principio de jerarquía como medio de solucionar los conflictos entre normas de un mismo ordenamiento jurídico, sino una simple confirmación, por vía de ley interna, de lo que es un canon ordinamental **internacionalista**, absolutamente consolidado.

Considerar que el precepto en cuestión viene a sancionar en esta sede el principio de jerarquía supondría la fractura de sus cuadernas tal como éstas son concebidas desde la dogmática jurídica más depurada, teniendo en

cuenta que su virtualidad sólo resulta concebible, partiendo del presupuesto básico, tal como hemos explicado, de que las normas en eventual conflicto acreditan en alguna manera su sujeción a una soberanía común, todo ello en consonancia con lo anteriormente explicado, soberanía que impone precisamente el protagonismo de tal criterio y la modulación de su entrada en juego, soberanía común que no puede utilizarse como elemento explicativo de la entrada en liza de tal criterio cuando los ordenamientos a tener en consideración son el internacional y el doméstico, razón que priva de significado a dicho principio jerárquico en este foro.

A pesar de ello, la tesis de la supralegalidad del tratado (que parte de la toma en consideración plena de tal principio, entendido éste en el más depurado de sus sentidos) es la que enseña la praxis jurisdiccional y la doctrina mayoritaria.

Así, y en lo tocante a la doctrina legal sobre la materia, con independencia de las enunciaciones que en el sentido expuesto fueron efectuadas por el TS en lo que podríamos calificar como bloque jurisprudencial pre-constitucional y primerizo sobre la materia (SS de 17 de diciembre de 1968, 27 de febrero de 1970 y 17 de abril de 1971) la afluencia con ulterioridad a la adopción de la CE incide con especial delectación en este discurso, siendo buena muestra de ello la tesis que sobre el particular emerge de la STS (Sala 3.<sup>a</sup>), de 30 de septiembre de 1982, resolución que, siguiendo el ejemplo de otra previa del mismo Tribunal del 16 del mismo mes y año urde un tejido de consideraciones sobre el particular netamente optimizador del rango suprallegal del tratado en el ordenamiento español, barajando al efecto tanto el artículo 1.5 del CC como los preceptos constitucionales objeto de consideración en este trabajo, bloque preceptual cuyo alcance se hace tonalizar por aquellos preceptos de la preceptiva internacional de más directo impacto sobre la materia.

Esta línea jurisdiccional, ciertamente maximizadora del papel del tratado en nuestro cosmos jurídico, tuvo su seguimiento en otras posteriores tales como la del 2 de diciembre, también de 1982 y aún más francamente en la de 22 de mayo de 1989, en la que tras efectuarse en su Fundamento de Derecho primero una serie de consideraciones de esmerada obediencia internacionalista («La interdependencia de las relaciones jurídicas en un ámbito superador de fronteras entre Estados ha venido a consagrar la realidad de una verdadera Comunidad jurídica supranacional asentada en Tratados y Convenios Internacionales, de modo que el Derecho de cada país no puede ya concebirse como simple resultante de parciales actividades legislativas de los Estados, sino que sobre la base del principio de solidaridad e interdependencia en las relaciones internacionales se ha venido a reconocer y a configurar una nueva concepción de la idea de soberanía asentada en las ideas de integración y acatamiento de principios y normas

de ámbito supranacional. Tal es, en realidad, el fundamento justificador y básico del Capítulo III de la vigente Constitución Española (arts. 93 a 96, ambos inclusive) que, dando reconocimiento a los Tratados y Convenios Internacionales, los incorpora al Ordenamiento interno una vez que, válidamente celebrados, hayan sido publicados íntegramente en el *Boletín Oficial del Estado* (arts. 96.1 de la Constitución y 1.5 del Código Civil).

Frente a la antigua doctrina dominante entre los internacionalistas clásicos que sostenían el criterio de que los Tratados y Convenios Internacionales no eran en sí mismos fuentes creadoras de Derecho interno, sino una regla solamente vinculante entre los Estados signatarios que para dotarla de fuerza de obligar respecto de sus ciudadanos necesitaban del acto jurídico interno adecuado (Ley, Real Decreto, etc.), la práctica de las más intensas y coordinadas relaciones internacionales y la consagración plena de Organizaciones supranacionales ha llevado a ese reconocimiento de la aplicación entre los Estados signatarios como Derecho interno, una vez cumplidas las formalidades previstas para formar parte del Ordenamiento jurídico interno de cada uno de los Estados firmantes, sin necesidad de que se produzca ninguna otra disposición legislativa por parte de éstos, confirmadora o desarrolladora de lo que ya pasó a ser Derecho interno». Se optó por la preferencia aplicativa de un determinado Convenio (el de unificación de ciertas reglas relativas a los privilegios e hipotecas marítimas firmado en Bruselas el 10 de abril de 1926, ratificado por España el 2 de junio de 1930 y debidamente publicado en la Gaceta de Madrid el 31 de julio del mismo año), y ello pese a que los recurrentes habían alegado su derogación por el Estatuto de los Trabajadores de 1980, es decir, la cesación de su vigencia por su contradicción con una ley posterior, postulación que el TS desestimó previa la alegación de todo lo explicitado en el Fundamento de Derecho primero y la consideración que, de prevalecer lo pretendido por los recurrentes, quedaría en entredicho «el principio de legalidad y la jerarquía normativa (art. 9.3 CE)». Consagrándose así la primacía de dicho Instrumento internacional y su resistencia a ser derogado por una ley posterior contradictoria.

