

LOS TRATADOS COMO FUENTE DEL DERECHO EN LA CONSTITUCION *

POR

FERNANDO SANTAOLALLA LÓPEZ

Letrado de las Cortes
Técnico de Administración Civil

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: EL DERECHO INTERNACIONAL GENERAL.—2. LOS TRATADOS COMO FUENTE DEL DERECHO: 2.1. Derecho comparado. 2.2. Antecedentes españoles.—3. LOS TRATADOS EN LA CONSTITUCIÓN: 3.1. Evolución a lo largo del proceso constitucional. 3.2. Libertad de formas. 3.3. Incorporación de los tratados al Derecho interno. 3.4. Rango jerárquico de los tratados. 3.5. Los tratados de cesión de competencias constitucionales. 3.6. Competencia de las Cortes y del Gobierno en la conclusión de tratados. 3.7. Forma de expresión del consentimiento de las Cortes. Publicación.

1. INTRODUCCIÓN: EL DERECHO INTERNACIONAL GENERAL

El afán internacionalista y pacifista que se extiende por todo el Occidente tras el fin de la Primera Guerra Mundial tuvo un reflejo inmediato en el reconocimiento por parte de numerosas Constituciones de la primacía del Derecho Internacional general (principios generales y costumbres internacionales) (1), respaldando así las tesis monistas, defensoras de la pertenencia del Derecho internacional y del Derecho interno a un mismo orden jurídico (2), y de la posibilidad de aplicación automática de aquél en el interior de los Estados. Tal fue el caso de la Constitución de Weimar, que en su artículo 4.º disponía que «las reglas generalmente reconocidas del Derecho internacional valen como parte integrante del Derecho del Reich ale-

* El presente trabajo constituye la comunicación presentada por el autor a las *Jornadas de estudio sobre la Constitución española y las fuentes del Derecho*, en mayo de 1979, organizadas por la Dirección General de lo Contencioso del Estado.

(1) Sobre esta materia de las normas generales del Derecho internacional puede verse A. MIAJA DE LA MUELA: *Introducción al Derecho internacional público*. Atlas, Madrid, 1974, pp. 95 y ss.

(2) MIRKINE GUETZEVITCH se refería a esta situación describiéndola como de afirmación del principio de unidad del Derecho Público. Cfr. su obra *Les nouvelles tendances du Droit constitutionnel*. Paris, Marcel Giard, 1931, pp. 67 y ss.

mán», fórmula que, como indicó PÉREZ-SERRANO (3), inspiró el artículo 7.º de la Constitución española de 1931, de sentido análogo.

Finalizada la Segunda Guerra Mundial, se produjo un movimiento de reafirmación de esta tendencia, y, así, puede citarse el caso del artículo 25 de la Ley Fundamental de Bonn, donde se reconoce expresamente que las normas generales del Derecho internacional público son parte integrante del Derecho federal, con primacía sobre las leyes, y actuando como fuentes directas de derechos y obligaciones. De parecido signo es el artículo 10 de la Constitución italiana de 1947, y, más modernamente, los artículos 28.1 de la Constitución griega de 1975 y 8 de la Constitución portuguesa de 1976.

En la Constitución española de 1978, desgraciadamente, no encontramos una norma equivalente a las señaladas, norma que hubiese permitido no sólo entroncar con el antecedente constitucional de 1931, sino también servir de confirmación clara y definida en la parte dispositiva de la Constitución de la proclamación realizada en su Preámbulo de la voluntad de «colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre todos los pueblos de la Tierra».

La omisión resulta aún más criticable si se tiene en cuenta que el primer borrador de Constitución elaborado por la Ponencia contenía, si bien con fórmula insuficiente (4), el reconocimiento de las normas generales del Derecho internacional como parte integrante del ordenamiento interno, lo que demuestra que en algún momento existió convencimiento de lo razonable de esta incorporación. Pero posteriormente, en el anteproyecto de la Ponencia, publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes* de 5 de enero de 1978, desapareció esta cláusula. No obstante, como ha escrito ORTIZ DE LA TORRE (5), puede sostenerse que hay en nuestra Constitución un reconocimiento tácito de las normas generales del Derecho internacional y de su primacía sobre las normas internas. En efecto, si según el artículo 96.1 hay una superioridad de los tratados sobre las leyes internas, ya que las disposiciones de aquéllos «sólo podrán ser derogadas, modificadas o

(3) Cfr. *La Constitución española*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1932. p. 74.

(4) El artículo 7.º de este primer texto, no publicado oficialmente, disponía que: «Las normas generales de Derecho internacional tienen fuerza de Ley en el ordenamiento jurídico interno.»

(5) Cfr. «El Derecho internacional público en la Constitución española de 1978», en *Lectura sobre la Constitución española, II*, UNED, Madrid, 1978, p. 185.

suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o *de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional*», ha de convenirse que, al tener estas últimas normas «poder» sobre los tratados, son también superiores a las leyes internas en cuanto normas subordinadas a éstos.

2. LOS TRATADOS COMO FUENTE DEL DERECHO

2.1 *Derecho comparado*

Demostrada por diversos autores la relatividad de la clásica distinción entre teorías dualistas y teorías monistas en lo tocante a las relaciones entre el Derecho internacional y el Derecho interno (6), procede centrarse en el estudio de la posibilidad de aplicación inmediata o mediata de los tratados en ámbito interno, y del lugar jerárquico que los mismos ocupan respecto a las fuentes internas.

La aplicación mediata o inmediata de los tratados depende de si el sistema constitucional se ha acogido a la fórmula de la recepción automática o a la de la recepción especial. La primera supone la aceptación de la norma internacional en el Derecho interno desde que deviene perfecta, mientras que la segunda consiste en exigir la previa transformación del tratado en norma interna *strictu sensu*, para lo que se recurre a las leyes de ejecución o de transformación: se aplica por haberse convertido en norma interna y no por su solo carácter de internacional.

Cuestión íntimamente vinculada a la anterior es la del nivel jerárquico de los Convenios internacionales en relación a las fuentes internas. Normalmente, en los sistemas de recepción especial, la exigencia de la previa transformación determina que sólo tengan el rango que corresponda a la norma que opera la transformación, y no uno superior, ya que la disposición en cuestión es considerada únicamente como tal norma interna y no en su dimensión de norma internacional. En cambio, los sistemas que admitan la aplicación de un tratado internacional, en cuanto tal, llevan implícito su reconocimiento como norma especial y, por ende, suelen admitir su superioridad sobre las normas de Derecho interno.

Tradicionalmente, la Constitución norteamericana, de 1787, ha sido

(6) Véase en este sentido J. RODRIGUEZ ZAPATA: *Constitución, tratados internacionales y sistema de fuentes del Derecho*. Real Colegio de España. Bolonia, 1976, pp. 28 y ss.

considerada como una de las más progresistas en esta materia, al consagrar la aplicación inmediata de los Convenios internacionales. En efecto, su artículo 6, párrafo 2, dispone que «esta Constitución y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ellas, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlas, aun cuando se encuentre en la Constitución o en las leyes de cualquier Estado alguna disposición que lo contradiga». Como puede verse, esta disposición no se limita a establecer la recepción automática de los tratados, sino que llega a dotarles de superioridad sobre la Constitución y las leyes de los Estados miembros de la Federación.

