

CONSIDERACIONES EN TORNO A LA POSICION DE LAS NORMAS INTERNACIONALES EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL (*)

JUAN LUIS REQUEJO PAGES.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL DERECHO INTERNACIONAL COMO SISTEMA AUTÓNOMO DE PRODUCCIÓN DE NORMAS NACIONALES.—III. LA INTEGRACIÓN DE NORMAS INTERNACIONALES EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL.—IV. LA CONSTITUCIÓN Y LAS NORMAS INTERNACIONALES.—V. LAS NORMAS INTERNACIONALES Y LAS LEYES INTERNAS: 1. *Las normas internacionales y las leyes anteriores.* 2. *Las normas internacionales y las leyes posteriores. Derecho internacional y bloque de la constitucionalidad.*

I. INTRODUCCION

El Estado nacional moderno, resultado inevitable de un concepto tan expansivo y absoluto como el de la soberanía, ha cifrado su devenir histórico en el conflicto permanente con el dogma del que trae causa. Su biografía no es sino la crónica de una personalidad perfilada a partir del progresivo arrinconamiento de un principio que, fundamentando su existencia, podía igualmente asegurar su destrucción. Entendida como poder jurídicamente ilimitado y fundamentador de toda aptitud normativa, la soberanía hubo de ser desalojada de las instancias estatales en las que sucesivamente logró instalarse (la Corona, el Parlamento), para localizarse *extramuros* del ordenamiento jurídico y aparecer entonces como cualidad únicamente predicable de éste en su

(*) Versión ampliada de la ponencia presentada en las «Jornadas franco-españolas de Derecho constitucional», celebradas en Pau el 31 de mayo y 1 de junio de 1991 y organizadas por el Institut d'Études Juridiques Iberiques et Iberico-Americains, el C. E. C. y las Universidades de Pau y Sevilla. Reitero desde aquí mi agradecimiento al profesor Pierre Bon, director de las Jornadas, y a los profesores Rubio Llorente y Cruz Villalón por haberme confiado la elaboración de esta ponencia.

conjunto, resultando de este modo la versión «constitucional» del Estado (1).

Las razones de este tránsito eran bien evidentes: verificada la imposibilidad de atribuir la soberanía a un órgano del Estado sin que con ello se hiciera inalcanzable el fin cuya consecución justificaba la existencia misma del ordenamiento —la defensa de la libertad—, no le restaba a la Teoría del Estado otra alternativa que la de conferir su titularidad a un sujeto que, por su propia naturaleza, fuera incapaz de ejercer el poder omnímodo que la soberanía encierra; con el dogma de la soberanía colectiva, la Teoría del Estado destierra definitivamente del interior del ordenamiento al poder soberano, ubicándolo en una sede desde la cual es imposible su ejercicio, sólo viable a través de unos órganos que, desprovistos de su titularidad, pueden ser sometidos en su actuación a todo tipo de condición y límite. Si bien esta traslación del poder soberano se presenta como una alternativa más en el curso de la búsqueda de la sede más adecuada para la localización de la soberanía, es lo cierto que la soberanía colectiva (nacional o popular) (2) difiere radicalmente, tanto en sus presupuestos como en sus efectos, de las soberanías monárquica o parlamentaria. Mientras éstas la atribuyen a un sujeto físico —individual o colectivo—, aquélla la residencia en una mera abstracción, en un concepto sin correspondencia en el mundo de la realidad. De este modo, la Teoría política del Estado concluye operando en los mismos términos que la Teoría del Derecho. En efecto: si la soberanía se define como poder jurídicamente ilimitado, es evidente que sólo puede predicarse de realidades jurídicas, esto es, de normas. Atribuir la soberanía al pueblo o a la nación es tanto como concederla a quien, por carecer de seidad física, no puede ejercerla; tanto, en definitiva, como afirmar que la soberanía no es un atributo propio de sujetos. La cláusula de la soberanía colectiva, por más que expresada en términos positivos, sólo puede comprenderse en clave de negación: la soberanía no pertenece *a nadie*, sino *a algo* (3): al conjunto del ordenamiento jurídico.

Como cualidad del ordenamiento materializada en la primera de sus normas, la soberanía deja de ser un problema del Derecho constitucional para

(1) Cfr. M. KRIELE: *Einführung in die Staatslehre*, Reinbek b. H., 1975, págs. 111 y siguientes.

(2) Sobre las diferencias entre ambos tipos de soberanía, cfr. R. CARRÉ DE MALBERG: *Contribution à la Théorie Générale de l'État*, vol. 2, París, 1922, págs. 152-198; I. DE OTTO: *Lecciones de Derecho constitucional. Introducción*, Oviedo, 1980, págs. 229 y siguientes.