De todos modos, la construcción de esta tesis no es todo lo sólida que pretenden los autores, que en el enfoque de esta materia parten como premisa indiscutible de la supralegalidad de los tratados y ello porque si bien la pretensión de los recurrentes fue a la postre desestimada por el TS, éste introdujo en su *ratio decidendi* una consideración que venía a vaciar de parte de su contenido a toda la suerte de reflexiones de neta apelación internacionalista, siendo esta la alusiva a que la derogación pretendida del tratado por el Estatuto de los Trabajadores dicho no podía prosperar «en ortodoxa aplicación del principio de derecho de que lo especial (normas del aludido Convenio concretadas a preferencias de créditos sobre buques), no

puede entenderse derogado por lo general (normas del mencionado Estatuto de los Trabajadores referentes a éstos en general)», sustentáculo de la impertinencia de la derogación instada que nada tiene que ver con la beligerancia en estas áreas del principio jerárquico al que estamos, y cuya aducción al hilo de la argumentación del TS no acreditaba, dado su contexto y dicción imperativa, el carácter de mero argumento *a fortiori*.

Desde el punto de vista doctrinal, IGNACIO DE OTTO, en su obra dicha, efectúa una severa crítica de aquella parte de la doctrina que pretende explicar la relación Ley-tratado desde perspectivas competenciales, censura que se hace en la página 125 de dicha obra («La **inderogabilidad** de los tratados por las leyes se ha querido explicar también a partir del principio de competencia, afirmando que aquello que ha sido objeto de un tratado queda sustraído a la competencia del legislador interno y sometido a un tratamiento específico. Sin embargo, tal uso del criterio de la competencia es distorsionador, pues éste supone una distribución de materia entre normas, cosa que no se da en absoluto en los tratados internacionales, que pueden versar sobre cualquier materia, exactamente igual que puede hacerlo la ley. La inderogabilidad de los tratados por las leyes podría explicarse a partir de la competencia si los tratados sólo pudieran regular ciertas materias y la inderogabilidad se produjera sólo en ese campo. Pero no es ese el caso: el tratado puede imponerse a las leyes en cualquier materia»), y de la que personalmente me hurto por todo lo que explique con anterioridad en relación a que efectivamente el principio competencial no tiene nada que decir en este foro, pero no sólo por lo postulado, sino sobre todo porque no se dan las premisas mínimas imprescindibles para su toma en consideración.

Descartado, pues, este índice explicativo, quiérase o no, con un matiz u otro, no hay más remedio que volver a hacer uso del criterio jerárquico, si bien dicho autor lo hace de forma sutil y aludiendo sólo a una manifestación formal del mismo: la de la resistencia pasiva del producto normativo superior a ser derogado por el inferior, tesis que es la que campea en las siguientes consideraciones de dicho autor, contenidas en la página 125 de su indicado libro:

«Por el contrario, todos los tratados sin excepción tienen una peculiar resistencia frente a las leyes, por imperativo del artículo 96.1, que tras regular la incorporación de los tratados al ordenamiento, establece que "sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del derecho internacional". Y añade que «para la denuncia de los tratados y convenios internacionales se utilizará el mismo procedimiento previsto para su aprobación en el artículo 94 (art. 96.2). Esta norma impide que los tratados puedan ser modificados o derogados por las leyes y lo hace

sin distinción alguna, también para los que han sido aprobados únicamente por el Gobierno sin intervención del legislador. Con ello se cumple una exigencia en virtud de la cual el derecho internacional prima sobre el derecho interno. Esa inderogabilidad de los tratados por las leyes internas ha sido reconocida reiteradamente por la jurisprudencia española, que siempre ha afirmado que ante la contradicción entre un tratado y una ley debe prevalecer aquél.»

De lo que no cabe duda es de que la traída a colación en esta sede del principio jerárquico, bien de la forma atenuada vista o bien procediendo de manera directa (tal como postulan no pocos sectores doctrinales **internacionalistas**), sólo puede hacerse bajo severos condicionantes ya que en ningún concepto su eventual virtualidad llevará aparejado su normal corolario que es el de la ineficacia en todo caso de la norma ulterior contradictoria, corolario al que se agrega en determinados supuestos —no en todos— la nulidad de dicha disposición (contradictoria).

Así, es cierto que el tratado anterior, sea cual fuere su concreta tipología, es inmune a la eventual beligerancia abrogatoria de una ley ulterior contradictoria, pero ésta nunca es nula por tal motivo y su eficacia *ad casum* dependerá, en suma, de cuál sea el criterio del juzgador *ad hoc* que puede o bien atender a la superioridad de rango del tratado o todo lo contrario, es decir, aplicar sin más la ley posterior al mismo, pese a la carencia de abrogación de dicho instrumento internacional, disyuntiva de estricta legalidad ordinaria y de decisión soberana del Juzgador.

Quiérase o no, este es el planteamiento que debe prevalecer en este entorno y su última *vatio* se asienta en la idea de la absoluta autonomía que mantienen entre sí los ordenamientos internacional y el doméstico a los efectos de imponer cada uno sus propias directrices normativas y si bien es cierto que el artículo 96 CE reenvía al primero de ellos en lo tocante a la eventual derogación de los tratados regidos por el mismo no deja de ser también significativo que el mismo no haga la más mínima alusión ni a la instauración concreta del principio jerárquico en este orden de cosas (reconociendo taxativamente el rango superior del tratado) ni a la consecuencia lógica de lo que sería tan categorización jerárquica, y que es la mentada ineficacia-invalidez de la ley contradictoria con el mismo.