En Francia, la Constitución de 1958 ha reafirmado el espíritu «internacionalista» del anterior texto constitucional de 1946. Así, su artículo 55 preceptúa que «los tratados y acuerdos regularmente ratificados o aprobados tienen, desde su publicación, una autoridad superior a la de las leyes, bajo reserva para cada acuerdo o tratado de su aplicación por la otra parte». Se excluye, por tanto, la necesidad de transformación al tiempo que se proclama la supremacía de los tratados.

Por su parte, la Constitución de los Países Bajos, reformada en 1953, es de importancia capital en esta materia ya que, además de establecer en sus artículos 65 y 66 la obligatoriedad y la supremacía de los tratados sobre las leyes, llega a prever la aprobación de tratados que resulten contrarios a la Constitución (7).

Otras Constituciones europeas más recientes se insertan en la misma línea de subordinación de las leyes internas a los tratados. Tal es el caso de la portuguesa (art. 8.2) y de la griega (art. 28.2).

Distinto significado tienen las Constituciones italiana y alemana (RFA). Aquí, a pesar del reconocimiento expreso de la primacía del Derecho Internacional general y de la inclusión de sendos preceptos obligando a la previa autorización del Parlamento para la conclusión de tratados, no se encuentra establecido el rango jerárquico de los mismos. En estos países, la doctrina y la jurisprudencia, muy influenciadas por las concesiones clásicas dualistas de un ANZILOTTI

(7) Su artículo 63 dispone que «si la evolución del orden jurídico internacional lo exige, podrán concluirse tratados derogando a la Constitución. En este caso la aprobación debe ser acordada expresamente; las Cámaras de los Estados generales no pueden adoptar el proyecto de ley depositado a este efecto más que por una mayoría de dos tercios de los votos expresados».

y de un TRIEPEL, han interpretado esta laguna reconociendo valor de ley ordinaria a los acuerdos y convenios internacionales, por lo que el conflicto entre una ley interna y uno de estos convenios se resuelve conforme al axioma *lex posterior derogat anterior*.

2.2 Antecedentes españoles

La Constitución republicana de 9 de diciembre de 1931 sancionaba en su artículo 65 el superior rango jerárquico de los tratados, al disponer que «no podrá dictarse ley alguna en contradicción con dichos Convenios (los ratificados por España), si no hubieran sido previamente denunciados conforme al procedimiento en ellos establecido».

El posterior sistema de las Leyes Fundamentales se caracterizó a nivel constitucional por una postura netamente nacionalista al no reconocer las normas generales del Derecho Internacional y al no disponer ni la obligatoriedad inmediata de los Tratados ni su superioridad normativa.

No obstante, tradicionalmente, nuestra Jurisprudencia reconoció la aplicabilidad inmediata de las normas de los tratados regularmente concluidos. Esta misma fue la postura adoptada por el Código Civil, tras la aprobación de su nuevo Título Preliminar, al establecer en su artículo 1.5 que «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*». Con esta fórmula se corrigió el criterio de la Ley de Bases 17/1973, que suponía una aceptación de la teoría de la recepción especial y, a través suyo, de las concepciones dualistas (8).

Pero, a pesar de este reconocimiento de la recepción automática de las normas convencionales internacionales, el Código Civil no dispuso indicación alguna sobre el nivel jerárquico de los tratados. Fue, primero, la doctrina y, luego, la jurisprudencia del Tribunal Supremo las que reconocieron la superioridad de aquellas normas sobre las fuentes del Derecho interno. Cabe destacar en este sentido la Sentencia de 27 de febrero de 1970, en la que se proclamaba claramente esta supremacía.

(8) Sobre estas cuestiones puede verse M. HERRERO DE MIÑÓN: *Aspectos constitucionales del nuevo Título Preliminar del Código Civil*, en «Revista de Estudios Políticos», núm. 198 (1974); A. REMIRO BRETÓNS: *Las Cortes y la política exterior española*, Universidad de Valladolid, 1977, pp. 69 y ss.

3. LOS TRATADOS EN LA CONSTITUCIÓN

3.1 *Evolución a lo largo del proceso constitucional*

El artículo 6 del anteproyecto de Constitución elaborado por la Ponencia y publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes* de 5 de enero de 1978, tras hacer desaparecer el reconocimiento del Derecho internacional general, establecía respecto a los Convenios internacionales: «1. Los tratados internacionales válidamente celebrados tendrán, una vez publicados, jerarquía superior a la de las leyes. 2. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en las formas previstas en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales de Derecho internacional. 3. Se podrá atribuir por un tratado o una ley orgánica el ejercicio de poderes derivados de la Constitución a instituciones de Derecho internacional, en régimen de paridad.» Destaca dentro de esta regulación el expreso reconocimiento de la superioridad de los tratados sobre las leyes y el establecimiento de un mecanismo para la transferencia de funciones estatales a organizaciones internacionales.

Otras disposiciones sobre los Tratados figuraban en el artículo 55, comprendido dentro del Título III, relativo a la Corona (9).

Estudiadas las enmiendas presentadas al anteproyecto, la Ponencia elaboró su informe, que fue publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes* de 17 de abril de 1978. En la nueva redacción propuesta existe un importante cambio de sistemática mediante el reagrupamiento de los diversos artículos referentes a Tratados en un Capítulo separado dentro del Título III (De las Cortes Generales), puesto a continuación del relativo a la elaboración de las leyes, con lo que se debió querer manifestar la naturaleza también normativa, si bien peculiar, de los Tratados. De otra parte, debe destacarse la supresión de la expresa referencia a la supremacía de éstos sobre las leyes, que antes figuraba en el artículo 6. A partir de entonces se consagra una fórmula

(9) El texto era el siguiente: «2. El Rey autoriza la celebración de los Tratados internacionales y, en su caso, los ratifica. Sin embargo, la conclusión de tratados que afecten a materias de competencia de las Cortes Generales deberá ser previamente autorizada mediante Ley. 3. Cuando un tratado sea contrario a la Constitución, su conclusión deberá ser autorizada mediante el procedimiento previsto para la remisión constitucional. 4. Las Cortes Generales serán oportunamente informadas de la conclusión de los restantes tratados.»

que, de forma indirecta, va a permitir reconocer dicha superioridad. Entendemos que resulta criticable la utilización de estos eufemismos en una materia que, como la de la jerarquización de las fuentes, requiere la mayor claridad y sencillez. Otra innovación fue la delimitación más precisa de los supuestos en que se exige la previa autorización de las Cortes para concluir Tratados internacionales.