(3) Hasta entonces siempre se había buscado *a alguien*. Aquí radica la diferencia sustancial entre las soluciones tradicionales y la de la soberanía colectiva, y a partir de tal diferencia se explica el éxito del nuevo principio en el intento de compatibilizar la noción de soberanía con la defensa de la libertad del individuo.

pasar a serlo del Derecho internacional. Es en el ámbito de las relaciones interestatales donde, al igual que sucediera en las intraestatales durante el período de gestación de los Estados constitucionales, la soberanía aparece en la actualidad en su doble vertiente de principio fundamentador de la existencia jurídica de los Estados y, al tiempo, como obstáculo irreductible para el establecimiento de una adecuada ordenación jurídica de las relaciones entre ordenamientos (4). Con todo, la superación de tal conflicto no puede hoy día alcanzarse por la vía utilizada en su momento por la Teoría del Estado. Y no puede andarse aquel camino por la simple razón de que para atribuir el poder soberano al ordenamiento jurídico internacional —esto es, para reinstalar nuevamente al poder jurídicamente omnímodo— es requisito inexcusable que la fuerza organizada por este último deje de ser la de los Estados nacionales. En tanto el Derecho internacional no administre una fuerza propia y lo haga por medios igualmente propios, es imposible calificarlo de auténtico ordenamiento jurídico (5).

Ello no obstante, y pese a lo que en principio cabría deducir de cuanto acaba de decirse, es perfectamente posible articular jurídicamente las relaciones entre Estados; y ello sin necesidad de abjurar de la idea de soberanía —imprescindible cuando de ordenamientos se trata—, sino precisamente sirviéndose de ella. Para ello sólo se precisa una alteración mínima, aunque sustancial, en los modelos tradicionales —estatalistas— de explicación del fenómeno jurídico. No se trata tanto de solventar mediante su permanente traslado los problemas que la soberanía implica (el único traslado necesario era el ya realizado con el dogma de la soberanía colectiva), cuanto de afrontarlos desde el cabal entendimiento de su propia lógica, de la cual no sólo forma parte el entendimiento de la soberanía como principio fundamentador de la *validez* de las normas que integran un ordenamiento, sino también su condición de norma fundamentadora de la *aplicabilidad* de normas jurídicas que reciben su validez de normas distintas de aquéllas previstas directamente por el ordenamiento soberano para la producción de nuevas normas. Sólo parando mientes en que de la naturaleza fundamentadora de la soberanía se derivan tanto la validez como la aplicabilidad jurídicas, y advirtiendo que de ambas categorías es precisamente la segunda la única que comprende en todos sus términos la esencia del poder soberano, se hace posible tanto la explicación de la dinámica interna de los ordenamientos estatales como la

(4) En cierto sentido, los Estados modernos se encuentran en la misma situación que los individuos antes de concertar el pacto social de Hobbes.

(5) Si por tal se entiende un conjunto de condiciones desencadenantes de la fuerza previamente monopolizada. Al respecto, cfr. I. DE OTTO: *Lecciones de Derecho constitucional*. Introducción, cit., págs. 12 y sigs.

conjunción de estos últimos con las normas del —un tanto imprecisamente— denominado Derecho internacional.

El objeto de las páginas que siguen es precisamente buscar tal conjunción a partir del concepto de soberanía. Para ello resulta necesario abundar en el análisis de las modalidades de fundamentación de las normas, recurriendo al concepto de aplicabilidad como cualidad cuya concurrencia en una norma presupone una condición —la validez— cuya generación puede transcurrir por dos especies de cauces normativos: por aquéllos directamente establecidos por la primera norma del ordenamiento o por los diseñados por normas que sólo requieren de aquélla para resultar aplicables en el ámbito regido por el ordenamiento estatal, pero no para disfrutar de validez. Desde esta perspectiva se analizarán a continuación las diversas vías de integración de normas internacionales previstas por la Constitución española, así como los mecanismos de articulación constitucionalmente diseñados para configurar el régimen de relaciones imperante entre estas normas y aquéllas que dependen directamente de la Constitución, no sólo para resultar aplicables, sino también para gozar de validez. La posición de las normas internacionales frente a la Constitución y a la ley, su posible integración en el denominado «bloque de la constitucionalidad», la inevitable alteración generada por tales normas en el marco de las relaciones entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria son todas ellas cuestiones que, sin otro ánimo que el de la mera consideración, habrán de quedar apuntadas en el presente trabajo. Mayores profundidades excederían, con toda evidencia, tanto la intención como la extensión de estas páginas.