Lo único que impone en realidad es la resistencia pasiva de los tratados a ser derogados por una ley posterior contradictoria y esta afirmación puede perfectamente interpretarse en clave **internacionalista**, es decir, en línea con aquellos artículos del Convenio de Viena que permiten la exigencia de responsabilidad internacional en relación con aquellos Estados que por las razones que sean incumplen sus compromisos internacionales, clave que no

impide que una ley posterior a un tratado se aplique y que bajo ningún concepto sea anulable por su contradicción con dicho tratado.

En definitiva, frente a un caso de contradicción indiscutible entre un tratado y una ley, es el Juzgador que deba aplicar la normativa idónea quien, ponderadas las circunstancias del caso, deberá optar entre aplicar una disposición u otra, siendo legítima cualquiera de las decisiones que adopte, aunque debe tener también claro que la inaplicación del tratado llevará aparejada como consecuencia ineluctable la responsabilidad internacional de España, pero sin que este matiz coarte lo más mínimo su función jurisdiccional, siendo así que la Ley contradictoria a aplicar eventualmente es una disposición en absoluto afectada por dicha presunta responsabilidad internacional.

c') Eficacia ofensiva del tratado en relación con la ley anterior contradictoria

Continúa incidiendo IGNACIO DE OTTO en esta problemática, poniendo de relieve, en su indicado libro, página 125, en línea con el rimero de consideraciones propedéuticas sustanciales ya debidamente vertidas en estas páginas, que «las relaciones entre el tratado y las leyes anteriores a él se articulan sobre la base de la validez, equiparando leyes y tratados cuando éstos han sido aprobados con ley orgánica o con autorización de las Cortes y subordinando el tratado a la ley cuando aquél ha sido aprobado sólo por el Gobierno, supuesto en que el tratado será nulo si contradice la ley».

En virtud de este planteamiento general, una eventual relación de autonomía insanable no solventada por la vía de la interpretación entre una ley anterior y un tratado contradictorio posterior tendrá para el citado autor un desenlace diverso según que tal tratado sea alguno de los previstos en los artículos 94 y 94.1 CE o, por el contrario, sea de los enumerados en el apartado 2 del último de los preceptos dichos, conclusión que cristaliza en lo que al efecto patrocina el mentado autor, que en su **pluraludido** libro, página 124, señala literalmente al efecto que «La fuerza activa propia de la ley, esto es, la capacidad de derogar o modificar cualquier otra norma, leyes incluidas, no se da, en cambio, más que cuando el tratado ha sido aprobado por ley orgánica (art. 93) o con autorización de las Cortes (art. 94.1.e). Si la Constitución exige autorización de las Cortes para los tratados que supongan modificación o derogación de alguna ley, es claro que los tratados celebrados únicamente por el Gobierno (art. 94.2) no tienen esa fuerza activa frente a las leyes y que, en consecuencia, serán nulos los que contradigan preceptos legales vigentes. En resumen, los tratados pueden innovar el ordenamiento jurídico derogando o modificando leyes

sólo cuando han sido aprobados con intervención del poder legislativo», conclusión que LUIS MARÍA DÍEZ PICAZO, en su antes indicado libro, tras puntualizar la ambivalencia del vocablo «derogación» que estamos utilizando, comprensivo tanto de la expresa como de la tácita, pone en tela de juicio basando su crítica en el dato de que ni la ley orgánica prevista en el artículo 93 ni el acto de autorización parlamentario mencionado en el 94.1, ambos de la CE, parecen ser los cauces normológicos más idóneos para el éxito de la derogación analizada, razonamiento que estriba en lo fundamental en la especial naturaleza jurídica del *meritado* acto de autorización (tema antes considerado), calidad que impide, según el autor al que venimos aludiendo, el seguimiento de la tesis sustentada por IGNACIO DE OTTO, rematando su razonamiento Díez-Picazo con la indicación de que «Todo ello convierte en extraordinariamente difícil sostener que es en la intervención parlamentaria donde radica el acto de derogación; si no hay potestad normativa, no cabe hablar de derogación. Pero es más: ni siquiera se podría hablar de derogación en los supuestos de autorización por ley orgánica ya que, como se ha dicho, el tratado podría no llegar a celebrarse y, en todo caso, siempre transcurre un cierto lapso de tiempo entre autorización y celebración».

Con el intento de buscar algún tipo de explicación a la problemática relacionada, DÍEZ PICAZO, un poco más tarde, concretamente en la página 137 de su mentada obra, precisa que la clave del problema se halla en el artículo 94.1 CE, ya que, dice el autor, «Cuando la Constitución exige previa autorización parlamentaria para la celebración de tratados que "supongan modificación o derogación de alguna ley" parece que no hace referencia a una derogación por parte del acto de autorización —aunque literalmente cabría esta interpretación, no puede acogerse por las razones ya expuestas— sino a una derogación por parte del tratado mismo, una vez incorporado al Derecho interno. Ello, por lo demás, es aplicable *a fortiori* a los tratados previstos en el artículo 93 CE. En consecuencia, la derogación de las leyes por parte de tratados internacionales se produce a través de un mecanismo especial y por expresa previsión del artículo 94.1.e) CE».