No fueron muchos los cambios introducidos en el texto constitucional en las fases subsiguientes. Puede señalarse el desdoblamiento de uno de los supuestos de tratados que necesitan la previa aprobación de las Cámaras, tratados de carácter político o militar, que pasaron a constituir dos supuestos diferentes a partir del dictamen elaborado por la Comisión de Asuntos Constitucionales del Congreso. Más importante fue la supresión de la exigencia de paridad para la atribución de competencias constitucionales a organismos internacionales, efectuada por la Comisión de Constitución del Senado y mantenida desde entonces (10). En esa misma fase se añadió un apartado al artículo 95 preceptuando que «para la denuncia de los tratados y convenios internacionales se utilizará el mismo procedimiento previsto para su aprobación», que se mantiene en el texto constitucional vigente. También, por parte de dicha Comisión, se suprimió el inciso del artículo 90, en que se determinaba que las disposiciones de los Tratados sólo pueden ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional, supresión errónea al dejar a la Constitución sin reconocimiento, siquiera indirecto, de la superioridad de los convenios internacionales sobre las leyes internas. Esta omisión fue corregida por el Pleno de la Cámara Alta al volver al texto precedente. Otra innovación fue la mejor ordenación de los términos empleados en el artículo relativo a la revisión de la Constitución para la aprobación de los tratados contrarios a la misma. Por último, debe señalarse que también en el Senado se introdujo un segundo apartado en el artículo 10 disponiendo el valor interpretativo de la Declaración Universal de Derechos Humanos y demás acuerdos internacionales sobre la materia ratificados por España.

(10) Se entendió que el requisito de la paridad podía dificultar en alto grado la incorporación a ciertas instituciones internacionales donde los países miembros no siempre tienen el mismo estatuto. Así, el número de representantes de los países de la CEE en el Parlamento europeo es diferente según su población.

3.2 *Libertad de formas para obligarse*

Durante mucho tiempo, la única técnica que conoció el Derecho Constitucional clásico como medio de obligarse en el campo internacional fue la de la ratificación. Las Constituciones exigían que para las ratificaciones —y sólo para ellas— de ciertos tratados era preceptivo el consentimiento del poder legislativo. Escudándose en esta limitación, los Gobiernos fueron desarrollando otras formas de vinculación interestatal que tenían desde su peculiar punto de vista la ventaja de no exigir la intervención de las Asambleas representativas. Puede que con ello se ganase en rapidez, pero, sin embargo, existía una importante contrapartida, dada la conculcación de uno de los principios más importantes de un Estado constitucional, cual es que el poder ejecutivo es un poder sometido al Parlamento y debe ser controlado por éste en su actuación. Esta situación, como ha escrito HERRERO DE MIÑÓN (11), obligó a la doctrina y al Derecho positivo a replantearse el tema de la ratificación como única forma de conclusión de tratados: la práctica primero y el Derecho positivo después, abandonaron este modelo e introdujeron el principio de libertad de formas para obligarse. La Convención de Viena sobre el Derecho de Tratados, de 1969, recogió sin paliativos este principio al disponer su artículo 11 que «el consentimiento de un Estado para ser obligado por un tratado puede ser expresado por la firma, el intercambio de instrumentos que constituyen un tratado, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión, o por otro medio convenido» (12).

Esta misma es también la solución adoptada en la nueva Constitución española. El artículo 94.1, con fórmula que se mantiene desde el Informe elaborado por la Ponencia de la Comisión Constitucional del Congreso, establece que «la prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio de tratados o convenios requerirá la previa autorización de las Cortes Generales...». Nótese que no se hace referencia a una o varias técnicas, sino que se utiliza una redacción genérica, que abarca cualquier forma susceptible de engendrar una vinculación en el área internacional. Incluso se utilizan algunos términos iguales a los empleados en el mencionado artículo de la Convención de Viena. Esta afectación al principio de libertad de formas se com-

(11) Véase *En torno al artículo 14 de la Ley de Cortes*, «Boletín Informativo de Ciencia Política» núm. 8 (1971).

(12) Fuente: P. REUTER y A. GROS: *Traité et Documents Diplomatiques*. PUF, 1970. Traducción del francés del autor.

prueba asimismo en el uso alternativo de las expresiones de «tratados» y «convenios» que se hace en diversas ocasiones en el comentado artículo 94.1, con lo que se ha querido indicar que se hallan comprendidos en su ámbito de aplicación todos los supuestos de compromisos internacionales, cualquiera que sea la denominación que se emplee (Tratados, convenios, acuerdos, protocolos, etc.). La intervención de las Cortes viene determinada, como veremos posteriormente, por la índole de la materia regulada y no por ese dato puramente externo de su denominación.

3.3 *La incorporación de los tratados al Derecho interno*

La incorporación al Derecho interno de las diversas normas contenidas en los tratados internacionales puede realizarse, como es sabido, o bien mediante una recepción automática o bien mediante una recepción especial.

De las dos, nuestra Constitución se ha inclinado claramente por la primera de ellas, lo que supone excluir la necesidad de una norma de transformación o de ejecución para que estas normas internacionales cobren vigencia interna. Esta es la conclusión que se deduce del artículo 96.1 en cuanto establece que «los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno». Con ello se sanciona la fórmula adoptada por el Código Civil en su artículo 1.5.

Dos son, pues, los requisitos necesarios para que se pueda producir la incorporación del Derecho convencional internacional al ordenamiento interno: primero, respeto de las normas internacionales (por ejemplo, Convención de Viena) e internas (así, las constitucionales) que han de observarse por los tratados, ya que han de ser «válidamente celebrados», y, segundo, publicación en el diario oficial. Sin embargo, este precepto debe integrarse con el mencionado artículo 1.5 del Código Civil, que relaciona la publicación en el *Boletín Oficial del Estado* con la *aplicación directa* en España, lo cual hace suponer que la ausencia de publicación puede provocar, si se ha cumplido el primer requisito, ciertos efectos internos, aunque no la aplicación directa y general del tratado (13).

(13) Sobre esta cuestión puede verse J. RODRÍGUEZ ZAPATA: *Ob. cit.*, pp. 242 y ss.

3.4 *Rango jerárquico de los tratados*

3.4.1 *Tratados y leyes*

El Código Civil, incluso tras la reforma de su Título Preliminar, omite si los tratados internacionales son fuente jurídica autónoma o no en relación a las tres expresamente admitidas como tales en su artículo 1.1 (ley, costumbre y principios generales del Derecho), si bien el hecho de que el artículo 1.5 exija para su aplicación directa su publicación en el *Boletín Oficial del Estado* parece equipararlos a la ley, en el sentido material de norma escrita, ya que ésta es la única de las tres que requiere para entrar en vigor el ser publicada en tal forma (art. 2.1). Tampoco, y a pesar de las peticiones que se hicieron en este sentido a raíz de la reforma del Título Preliminar, contiene indicación alguna sobre la posición jerárquica de los Tratados en relación a las demás fuentes del Derecho interno.

A pesar de que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha defendido inequívocamente y en diversas ocasiones en los últimos años la superioridad de los tratados sobre las leyes, creemos que la elaboración de la Constitución era una ocasión única para determinar a nivel de Derecho positivo esta ordenación, haciendo innecesario construir interpretaciones y deducciones que, a pesar de su solidez, resultan censurables precisamente por incidir sobre cuestiones que, por su importancia, deberían estar reguladas formalmente.

El artículo 6.1 del anteproyecto elaborado por la Ponencia contenía un expreso reconocimiento de la superioridad de los tratados sobre las leyes internas, aún las posteriores, al disponer que «los tratados internacionales válidamente celebrados tendrán, una vez publicados, jerarquía superior a la de las leyes». Este precepto desapareció en el Informe de la Ponencia (*Boletín Oficial de las Cortes* de 17 de abril de 1978) y se mantuvo así en todas las fases posteriores, a pesar de las voces que pidieron un retorno al texto originario (14).