Por mi parte, y apoyándome en lo que he ido sustentando hasta ahora acerca de la absoluta independencia que mantienen entre sí los ordenamientos internacional y el interno en este foro, entiendo que la diversificación de tratados a la que hacen referencia los autores dichos acredita suprema importancia en lo tocante a la prestación del consentimiento del Estado para obligarse, y ello no sólo en el orden doméstico sino también en el internacional en base a lo previsto para este último en el artículo 46 del Convenio de Viena, ya que si los tratados mencionados en el artículo 94.1.e) se celebran al margen del régimen estructurado por tal artículo, tales tratados

podrán ser anulados por el TC, previa postulación al efecto, anulación que de producirse será debidamente tomada en cuenta por el ordenamiento internacional por la vía del artículo 46 dicho.

Ahora bien, entiendo que el alcance de la diversificación dicha no va más allá, y en todo supuesto de un tratado ulterior que resulte contradictorio con una ley anterior (con independencia de que éste pueda ser anulado por dicha vía), mientras se halle formalmente vigente si bien no acredita potencialidad derogatoria de dicha ley tampoco es nulo por el exclusivo imperio de la misma, siendo así que la homologación de su eventual contradicción con ésta requiere —y ya lo hemos apuntado hasta la saciedad— la intervención de dicho TC.

Por otra parte, tampoco comparto la tesis de que la derogación de la ley anterior contradictoria se produzca por el mero hecho de que se obtenga la autorización para obligarse por el Estado en la hipótesis antes dicha alojada en el artículo 94.1.e) ni tampoco por la efectiva celebración de éste, sino que en todo caso se requiere la aprobación de una ley derogatoria *ad hoc*, no siendo del caso detenerme en el análisis de si en este orden de cosas las competencias jurisdiccionales detentadas por las Cortes son de obligado cumplimiento o no.

Concluyo el análisis de esta problemática poniendo de relieve que todo lo aducido debe pasarse por el matraz de la puntualización en cuanto lo mismo deba aplicarse al derecho comunitario, ya que respecto de él sí que se puede postular la entrada en juego de los principios de jerarquía y competencia en la medida en que como consecuencia de la singularidad de tal derecho —y de los tratados que lo *posibilitan*— existe una verdadera potestad que ejerce imperio de forma conjunta sobre el ordenamiento español y sobre el comunitario, soberanía que impone soluciones en este orden de cosas todavía en agraz, pero efectiva.

En base de ello, la virtualidad de tales principios resulte coherente como dispositivo de solventación de las eventuales antinomias entre los productos normativos comunitarios y los internos cuando ambos coincidan sobre un mismo supuesto  *fáctico* extrayendo de él consecuencias jurídicas diferentes, antinomias que deben ser resueltas en beneficio de la solución aportada por el aludido Derecho comunitario.

De todos modos, conviene tener en cuenta que esta soberanía común, producto de la correspondiente transferencia efectuada por los Estados miembros de una determinada porción de la previamente ostentada por ellos, no aparece claramente consagrada por la preceptiva comunitaria, que no efectuó ningún tipo de manifestación acerca de la indicada prevalencia, siendo el elemento de su incubación la indicada postura jurisprudencial.

Ahora bien, la actuación de este criterio presenta en este foro algo de anómalo teniendo en cuenta que en principio la relación entre los ordena-

mientos comunitarios e internos (de los Estados miembros) se rige por el principio de competencia, criterio que cuando acredita beligerancia excluye la eventual intervención del jerárquico.

De todos modos, la formulación del indicado principio competencial aparece muy imperfectamente formulado, razón por la que su protagonismo no llega a ser autosuficiente, imperfección derivada del hecho de que el mismo no se lleva a sus últimas consecuencias, en la medida que la reserva material en favor del derecho comunitario no excluye propiamente la posibilidad de que las potestades jurisdiccionales de los Estados miembros incidan (en un sentido o en otro) sobre las mismas materias, y ello con abstracción de que tales acotamientos competenciales presentan en su definición objetiva muchas zonas oscuras.

Siendo ello así, la entrada en liza del principio jerárquico se impone, aunque al igual que sucede en la potencial relación de antinomia entre la ley y el tratado, la que medie en su caso entre la preceptiva normativa y la comunitaria no se conjuga en términos de invalidez-derogación sino en términos de inaplicación.

En cualquier caso, y teniendo en cuenta la evolución de los acontecimientos y el afincamiento cada vez más consistente de los postulados comunitarios, es de prever que la formulación del principio competencial por parte de los mismos será asimismo cada vez más concreta, objetivación que permitirá explicar en un futuro no muy lejano las relaciones entre los sendos ordenamientos comunitarios y domésticos en estricta obediencia al principio competencial, con lo que una vez debidamente constatada la invasión del terreno acotado en beneficio de la *normación* del primero la inaplicación-invalidez del segundo será cosa hecha y ello sin tener que encontrar el núcleo de contradicción entre un ordenamiento y otro cuyo hallazgo es ahora imprescindible para el éxito de la invocación *ad casum* del más que citado principio jerárquico.

d') Apunte jurisprudencial sobre la materia

Concluyo esta problemática reafirmando que su *quid* sustancial asume siempre máximo protagonismo en el foro jurisdiccional, siendo así que frente a una concreta hipótesis de eventual colisión de normas en relación con un mismo objeto a innovar el órgano judicial pertinente, en cuanto aplicador oficial del Derecho, tendrá que elegir entre alguna de ellas, bien sea esta la afluída por el tratado o bien la ley contradictoria, supuesto en el que tendrá que zanjar a base de la utilización de los criterios normológicos antes expuestos y ello previo agotamiento del máximo de posibilidades de llegar a una situación de consenso entre tales productos normativos

logrado a base de potenciar una interpretación-integración convergente de las mismas.

Llegado el caso de que tal conciliación normativa no sea factible, por ser absolutamente antinómicos los sendos planteamientos puestos en el fiel de la balanza preceptual a tener en cuenta, el Juez que entienda del proceso deberá efectuar la elección de la regla —*interna* o *internacional*— que estime más pertinente, todo ello en obsequio a su absoluta soberanía jurisdiccional, debiendo considerarse este trámite selectivo como un problema estricto de aplicación del Derecho (y, en principio, de legalidad ordinaria), tema al que ha tenido ocasión de referirse el TC en su Sentencia 49/1988, en la que, con ocasión de debatirse la presunta inconstitucionalidad de una Ley concreta, se sostuvo por los recurrentes contra la misma la tesis de que determinados aspectos de ésta resultaban vulneratorios de un tratado anterior en vigor, señalando el TC frente a tal alegación —en la que se pretendía fundar también la inconstitucionalidad de la Ley en cuestión, que «En su opinión (en la de los recurrentes) al suponer tal precepto una infracción de un convenio internacional, vulnera el artículo 96.1 de la Constitución, ya que éste establece que los Tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados en España, formarán parte del ordenamiento interno, y sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional. Pero la Ley impugnada no deroga, modifica o suspende cláusula alguna del Convenio con la Santa Sede citado. Lo que se discute por los recurrentes es si el contenido de la Disposición adicional segunda es o no contrario a lo previsto en el Convenio, es decir, la adecuación de una norma legal a lo preceptuado por el tratado, que tiene también fuerza de ley en el ordenamiento interior. Ahora bien, el examen de esa supuesta contradicción no corresponde a este Tribunal y no procede, por tanto, entrar en el fondo de este motivo alegado por los recurrentes, ya que no puede considerarse vulnerado el artículo 96.1 de la Constitución».

Este es el tenor del *dictum* de la STC alusivo a la materia, y con independencia de su cierta ambigüedad, que se refleja en el hecho de que pese a estimar que el TC no debe valorar la eventual antinomia entre el tratado y la ley, tal valoración queda patente, lo que resulta claro del mismo es que el conocimiento y decisión acerca de las hipotéticas contradicciones que se den entre los tipos de normas que estamos viendo compete en exclusiva a los Tribunales ordinarios, discurso, sin embargo, que podría tener otro contenido si la solución del conflicto por parte de los mismos fuese absolutamente irrazonable, ya que en tal hipótesis el tema **podría** ser objeto del pertinente recurso de amparo.

En cualquier caso, es de tener en cuenta que la facultad de resolver las

eventuales antinomias entre el tratado y la ley interna no es un atributo exclusivo de los órganos judiciales, sino que también dicha potestad resulta atribuida a todos los aplicadores oficiales del Derecho, incluyéndose entre los mismos a los Notarios y Registradores de la Propiedad.

Por otra parte, y siempre en relación con esta aplicación extrajudicial del Derecho, es de resaltar el papel relevante que en su sede acredita la Dirección General de los Registros y del Notariado en el ámbito de su competencia específica, debiendo señalarse al respecto que el tema que genéricamente nos ocupa ha constituido el *leit motiv* de una serie muy reciente de Resoluciones, constituyendo un claro ejemplo de esta línea jurisprudencial la de 10 de febrero de 1993, en la que con motivo de enjuiciarse una previa denegatoria judicial de una solicitud de adquisición de la nacionalidad española por parte de una súbdita guatemalteca, fundada en el Convenio de doble nacionalidad concertado por nuestro país con Guatemala el 28 de julio de 1961, se revocó el acuerdo judicial apelado accediéndose a la pretensión nacionalizadora deducida por la apelante haciéndose valer el contenido de dicho Instrumento internacional sobre las exigencias residenciales impuestas en general por la LOE, prevaleciendo, pues, lo concertado sobre lo impuesto legalmente (la apelante dedujo su pretensión en fase de «estancia» y sin contar con ningún tipo de autorización de residencia), tesis que resulta del Fundamento de Derecho segundo de dicha Resolución que predica literalmente que:

«La cuestión ha sido examinada recientemente por las Resoluciones de este Centro Directivo de 6 de noviembre y 22 de diciembre de 1992, cuya doctrina ha de ser mantenida. En ellas se señala que el problema ha de ser resuelto a la vista de las normas del Tratado Internacional vigente, el cual, desde su publicación, forma parte del ordenamiento interno español y se sobrepone a las normas internas sobre extranjería; que la interpretación de los artículos 1.º y 3.º del Convenio de doble nacionalidad entre España y Guatemala lleva a la conclusión de que basta la voluntad del guatemalteco por nacimiento de establecer domicilio en España y de adquirir la nacionalidad española para que ésta efectivamente se adquiera, constituyéndose el domicilio con la inscripción en el Registro Civil; que el Canje de Notas entre España y Guatemala de 16-10-1968, al permitir a los guatemaltecos entrar en España y permanecer en ella noventa días sin necesidad de visado especial no contradice las previsiones del Convenio de doble nacionalidad, y, en fin, que las dificultades que pueda presentar en la actualidad el sistema tan liberal y voluntarista de este Convenio han de solucionarse por el mecanismo establecido por su artículo 12, pero no pueden solucionarse por esta Dirección General».