No obstante, la Constitución resuelve, si bien de forma indirecta, este problema al establecer su artículo 96.1 que «sus disposiciones (de los tratados internacionales) 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». Así, una norma

(14) Puede verse sobre esta cuestión intervención del señor OLLERO GÓMEZ en *Diario de Sesiones del Senado* núm. 50 (1978), pp. 2335 y ss.

posterior, incluso una ley aprobada por las Cortes, no puede prevalecer sobre lo dispuesto en un tratado: éste conoce dos únicos cauces de alteración —procedimiento previsto en el propio tratado y el reconocido en el Derecho internacional general— y fuera de los mismos no hay forma de modificar lo en él dispuesto. En consecuencia, puede afirmarse que los tratados y convenios internacionales tienen primacía sobre las leyes y demás fuentes subordinadas del Derecho interno.

Por eso, en caso de contradicción entre un convenio internacional y una ley interna deberá darse aplicación preferente a aquél. Hay tratados que por referirse a relaciones con determinado o determinados países sólo son aplicables caso por caso, por lo que su supremacía no es general, sino parcial, limitada a estos casos: fuera de los mismos la ley interna recobra su plena y entera vigencia. Pero, también, existen tratados que con carácter general pueden resultar contrarios a las leyes internas. Tal sería el caso, por ejemplo, de alguno estableciendo derechos y obligaciones a cargo de los particulares en forma distinta a la prevista en la ley interna. En este último supuesto la ley interna resultaría también inaplicable, debiendo observarse esta subordinación por todos los órganos encargados de aplicar Derecho.

Esta conclusión nos sirve para enfrentarnos, al menos someramente, a la cuestión de la naturaleza de los tratados para la Constitución. Siguiendo a RODRÍGUEZ ZAPATA (15), puede decirse que se trata de leyes especiales pactadas, especialidad que viene determinada por tratarse de normas que siguen un camino específico para su entrada en vigor, ya que se requiere el acuerdo de dos o más sujetos de Derecho Internacional. Se trata de normas convencionales, de normas pactadas, y de ahí que, en virtud del principio de *contrarius actus*, se requiera el mismo procedimiento para su modificación. Su nexa internacional les da un *prius* sobre las normas internas de un Estado.

Este carácter de ley, si bien especial, nos sirve para determinar la conclusión que debería darse a un conflicto entre un tratado y un acto administrativo interno: éste, incluso cuando se tratase de un acto de ejecución de un convenio *not self executing*, sería ilegal y, por ende, susceptible de recurso contencioso-administrativo (16).

(15) *Ob. cit.*, pp. 289 y ss.

(16) Esta es también la solución adoptada en Francia. Cfr. P. LARDY: *La force obligatoire du droit international en droit interne*. Paris, 1966, pp. 152 y ss.

3.4.2 *Tratados y Constitución*

No contiene nuestra Constitución una expresa determinación sobre la posición que en relación a ella tienen los tratados internacionales. No obstante, y sin perjuicio de lo que después se indica sobre el artículo 93, puede decirse que ocupan una posición intermedia entre la Constitución y las leyes formales internas: la supraordenación a estas últimas creemos que no merece más comentario; la subordinación a la Constitución se deduce del artículo 95.1 en cuanto dispone que «la celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional». Si la conclusión de un tratado que resulte contrario a la Constitución exige la previa revisión de ésta, ello supone que aquél no puede modificarla directamente y que, por tanto, se trata de una norma subordinada. Esta misma solución fue acogida por algunos autores de la Constitución, como el señor HERRERO DE MIÑÓN, al referirse a la superioridad legal e infraconstitucional de los tratados (17), y por el señor OLLERO GÓMEZ al mencionar su rango inferior a la Constitución (18).

Con ello se inserta en la misma línea que las Constituciones francesas de 1946 y 1958, norteamericana de 1787, griega de 1975, pero sin llegar a las posiciones más avanzadas de la Constitución holandesa, donde se admite expresamente la posible superioridad de los Tratados sobre la misma.

El reconocimiento de esta subordinación a la Constitución no plantea problemas a nivel teórico. No obstante, éstos pueden surgir a la hora de encontrar la forma de aplicación práctica de este principio. En este sentido, hemos de referirnos al apartado 2 del artículo 95, que preceptúa que «el Gobierno o cualquiera de las Cámaras puede requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción» (entre un tratado y la Constitución). Esta norma está colocada inmediatamente después de la que exige la revisión constitucional previa a la celebración de un convenio internacional contradictorio con el texto constitucional. Por su emplazamiento sistemático y por su sentido general, nos inclinamos a considerar que este requerimiento al Tribunal Constitucional es *ex ante* a la ratificación de un tratado, sin poderse efectuar una vez que el tratado en cuestión ha entrado en vigor. Con posterioridad a la redacción de este trabajo se ha deba-

(17) «Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados» núm. 109 (1978), p. 4226.

(18) «Diario de Sesiones del Senado» núm. 50 (1978), p. 2336.

tido y aprobado la Ley Orgánica 2/1979, del Tribunal Constitucional, cuyo artículo 78 confirma la tesis aquí expuesta. Se trata de un artificio dispuesto por la Constitución para prevenir la conclusión de tratados en contradicción con la misma. En el caso de las Cámaras, por ejemplo, su iniciativa deberá adoptarse a lo largo del procedimiento parlamentario destinado a la aprobación de los tratados y en la forma que dispongan los Reglamentos respectivos. El posterior desarrollo y consecuencia de esta acción deberán regularse en la Ley orgánica relativa al Tribunal Constitucional.

Ahora bien, si este control es únicamente preventivo, procede preguntarse por la situación de aquellos tratados que, entrados ya en vigor resulten contrarios a la Constitución, situación que puede producirse tanto respecto a los tratados ya vigentes en el momento de la promulgación de la Constitución, como de aquellos otros posteriores a ese momento cuya inconstitucionalidad se compruebe una vez concluidos formalmente. Indudablemente, deberá procurarse compatibilizar y armonizar al máximo la norma internacional con la norma constitucional interna. Pero, si la incompatibilidad entre ambas persiste, entendemos que deberá darse aplicación preferente a la Constitución sobre el tratado, sin perjuicio de proceder a la denuncia o a la modificación de éste en la forma prevista en el artículo 96. Esta aplicación preferente de la Constitución sobre un tratado ya entrado en vigor es una consecuencia del principio de jerarquía normativa recogido en el apartado 3 del artículo 9 de la Constitución y de la determinación del apartado 1 de este mismo artículo de que «los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico», precepto que, al mencionar en forma separada y en primer lugar la sujeción a la Constitución, quiere resaltar su supremacía general y su fuerza inmediata de obligar.