## 11. LA DENUNCIA DE LOS TRATADOS EN EL MARCO CONSTITUCIONAL

### A) INTRODUCCIÓN

Entendido el tratado de la forma que hemos tenido ocasión de considerar anteriormente, es evidente que el mismo, en cuanto concreta categoría jurídica, no tiene por qué acreditar una duración o vigencia eterna, sino que la misma puede adornarse de mayor o menor efimeridad según sus términos de concepción y la materia que rijan.

Por otra parte, bien en el inicio de su andadura como negocio jurídico internacional o bien durante su vida en tal concepto pueden hacer actos de presencia en su seno determinados vicios de gestación o de funcionamiento que debidamente denunciados provocan la invalidación o pérdida de eficacia de los mismos.

Siendo ello así, resulta plenamente lógico que el **DIP** se ocupe de la gobernación de toda la etnia de causas que pueden dar al traste con el tratado ya celebrado, estableciendo al efecto su rímero y el procedimiento de su concreta virtualidad, causas que son las que bajo un signo u otro aparecen agavilladas en la Parte V («Nulidad, terminación y suspensión de la aplicación de los tratados») del Convenio de Viena, porción normativa que inicia su singladura ordinamental al efecto reivindicando su total protagonismo en la sede dicha al decir, a través de su artículo 42, que:

«Validez y continuación en vigor de los **tratados**.—1. La validez de un tratado o del consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado no podrá ser impugnada sino mediante la aplicación de la presente Convención.

2. La terminación de un tratado, su denuncia o el retiro de una parte no podrán tener lugar sino como resultado de la aplicación de las disposiciones del tratado o de la presente Convención. La misma norma se aplicará a la suspensión de la aplicación de un tratado.»

Así pues, tratándose de las causas que eventualmente puedan provocar la invalidez de un tratado (sea cual fuere el ámbito de su proyección sobre el proceso formativo del mismo), el aludido protagonismo de la normativa internacional especializada es absoluto, no dejándose ningún resquicio a una potencial actuación convencional de los Estados implicados en este sentido, posibilidad sin embargo factible cuando se trata del resto de alternativas alojadas en dicho artículo, es decir, aquellas a las que alude expresamente el artículo 2 del mismo (terminación, denuncia o retiro), ya que en su foro sí que acreditan beligerancia las posibles previsiones de las partes acerca de su concreta regulación.

Dicho ello, tengo que puntualizar que queda totalmente al margen de mis pretensiones inquisitivas sobre el particular la incubación de lo que podría ser una teoría general sobre la materia, teoría que tiene su encaje adecuado en las obras de Derecho Internacional, pero no este trabajo, en el que partiendo del apunte competencial dicho voy a aludir simplemente a cuál es la doctrina de la CE al respecto, doctrina que tiene sus puntas de lanza en los dos apartados de su artículo 96, según el cual:

«1. Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte de su ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional.

2. Para la denuncia de los tratados y convenios internacionales se utilizará el mismo procedimiento previsto para su aprobación en el artículo 94.»

La verdad es que resulta bastante difícil de comprender el criterio de los constituyentes de aglutinar en un solo artículo los apremios normativos que acabamos de literalizar, teniendo en cuenta que en puridad ninguna relación guardan entre sí.

Y ello es evidente siendo así que del primer apartado transcrito (y de su último inciso, que es el único que ahora nos interesa), lo que aparece claro es un reenvío de la Constitución a la normativa internacional a la que hemos aludido, llamada que en definitiva viene a constitucionalizar los cánones **internacionalistas** reguladores de la nulidad, terminación, suspensión y revisión (constitucionalización bastante incorrectamente formulada en la medida de que el vocablo «derogación» que usa el precepto en cuestión resulta de un uso absolutamente improcedente en este foro), internización al más alto nivel jerárquico que puede dar mucho de sí si el Tribunal Constitucional se decide a actuar con firmeza en este ámbito competencial.

Ahora bien, el tenor del apartado 2 del artículo 96 CE, impositivo de la regla general de que los tratados celebrados con la autorización de las Cortes sólo pueden ser denunciados previa aquiescencia de éstas resulta equívoco en relación con la llamada del apartado 1 y además confuso en lo tocante a su verdadero alcance.

Así, del tenor de dicho apartado 2, los instrumentos internacionales en cuya celebración medió la autorización parlamentaria pertinente por pertenecer a la etnia de los señalados por el artículo 94 quedan literalmente sometidos al régimen de previo beneplácito que estamos viendo, quedando marginados del mismo no sólo **aquellos** cuya conclusión fue ultimada de

forma unilateral por el Gobierno sino también los que encajan en el marco operacional del artículo 93 CE.

Respecto de la categoría de instrumentos excluidos —aquellos celebrados bajo el exclusivo imperio del **Gobierno**— tal exclusión opera en toda su integridad aun en la hipótesis de que el régimen de celebración hubiese sido indebidamente activado por ser en realidad el instrumento en cuestión uno de los incluidos en la progenie concebida por el artículo 94.1, siendo ello una simple consecuencia de que mientras que el tratado de que se trate no se denuncie por su potencial inconstitucionalidad extrínseca y se anule por el TC, se entiende que el régimen utilizado por el Gobierno para su celebración era el adecuado, quedando por tanto también a su exclusivo arbitrio su concreta denuncia.

Respecto a la exclusión de los tratados sujetos al régimen de celebración descrito por el artículo 93 CE del sistema diseñado por el 95.2 CE hemos de coincidir con REMIRO BROTONS, en su colaboración a la obra colectiva dicha, página 621, de que la misma adolece de total falta de coherencia, razón por la que dicho autor postula la subsunción de dichos instrumentos en el régimen autorizativo general patrocinado por el artículo 96.2 CE.

Ahora bien, con esta conclusión no se agota la problematicidad al respecto, siendo así que ante el total vacío legal sobre la materia cabe preguntarse cuál sea la forma idónea para la conformación de la meritada autorización, tema que hace decir al autor citado, en la obra y página indicadas que: ¿exigirá la aprobación de una ley orgánica o se realizará conforme a lo dispuesto por los artículos 94 y 79 de la Constitución? He aquí un segundo problema. Nuevamente, la lógica se decanta por lo primero, pues es propósito del 96.2 someter la denuncia de los tratados a una tramitación en las Cortes idéntica a la de su conclusión. Pero la expresa remisión de este artículo al procedimiento previsto... en el artículo 94 es un obstáculo en el camino.

Ahora bien, el problema interpretativo del artículo que nos ocupa no se agota en lo dicho, sino que también se hace particularmente visible en lo referente a la objetivación de su concreta virtualidad ya que la alusión al instituto de «denuncia» resulta imprecisa en su propia mismidad.

Y esto es así porque el aludido vocablo no presenta una delimitación de perfiles denotativos ni siquiera en cuanto actuante en el seno del **DIP**, toda vez que en dicha sede se utiliza éste en algunos casos como alternativa a la «terminación» del tratado, *ex* artículos 42, 43 y 56 del Convenio de Viena y en otras se parte de la consideración de que el mismo implica una modalidad de la categoría extintiva apellidada en dicho foro con la voz «terminación», *ex* artículo 44 de dicho Convenio.

Deficiencias terminológicas aparte, lo que resulta evidente es que para nuestra Constitución no se puede partir de un concepto *latu sensu* del vocablo en cuestión, toda vez que de postularse éste el *dictum* del artícu-

lo 96.1, *in fine*, carecería de sentido, al quedar englobados los supuestos por él atendidos en el proveimiento ofertado por el apartado 2 del mismo precepto, razón que impulsa a la doctrina a estimar que el vocablo objeto de referencia sólo hace alusión a aquellos supuestos estrictamente extintivos del tratado de que se trate (no provocadores de su nulidad ni los que afloran de la suspensión de sus efectos) que operen al margen de cualquier automatismo en cuanto a su concreta eficacia, y siempre que según los parámetros normativos del propio DIP tal denuncia sea posible, directrices *ad hoc* que son las aportadas a estas áreas por el artículo 56.1 el Convenio de Viena, según el cual:

«Denuncia o retiro en el caso de que el tratado no contenga disposiciones sobre la terminación la denuncia o el retiro.

1. Un tratado que no contenga disposiciones sobre su terminación ni prevea la denuncia o el retiro del mismo, no podrá ser objeto de denuncia o retiro a menos:

- a) Que conste que fue intención de las partes admitir la posibilidad de denuncia o retiro.
- b) Que el derecho de denuncia o de retiro pueda inferirse de la naturaleza del tratado.»

Así pues, para este precepto, la denuncia (o el retiro) no es sino una de las causas en virtud de las cuales el tratado incide en ineficacia sobrevenida para la parte denunciante (causas cuya globalización no nos interesa ahora), denuncia, por tanto, cuyo análisis desde la pura lógica interpretativa nos conduce al remarcamiento de su autonomía frente a las restantes y también en relación con la posibilidad que detentan los Estados implicados de dejar sin efecto (en todo o en parte) el contenido del tratado en cuestión por violación grave de éste (art. 60), imposibilidad sobrevenida, definitiva o no, de su cumplimiento (art. 61); cambio fundamental de las circunstancias existentes en el momento de su celebración (arts. 61 y 62) y oposición sobrevenida del tratado a una norma imperativa del DIP (art. 64) (artículos, todos ellos, de la Convención de Viena), batería de supuestos integrantes de lo que se califica por la doctrina *internacionalista* como casos de terminación (o suspensión) extrínseca de los tratados, cuya activación *ad hoc* requiere el seguimiento de una determinada praxis (regida por los arts. 65 y sigs. de dicha Convención) que a base de una interpretación *sensu larguísimo* de su propia textura podrían considerarse como hipótesis de denuncia de los tratados afectados.

No es este el alcance que debe primar en relación con el tenor del artículo 96.2 CE del cual deben distanciarse todos aquellos supuestos de

extinción que, según el **DIP**, no encajen en el *factum* del artículo 56.1 del Convenio de Viena, no debiendo extenderse, pues, la exigencia de la autorización prevista en el mismo:

- a) A los casos en los que el tratado sea nulo (y se denuncie tal condición).
- b) A aquellos casos en los que sólo se pretenda obtener una suspensión de su eficacia.
- c) A aquellos en los que la terminación es el resultado de la concurrencia *ad casum* de estipulaciones provocadoras de la conclusión automática de los tratados o es el ineluctable corolario de las pretensiones de extinción extrínseca instadas por España que hubieren alcanzado éxito.

Esta es mi visión sobre el particular, aunque tengo que advertir de inmediato que existen tesis doctrinales que extienden muy considerablemente el ámbito operativo del artículo que estamos comentando, incluyendo dentro de él no sólo aquellas hipótesis de denuncia ligadas estrictamente con la terminación de los tratados sino también todos aquellos supuestos en los que tal «denuncia» es sólo el ejercicio de las pretensiones extintivas de eventual activación por el Estado en aquellos casos a los que con anterioridad alude en su calificación de supuestos de extinción extrínsecos, rimero de posibilidades que yo dejo al margen del artículo 96.2 por considerar que, autorizado un tratado compete al Gobierno vigilar las condiciones de su cumplimiento, competencia que también debe extenderse a la denuncia de aquellas situaciones (subjetivas u objetivas) que imposibilitan el mismo, y a la extracción de las consecuencias que de ello se deriven.