De otra parte, ¿podría impugnarse por inconstitucional un tratado ya vigente? Una interpretación literal y restrictiva del artículo 95 llevaría a una respuesta negativa por considerar que el procedimiento en él dispuesto es el único para enfrentarse con tratados en contradicción con el texto constitucional: al preverse un procedimiento específico debe entenderse, a *contrario sensu*, que se excluye cualquier otro. Esta es también la interpretación dada en Francia al artículo 54 de la Constitución de 1958 (19), que establece un mecanismo que ha sido seguido muy de cerca por la Constitución española. Es probable que

(19) Cfr. LARDY: *Ob. cit.*, p. 159.

esta postura sea la más defendida por los autores internacionalistas. Sin embargo, es preciso cuestionarse si es la más ajustada a la Constitución (20). Puede defenderse, en este sentido, que el procedimiento dispuesto en el artículo 95 es una garantía adicional a los establecidos en el título IX (Del Tribunal Constitucional). No hay ninguna indicación constitucional que confiera carácter exclusivo o excluyente a ese procedimiento especial. Lo que se ha perseguido con él es establecer un filtro previo para evitar tener que recurrir al procedimiento más gravoso y más comprometedor para el Estado de la impugnación por inconstitucionalidad (21). Pero no se elimina esta última posibilidad (22). Además, la señalada consideración a *contrario sensu* del artículo 95.2 choca, en cualquier caso, con el mandato de integración analógica dispuesto en el artículo 4.1 del Código Civil, que llevaría a una aplicación extensiva del recurso por anticonstitucionalidad. De otra parte, la interpretación dada en Francia para una norma semejante no puede ser hecha valer en nuestro caso: téngase en cuenta que allí, en virtud de lo establecido expresamente en el artículo 61 de la Constitución de 1958, el control de la constitucionalidad de las leyes es necesariamente *a priori*, anterior a la promulgación de las mismas, por lo que resulta lógico aplicar la misma regla en el caso de los tratados. Pero en España, la posibilidad de impugnar las leyes por anticonstitucionales se produce precisamente a partir de su entrada en vigor, por lo que no se ve razón para excluir este mismo criterio para los tratados internacionales. Además, puede señalarse que en Alemania, país que no admite la superioridad del Derecho convencional internacional sobre las leyes internas, la Corte Constitucional de Karlsruhe ha admitido la procedencia de diversos recursos de inconstitucionalidad contra tratados, dando así una solución afirmativa al silencio que sobre esta materia guarda la Ley Fundamental de Bonn (23).

Podría objetarse en contra de estas consideraciones que el artículo 161.1, a), de nuestra Constitución limita el recurso de inconstitucionalidad «contra las leyes y disposiciones normativas con fuerza de

(20) Es muy difícil que se plantee la necesidad de impugnar un tratado por inconstitucional. Sin embargo, el estudio de este punto puede ayudar a comprender la posición y características de los tratados en nuestro sistema de fuentes.

(21) La redacción empleada en los precedentes textos constitucionales parece confirmarlo. Puede verse en este sentido el artículo 89 del texto aprobado por el Congreso.

(22) Esta es también la interpretación definida por O. ALZAGA en *La Constitución española*. Ediciones del Foro. Madrid, 1978, p. 597.

(23) Cfr. P. LARDY: *Ob. cit.*, pp. 85 y ss., y bibliografía allí citada.

ley» y que, por tanto, no es procedente en un caso como el de los tratados internacionales, que no son leyes ordinarias y que tienen un rango jerárquico superior a las mismas. Es cierto que el recurso no puede plantearse contra los tratados en sí mismos considerados, dado que, al ser normas internacionales, no pueden verse afectados unilateralmente por un órgano de alguna de las partes. La impugnación por inconstitucionalidad, contra lo que debe formularse es contra la ley autorizando la conclusión del tratado en cuestión, ley que sería contraria a la Constitución o por no ajustarse al procedimiento en ella establecido o por intentar introducir en el ordenamiento interno normas que la conculcan, cosa que no puede hacer dada su indiscutida superioridad.

Tampoco resulta argumento atendible, en contra de la tesis aquí expuesta, el mandato del artículo 96.1 de que las disposiciones de los tratados internacionales «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», ya que este mandato aparece limitado por el mismo precepto al caso de «los tratados internacionales válidamente celebrados», y habida cuenta de que no puede considerarse válidamente celebrado un tratado cuya autorización ha sido conferida sin atender a las exigencias de las normas constitucionales.

En definitiva, si, en base a todos los argumentos esbozados, se afirma la superioridad de la Constitución sobre los tratados internacionales, debe reconocerse como garantía, al menos remota, de dicho principio la posibilidad de impugnar un tratado por inconstitucional. Lo contrario supondría admitir la permanencia en nuestro ordenamiento de una norma contraria a otra de superior rango, con detrimento del principio de seguridad jurídica recogido expresamente en el artículo 9.3 de la Constitución. El artículo 27.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional ha venido a confirmar lo defendido en estas líneas, al establecer en su apartado c) la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de los tratados internacionales.

3.4.3 *El caso del artículo 10.2 de la Constitución*

El artículo 10.2 de la Constitución establece 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 ratificadas por España».

El reconocimiento a nivel constitucional de la mencionada Declaración y demás tratados sobre derechos humanos ratificados por España, plantea el tema del alcance jurídico de tales textos.

Entendemos que no se trata de una incorporación de las normas generales del Derecho internacional, dado el tenor de dicho artículo y que difícilmente pueden reconocerse esas normas o principios generales en unos textos cuya extensión y regulación detallada se aviene mal con la abstracción y esencialidad propia de dichos principios. Si se hubiesen querido reconocer las normas generales del Derecho internacional, en cuanto tales, lo lógico hubiese sido mantener la fórmula que figuraba en el artículo 6 del Anteproyecto de la Ponencia o aceptar alguna de las enmiendas defendidas en dicho sentido (24).

A nuestro juicio, y sin entrar en el posible trasfondo político que tuvo la adición del apartado comentado, supone el establecimiento de un criterio interpretativo o aclaratorio en materia de libertades públicas. No constituye, pues, una constitucionalización de la Declaración Universal de Derechos Humanos y demás tratados en dicha materia ratificados por España. Puede invocarse en dicho sentido las palabras del señor ESCUDERO LÓPEZ, al defender la enmienda que sirvió de base para esta adición, quien señaló que su fin era «definir en el futuro *la más precisa comprensión e interpretación* de las libertades y derechos explicitados en los artículos siguientes» y que «Unión de Centro Democrático desearía, en fin, que una declaración solemne en el artículo 10 acogiera la *tutela e interpretación* de tales derechos y libertades conforme al espíritu y a la letra de esos acuerdos de máximo rango» (25). Como quiera que dicha enmienda suscitó reparos, por estimarse que producía una constitucionalización de tales Declaración y Tratados sobre libertades, y un impreciso paralelismo con lo establecido en la Constitución, se corrigió con una enmienda *in voce* de forma que quedó redactada en los términos siguientes: «Las normas relativas a derechos fundamentales... *se integrarán e interpretarán...*» Dada la persistencia de la oposición a esta fórmula, por estimar que la misma seguía encerrando un peligroso paralelismo constitucional,

(24) Tal fue el caso de la enmienda defendida por el señor OLLERO GÓMEZ. Véase «Diario de Sesiones del Senado» núm. 41 (1978), pp. 1704 y ss.

(25) *Diario de Sesiones del Senado* núm. 42 (1978), pp. 1739 y ss. El subrayado es nuestro.

se corrigió de nuevo extrayendo del giro transcrito el término «integrarán». Como puede comprobarse, hubo una acción consciente dirigida a eliminar cualquier elemento que excediese de lo puramente interpretativo. Con ello quedaba y queda claro, a nuestro juicio, que lo que el artículo 10.2 hace es configurar una pauta o criterio interpretativo preferente y no una constitucionalización de los Acuerdos internacionales mencionados.