#### B) PRAXIS QUE HA DE SEGUIRSE AL EFECTO

Centrado el *quid* de la intervención competencial descrita por el artículo 96.2 CE, tengo que señalar que el desencadenamiento de su potencial compete de forma monopolística al Gobierno, todo ello en aras a lo postulado con pretensiones de absoluta generalidad por el artículo 97 CE en el sentido de atribuir a dicho organismo la gerencia en exclusiva de las relaciones internacionales.

Sometido el texto de la denuncia aprobado por dicho Gobierno a las Cortes (y ultimado por supuesto el trámite denunciativo al que desde estrategias internacionales alude el artículo 56.2 del Convenio de Viena impositor de que «Una parte deberá notificar con doce meses por lo menos de antelación su intención de denunciar un tratado o de retirarse de él confor-

me al párrafo 1») deberá seguirse la misma liturgia que la exigida para la hipótesis de la autorización de su celebración, exigencia cuyo recordatorio viene de la mano del artículo 160 del Reglamento del Congreso, según el cual «En el supuesto de denuncia de un tratado o convenio se seguirá igual procedimiento que el previsto para la prestación del consentimiento para obligarse por dicho tratado o convenio».

Evidentemente, de triunfar la tesis amplia a la que hicimos alusión con anterioridad en el sentido de que bajo el vocablo «denuncia» se cobijan todos aquellos supuestos en mérito de los cuales el Estado puede desligarse del cumplimiento de un convenio por darse en el supuesto sometido a consideración alguno de los casos de extinción extrínseca antes aludidos, entonces, y evidentemente, el Gobierno habrá debido proceder a la ejecución de lo previsto por los artículos 65 y 66 del Convenio de Viena, materializándose el trámite seguido a estos efectos en el documento al que se refiere el artículo 67 de dicho Texto Convencional.

Una vez en manos de las Cortes el texto en cuestión, su valoración deberá extenderse forzosamente a si las razones políticas generales justifican o no el éxito de la denuncia pretendida, exigencia valorativa que deberá hacer acto de presencia en todo caso, y que de prosperar el discurso amplio sobre la materia, deberá extenderse a si en el supuesto en cuestión se ha dado cumplimiento a toda la suerte de condicionantes y requisitos que para el éxito de una regular terminación extrínseca del tratado pretendida por el Gobierno son demandados por la normativa internacional que preside esta temática, normativa con absoluta vigencia en el foro interno en virtud de lo predicado al respecto por el artículo 96.1 CE.

#### C) CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN ESTAS ÁREAS

A diferencia de lo que acontece en sede de la autorización, en la que estamos viendo no existe ningún filtro previo de inconstitucionalidad, ya que lo único que puede convenirse sobre el particular es en la beligerancia de un eventual control reparador de dicha inconstitucionalidad, considerándose que el acto de denuncia de los tratados es uno de los actos con fuerza de ley a los que alude —*in genere*— el artículo 27.2.b) de la LOTC.

Partiendo de este planteamiento inicial, tengo que puntualizar que el comentario del mismo sólo puede reflejar la extrema espinosidad del asunto, y así en relación con una eventual inconstitucionalidad extrínseca de dicho acto de denuncia ésta sólo podría operar cuando lo denunciado fuese un tratado de los previamente autorizados en méritos a lo previsto en el artículo 94 (y en su caso, en el 93, ambos de la CE), pero en modo alguno cuando lo propio acaeciese respecto de aquellos tratados que «debiendo»

incluirse en el rimero de alternativas **descritas** en el **meritado** artículo 94 (o en el 93, en su caso) hubiesen sido celebrados por el contrario, por el exclusivo imperio gubernativo, ya que en esta hipótesis lo que tendría que haber procedido era la previa interposición del consiguiente recurso de inconstitucionalidad contra el mismo por mediar defectos extrínsecos en el acto de su aprobación, acto que de no invalidarse tempestivamente queda purificado en su integridad, purificación que alcanza por supuesto al acto de denuncia que de dicho tratado se consumase ulteriormente.

Trasladando el tema a la eventual alegación de vicios materiales de dicho acto de denuncia, es difícil en realidad que la cesación de vigencia de un tratado lesione en medida alguna los apremios fundamentales de la CE, siendo así que su eficacia no va más allá de dejar las cosas tal como estaban con anterioridad a su celebración (siempre en relación a los estrictos postulados constitucionales). Por otra parte, el componente político concreto del acto de denuncia no resulta, en sí mismo, susceptible de conocimiento constitucional.

Sólo queda, en suma, entender que la homologación a activar por el TC en estas áreas se centra con exclusividad en la comprobación de si el acto de denuncia se ha atenido a los apremios internacionales sobre la materia, pedimentos constitucionalizados, como antes quedó apuntado, por la vía del artículo 96.1 CE, posibilidad evidente pero chocante y que en todo caso todavía está por ver, siendo así que hasta el momento no se ha consumado ninguna actuación en tal sentido, actuación que de producirse se adentraría en el tema de la reparación de los ilícitos internacionales cometidos por España en el foro internacional alusivo a la terminación de los tratados.

JOSÉ ANTONIO MIQUEL CALATAYUD  
Registrador de la Propiedad y Mercantil