Esta cualidad tiene su importancia práctica, pues al tratarse de un factor interpretativo se aplica a todas las normas sobre derechos y libertades, incluso las constitucionales. Pero esta misma naturaleza determina que, en caso de claridad de las normas internas, no sea necesario acudir a este elemento interpretativo, en cuanto tal (sin perjuicio, claro está, de que tales tratados hayan pasado al ordenamiento interno y resulten obligatorios): una norma constitucional sobre derechos humanos, que no requiera aclaración, deberá aplicarse con preferencia a lo dispuesto en uno de estos tratados que le resulte contrario; si esa misma norma constitucional fuese oscura o insuficiente deberá interpretarse necesariamente con lo establecido en tales Acuerdos internacionales, con preferencia sobre otros criterios.

3.5 *Los tratados de cesión de competencias constitucionales*

El artículo 93 de la Constitución dispone que «mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio 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».

Este precepto es lo suficientemente enjundioso como para merecer un estudio monográfico. Encierra, nada menos, que los diversos problemas derivados de la incorporación de España a instituciones supranacionales. Por ello, los comentarios que subsiguen tienen un alcance de mera iniciación y aproximación en esta materia.

El artículo comentado se inserta en la corriente de la mayoría de las Constituciones de Europa occidental, que adoptaron desde el primer momento o se reformaron, para introducir cláusulas de transferencia de derechos y competencias soberanas a entes supranacionales. Tal es el caso del artículo 24 de la Ley Fundamental de Bonn, 11 de la

Constitución italiana, 25 bis de la Constitución belga, preámbulo de la Constitución francesa de 1946, 28 de la Constitución griega, etc.

El artículo 93 contiene dos partes: la primera, estableciendo un procedimiento especial para la aprobación de tratados que comporten transferencia de competencias; la segunda, que regula la forma de desarrollar y aplicar esos tratados y las decisiones tomadas por las instituciones supranacionales.

El procedimiento especial de aprobación de estos tratados es que la misma ha de hacerse mediante ley orgánica, por tanto, según el artículo 81.2, mediante votación favorable de la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados. Desgraciadamente, no se señala si este procedimiento se yuxtapone o si excluye el del artículo 95 para tratados que resulten contrarios a la Constitución. Cuestión esta sumamente importante: en el supuesto más claro de transmisión de competencias, como es la incorporación de nuestro país a la CEE (26), pueden alterarse diversas disposiciones constitucionales, afectando incluso a la distribución de competencias en favor de las Comunidades Autónomas. En este caso, ¿sería necesario proceder a la previa revisión constitucional, además de aprobarse el tratado mediante ley orgánica? La respuesta, a nuestro juicio, debe ser negativa: el procedimiento del artículo 93 es excluyente del dispuesto en el 95. Y ello porque, ante el silencio constitucional, debe aplicarse el principio de que la norma especial prevalece sobre la general. Además, si se estimase lo contrario, llegaríamos a un resultado absurdo: la aplicación del dificultoso procedimiento de reforma constitucional (que confiere a nuestra Constitución una fuerte rigidez), haría superfluo el requerir adicionalmente la aprobación por mayoría absoluta de un tratado que, desde la aprobación de la reforma constitucional, habría dejado de ser contrario a la Constitución. Asimismo, los precedentes del Derecho comparado abonan esta conclusión: se ha exigido el respeto al procedimiento especial de aprobación de estos tratados, pero sin implicar la previa reforma constitucional. Claro está que la exclusión de la reforma constitucional debe limitarse a tratados que no vayan más allá de una transmisión «de competencias derivadas de la Constitución», que es lo previsto en el artículo 93. Pues si, por ejemplo, estos mismos tratados implicasen una modificación del estatuto cons-

(26) O. ALZAGA: *Ob. cit.*, p. 589, señala que este artículo fue redactado de cara a la incorporación de España a las Comunidades Económicas Europeas.

titucional de los derechos y libertades públicas, entonces sí sería necesaria una previa reforma del texto de la Constitución.

Desde luego, la transmisión de competencias implica las normativas, por lo que en el caso de la CEE habrá de darse en España plena aplicación al Derecho comunitario, tanto al originario (Tratados) como al derivado (Reglamentos, directivas, etc.). El carácter específico de este orden jurídico, no asimilable al Derecho internacional, implica aceptar su prioridad sobre el Derecho interno. Nuestro país no será el único en conocer los problemas de ajustamiento entre el Derecho comunitario y el Derecho interno (27).

La aplicación del Derecho comunitario, originario y derivado, en relación a la legislación interna puede provocar problemas, dado que los tratados constitutivos de la CEE no han efectuado un deslinde claro entre lo comunitario y lo nacional: no hay incompetencia absoluta de los Estados en las materias objeto de transmisión a las Comunidades.

De otra parte, debe señalarse que nuestra Constitución incurre en una verdadera incoherencia en el procedimiento de aprobación de estos tratados por las Cortes. El artículo 74.2 establece una tramitación especial para los tratados ordinarios, que son los contemplados en el artículo 94.1, ya que se equipara prácticamente la intervención del Senado a la del Congreso, implicando una regulación más gravosa que la del procedimiento legislativo ordinario. Lógicamente esta tramitación especial del artículo 74 debería haberse aplicado, con tanta o más razón, a unos tratados de mayor trascendencia como son los comprendidos en el artículo 93. Lejos de ello, el artículo 74 se limita expresamente a los tratados ordinarios del artículo 94.1, olvidando, además, que los tratados que provocan transmisión de competencias a instancias supranacionales pueden afectar a las correspondientes a las Comunidades Autónomas, por lo que debería haberse dado mayor intervención al Senado en cuanto aparece definido como «Cámara de Representación Territorial».

Un breve comentario debe hacerse también sobre la segunda parte del artículo 93, que dispone que «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 internacio-

(27) Puede verse sobre este tema P. REUTER: *Organizaciones europeas*. Bosch, Barcelona, 1968, pp. 177 y ss.; C. CONSTANTINIDES-MEGRET: *Le droit de la Communauté Economique Européenne et l'ordre juridique des états membres*. LGDJ, París, 1967, pp. 81 y ss., y con referencias muy actualizadas, la obra de J. V. LOUIS: *Organisations Européennes*. PUB, Bruselas, 1978.

nales o supranacionales titulares de la cesión». A través de esta norma (28) se ha querido asegurar un mecanismo de ejecución y desarrollo de los tratados relativos a entes supranacionales y de las demás normas adoptadas por éstos. En su virtud, la aplicación o ejecución fáctica de toda esta normativa corresponde al Gobierno, ya que el artículo 97 del propio texto constitucional le atribuye el ejercicio de «la función ejecutiva». Pero, si se trata de disposiciones que requieran un desarrollo normativo interno, el criterio adoptado es un desdoblamiento entre las Cortes y el Gobierno: a aquéllas corresponderá aprobar las disposiciones que resulten necesarias para cumplimentar las resoluciones supranacionales que incidan sobre materias reservadas a la ley, mientras que al Gobierno incumbirá el desarrollo de aquellas otras normas que no afecten a esta reserva. Entendemos que debería haberse mencionado también a las Comunidades Autónomas, pues mediante su poder normativo podían desarrollar las normas internacionales o supranacionales que recayesen sobre materias asumidas por las mismas. En cualquier caso, si la interpretación anterior es acertada, se hace criticable el mecanismo configurado, dada la lentitud y complejidad que puede reportar el proceso de desarrollo y adaptación. Téngase en cuenta que la reserva legal es muy amplia en la nueva Constitución, por lo que cualquier desarrollo de una resolución supranacional que recaiga sobre dicha reserva deberá ser aprobado por las Cortes. Con ello es previsible una ingente tarea en nuestro Parlamento que le impedirá centrar su atención en cuestiones más trascendentales, al tiempo que el Gobierno es el órgano más indicado para la regulación de cuestiones secundarias. Entendemos que una solución a este problema sería que las Cortes, en cada ocasión, confiriesen una autorización al Gobierno para desarrollar las disposiciones internacionales o supranacionales, sin entrar en más pormenores. Pero, aun con todo, seguiría siendo necesaria esta repetida intervención de las Cortes. De esta forma se ha excluido una de las soluciones más sencillas y que más se han practicado en los países miembros de la CEE, como es la de que la propia ley de autorización de la ratificación delegue con carácter general en el Gobierno la facultad de adaptar las medidas oportunas de desarrollo y ejecución, estableciendo unos controles parlamentarios

(28) Esta segunda parte del artículo 93 fue añadida por la Comisión Mixta, reunida tras las deliberaciones del Congreso y del Senado. La criticable ausencia de enmiendas motivadas y de debate impiden conocer todo el alcance que los autores pretendían dar a esta norma.

para evitar una actuación irregular del ejecutivo (29). Esta última solución no es admisible en nuestro sistema, tanto por oponerse al artículo 93, como por resultar contraria al artículo 82.3, que exige que las delegaciones legislativas al Gobierno se otorguen «de forma expresa para materia concreta y con fijación de plazo para su ejercicio», sin que puedan entenderse concedidas «de modo implícito o por tiempo indeterminado»; y si esta prohibición de delegaciones implícitas o por plazo indefinido se produce respecto de los Decretos legislativos, con la misma razón debe entenderse prohibida para la potestad reglamentaria del Gobierno: sería vulnerar el espíritu de esta norma el que la ley de autorización del tratado confiriese a éste, de antemano y con carácter general, la facultad de realizar la adaptación o desarrollo mediante normas administrativas.

3.6 *Competencia de las Cortes y del Gobierno en la conclusión de tratados*

El artículo 94 establece qué tratados y convenios deben concluirse previo consentimiento de las Cortes, y cuáles otros son atribución exclusiva del Gobierno. Dice así este artículo: «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.»

Como ya se indicó anteriormente, este precepto recoge el principio de libertad de formas vigente en el Derecho Internacional Público

(29) Sobre este tema puede verse C. CONSTANTINIDES-MEGRET: *Ob. cit.*, pp. 149 y ss.

(artículos 2.1 y 11 de la Convención de Viena) y es, por tanto, aplicable a cualquier compromiso internacional concluido mediante ratificación, adhesión, aceptación, intercambio de instrumentos u otros medios y cualquiera que sea su denominación (tratado, convención, acuerdo, etc.).

El apartado 1 de este artículo relaciona los distintos supuestos de tratados cuya conclusión requieren la previa autorización de las Cortes. Puede estimarse como amplia esta reserva si la comparamos con la establecida en el artículo 53 de la Constitución francesa y en el 80 de la Constitución italiana. Pero lo que más llama la atención es la imprecisión con que está redactado alguno de estos supuestos. Tal es el caso de los tratados de carácter político, como si hubiera algún tratado —ya lo señaló el señor OLLERO GÓMEZ (30)— que no tuviera algún aspecto político. En definitiva, supone la utilización de una expresión que, como también resaltó el señor SÁNCHEZ AGESTA (31), es enormemente vaga, por lo que son previsibles dudas y problemas a la hora de calificar a un tratado como político. En cuanto al apartado e), una interpretación literal manifestaría que los casos en él mencionados no cubren toda la reserva legislativa, ya que puede darse el caso de tratados *self executing* que, incidiendo sobre dicha reserva, no afecten a ninguna ley, por no haberse ésta aprobado todavía. Nótese, en este sentido, que se mencionan tratados que «exijan medios legislativos para su ejecución», lo que excluiría a los que tuvieran ese carácter *self executing*. No obstante, una interpretación que se atenga al espíritu de la norma favorece su aplicación a este caso concreto.

En definitiva, creemos que requerirán la autorización de las Cortes todos aquellos tratados que afecten o incidan sobre la reserva legislativa formal (32). En cualquier caso, aunque se acepte la interpretación estricta de este apartado, es previsible que el número de tratados que habrán de ser tramitados por las Cortes será alto, dada la generalidad de este artículo, produciéndose los mismos problemas de saturación aludidos anteriormente. Hubiera sido conveniente establecer, dada esta amplitud, un procedimiento de aprobación simplificado y tácito para los tratados que no susciten oposición alguna, siguiendo el modelo establecido en la Constitución de los Países Bajos.

(30) *Diario de Sesiones del Senado* núm. 50 (1978), p. 2327.

(31) *Diario de Sesiones del Senado* núm. 50 (1978), p. 2328.

(32) Esta es también la interpretación de HERRERO DE MIÑÓN en *Diario de Sesiones del Congreso* núm. 109 (1978), p. 4221.

Téngase en cuenta que ni siquiera será aplicable el procedimiento de desconcentración previsto en el artículo 75.2, ya que el apartado 3 de este mismo artículo veda expresamente su aplicación a las «cuestiones internacionales».

En el resto de los casos, la competencia para obligar al Estado mediante tratados es exclusiva del Gobierno. Su *treaty making power* sólo está limitado por la obligación de dar cuenta inmediata de los tratados concluidos al Congreso y al Senado (art. 94.2).

3.7 *Forma de expresión del consentimiento de las Cortes. Publicación*

Un punto no regulado expresamente en el texto constitucional es la forma en que las Cortes deben dar su autorización para la conclusión de acuerdos y convenios internacionales.

El anteproyecto elaborado por la Ponencia (*Boletín Oficial de las Cortes* de 5 de enero de 1978) contenía en su artículo 55.2 la mención de que «la conclusión de tratados que afecten a materias de competencia de las Cortes generales deberá ser previamente *autorizada mediante ley*», de donde resultaba claramente la necesidad de forma legal para expresar este consentimiento. Sin embargo, este inciso desaparece en la reforma que se produjo en el tema de convenios internacionales a raíz del informe elaborado por la Ponencia y publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes* de 17 de abril de 1978, manteniéndose desde entonces una omisión sobre este punto.

No obstante, en la Comisión de Constitución del Senado se presentó y defendió una enmienda por parte del grupo socialista, pidiendo que la autorización de las Cortes se expresase mediante Ley (33). En este sentido, pueden suscribirse las siguientes palabras del señor SAINZ DE VARANDA: «Creemos que es forma normal que revista la forma de ley la autorización a recibir por el Estado para suscribir los tratados.» Esta enmienda fue, en principio, apoyada expresamente por los portavoces de la mayoría de los grupos parlamentarios, pero finalmente no llegó a prosperar, sin que puedan convencer los motivos alegados a este efecto (presunta incompatibilidad entre la forma de ley y la intervención de la Comisión mixta prevista en el artículo 74.2).

Durante el período de las Leyes Fundamentales, las Cortes tenían unas atribuciones limitadísimas en el *treaty making power*. Por ello, su postura sobre los convenios internacionales no se expresaba en forma de ley, reduciéndose su influencia a que los instrumentos de

(33) Cfr. *Diario de Sesiones del Senado* núm. 50 (1978), pp. 2328 y ss.

ratificación incluían un inciso en que se señalaba haberse cumplido el trámite de dictamen o audiencia de las Cortes. No obstante el establecimiento de nuevas instituciones políticas, el hábito anterior sigue todavía vigente.

Una vez promulgada la nueva Constitución, creemos que es ocasión merecedora de rectificar esta práctica y hacer que el consentimiento de las Cortes para la conclusión de tratados se formalice mediante ley.

Son muchos los argumentos que, a nuestro juicio, abonan esta solución. Primero está el precedente del artículo 55.2 del anteproyecto elaborado por la Ponencia y los propios antecedentes constitucionales españoles. La mayoría de nuestras Constituciones han prescrito la forma de ley para manifestación del referido consentimiento. Así, ya la Constitución de 1837, en su artículo 48.3.º, disponía: «El Rey necesita estar autorizado por una ley especial ... 3.º para ratificar los tratados de alianza ofensiva...», fórmula que se repetía en términos idénticos en el artículo 48 de la Constitución de 1845, 53 de la *non nata* de 1856, 74 de la Constitución de 1869 y 55 de la Constitución de 1876. Por su parte, la Constitución republicana de 1931 no exigía expresamente la necesidad de forma de ley en su artículo 76. Sin embargo, la práctica de este período histórico demuestra que siguió aplicándose la repetida forma a los tratados y convenios que requerían autorización de las Cortes (34).

De otra parte, las soluciones del Derecho comparado a esta cuestión son del mismo tenor. Así, puede citarse el artículo 80 de la Constitución italiana («Las Cámaras autorizarán mediante ley la ratificación ...»), 59 de la Ley Fundamental de Bonn («Los tratados ... requieren la aprobación o participación, a través de una ley federal ...»), 53 de la Constitución francesa («Los tratados ... no pueden ser aprobados o ratificados sino en virtud de una ley») (35), 169 de la Constitución portuguesa (en relación al 164 *j*) de la misma. En otros países en los que los textos constitucionales callan sobre este extremo, también se aplica la misma exigencia de ley formal: Tal es el caso de Holanda y Bélgica (36).

(34) Puede verse, a título ilustrativo, la ley autorizando la ratificación del Convenio entre España y Rumania de 1934 («Gaceta de Madrid» de 24 de junio de 1934).

(35) Sobre Francia puede verse el estudio de D. MAUS: «L'Assemblée Nationale et les lois autorisant la ratification des traités», en «Revue de Droit Public et de la Science Politique», 1978, pp. 1075 y ss.

(36) Cfr. P. F. SMETS: *L'Assentiment des Chambres législatives aux traités internationaux*. Bruylant, Bruselas, 1964, pp. 39 y ss.

Asimismo, el hecho de que la comentada enmienda formulada por el grupo socialista del Senado obtuviese el respaldo de la mayoría de la Comisión demuestra que ésta era la intención de los constituyentes, aunque luego fuese rectificadora, tal vez por la premura con que debió debatirse el texto, lo que dificultó la deseable reflexión sobre ésta y otras cuestiones. Esta misma intención de los autores de la Constitución en pro de la forma de ley se pone de relieve a la vista del artículo 93, que requiere explícitamente una ley orgánica para el consentimiento de acuerdos que impliquen transmisión de competencias a instituciones supranacionales, por lo que, por analogía, debe entenderse exigida ley ordinaria para el resto de los tratados que sean competencia de las Cortes. También puede hacerse valer el artículo 63.2, que dispone que «al Rey corresponde manifestar el consentimiento del Estado para obligarse internacionalmente por medio de tratados, de conformidad con la Constitución y las leyes».

No puede argumentarse en contra de la tesis aquí defendida que la exigencia de la ley chocaría con la aplicabilidad automática de los tratados reconocida en el artículo 96.1 de la Constitución y en el artículo 1.5 del Código Civil, ni que ello supondría la aceptación de las teorías dualistas sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno. La ley defendida no es una ley de transformación ni de ejecución: es una manifestación más de las leyes formales (37), es una ley que se limita a autorizar al ejecutivo para comprometer al Estado por medio de actos internacionales.

Además, la forma legal viene requerida por las propias exigencias del procedimiento parlamentario. Como señala REMIRO BRETONS (38), el texto de los tratados internacionales no puede ser modificado en modo alguno por las Cámaras legislativas cuando les corresponde intervenir, y ello por la naturaleza misma de estos compromisos: cualquier alteración del texto debe ser hecha por las partes y no unilateralmente. Lo que el Parlamento puede hacer, en cuanto institución controladora del Ejecutivo, es impedir que el Gobierno lo ratifique, o bien obligarle a presentar alguna reserva o a posponer el consentimiento hasta determinada fecha. A estos efectos, el articulado de una ley es el medio idóneo, ya que, por ejemplo, se puede

(37) VILLAR PALASÍ: *Derecho administrativo*, I. Universidad de Madrid, 1968, páginas 281 y ss.

(38) *Ob. cit.*, p. 93. Sobre todas estas cuestiones es muy aleccionadora la reciente obra de P. F. SMETS: *Les Traités internationaux devant le Parlement*. Bruylant, Bruselas, 1978.

introducir un artículo en el que se disponga la obligación del Gobierno de presentar alguna de estas reservas o de no ratificar hasta determinada ocasión. Si existiese una oposición general al tratado, ello se manifestaría no aprobando el proyecto de ley correspondiente. Normalmente, estas leyes contarán con un artículo único, en el que se contenga la autorización al Gobierno para obligarse mediante un convenio internacional. Eventualmente, podrán añadirse otros artículos disponiendo alguna reserva, o realizando una modificación de la legislación interna cuando así lo aconseje la naturaleza del tratado, o facultando al Gobierno para dictar las disposiciones necesarias para su ejecución, etc.

Paralelamente, en el caso de tratados de competencia exclusiva del ejecutivo, lo procedente será aprobar un Decreto disponiendo la autorización o publicación del tratado correspondiente.

Por otra parte, para la denuncia, y dado que a estos efectos el artículo 96 establece que «se utilizará el mismo procedimiento previsto para su aprobación en el artículo 94», habrán de adoptarse las mismas formas. Así, las Cortes deberán conferir al Gobierno la facultad para denunciar un acuerdo internacional mediante ley aprobada al efecto.

Finalmente, dos palabras sobre la publicación de los tratados. ORTIZ DE LA TORRE echa de menos en el texto constitucional una disposición que obligue a publicarlos (39). Precisamente, la adopción de la forma de ley, tal como se defiende, viene a solventar este problema, pues entonces será plenamente aplicable el artículo 91 de dicho texto, que preceptúa que «el Rey sancionará, en el plazo de quince días, las leyes aprobadas por las Cortes generales, y las promulgará y ordenará su inmediata publicación». De esta forma, la obligación de publicación incluye dentro de su ámbito de aplicación a los convenios internacionales, ya que los mismos se ven afectados en este sentido por su ley de aprobación.

(39) Ob. cit., p. 192.