II. EL DERECHO INTERNACIONAL COMO SISTEMA AUTONOMO DE PRODUCCION DE NORMAS NACIONALES

El argumento definitivo al que se suele recurrir para evidenciar la difícil, cuando no imposible, coexistencia entre los ordenamientos nacionales y el internacional consiste en oponer a todo intento de conmixtión entre ambos órdenes el principio de soberanía; principio que en su interpretación más asentada supone que las relaciones entre dos ordenamientos sólo pueden conjugarse, alternativamente, en términos de subordinación o de absoluta independencia. Tan radical disyuntiva constituye el efecto necesario de una concepción de la soberanía en la que este principio se define como categoría fundamentadora de la validez de otras normas, razón por la cual la norma en la que se materializa —la Constitución— aparece como la única habilitada para decidir acerca de la existencia de otras normas, siendo así que las proceden-

tes del Derecho internacional sólo disfrutarían de validez en la medida en que la Constitución lo decidiera y siempre que las mismas no contradijeran sus contenidos normativos. Se establece así una relación indisoluble entre validez y soberanía, caracterizada por el constreñimiento de los cauces de producción de aquélla a los expresa y directamente establecidos por la Constitución. Ello no obstante, aunque tal relación es, en principio, jurídicamente correcta, no basta por sí sola para dar cuenta de la existencia de otras vías de juridificación. Y ello porque, si bien es cierto que la aplicabilidad de toda norma presupone su validez y que por lo común la norma que determina las condiciones de aplicación de otras normas establece también los procedimientos de generación de normas válidas, no es menos cierto que la Constitución, como norma suprema, puede perfectamente remitirse a normas que le son indisponibles en su propia validez (las internacionales) para que sean ellas las que determinen las condiciones y los supuestos en los que pueden generarse determinadas normas que, una vez dotadas así de validez, resultarán aplicables junto con las producidas a través de los procedimientos internos previstos y regulados por la propia Constitución. Todas las normas aplicables en un ordenamiento son necesariamente normas válidas, pero la validez que las convierte en normas aplicables puede originarse por dos vías: bien a través de procedimientos normativos diseñados por la Constitución y en los que sólo intervienen órganos creados por ella, o bien por obra de sujetos jurídicos que pueden ser independientes en su existencia de la Constitución (tratados de adhesión) o que concurren con los constitucionalmente establecidos (tratados bilaterales), pero que, en cualquier caso, actúan a través de procedimientos regulados por normas independientes de las constitucionales, supuesto este último en el que las normas resultantes, sin bien son perfectamente válidas, sólo serán aplicables en el ámbito organizado por la Constitución si se verifican las condiciones que para ello haya podido ésta establecer (6).

Resulta así que, respecto de las normas internacionales, la Constitución no hace sino llevar a cabo una más de las múltiples remisiones a las que está indefectiblemente abocada en virtud de su condición de norma diseñadora del marco procesal de generación de otras normas (7). La única peculiaridad,

(6) En puridad debe entenderse que, en la medida en que los sujetos internacionales producen normas que una vez aceptadas por el ordenamiento interno adquieren relevancia jurídica nacional, tales sujetos lo son también del Derecho interno.

(7) Tratándose de normas constitucionales la remisión siempre se halla presente de uno u otro modo. Sea expresa o tácitamente, las determinaciones constitucionales sólo alcanzan su definitivo estado tras la sucesiva serie de decisiones con las que los

ciertamente destacable, de este tipo de remisiones es que con ellas la Constitución defiere por completo a otro sistema normativo —si se quiere: a un subsistema normativo que, en la medida en que lo acepte, le es propio— la determinación de los presupuestos de validez de las normas que eventualmente han de integrarse en el ordenamiento organizado por la Constitución. En ningún otro tipo de remisión concurre esta circunstancia. Lo habitual es que, por muy generosa que sea en su contenido, la remisión nunca alcance a habilitar a la norma beneficiaria para el libre establecimiento de las normas que de ella puedan derivarse, a lo que debe añadirse que la propia norma receptora de la habilitación depende en su validez —no sólo en su aplicabilidad— de la Constitución misma (8).

Tan amplia remisión al ordenamiento internacional sólo puede operarse, obviamente, en los términos previstos por la propia Constitución. En ella ha de contemplarse, en primer lugar, la posibilidad misma y el alcance de la remisión, así como la determinación de los sujetos autorizados para realizarla, los procedimientos que han de observar en su actuación y, eventualmente, los controles destinados a asegurar el cumplimiento de sus previsiones; de otro lado, es la Constitución la que establece el procedimiento de integración en su ordenamiento de las normas internacionales destinatarias de la remisión (9), integración que, una vez verificada, convierte a la norma internacionalmente válida en norma internamente aplicable y, por ello, en norma nacional.

Sea como fuere, se integren en el ordenamiento interno a través de los procedimientos de elaboración de normas expresamente regulados en la Constitución o lo hagan mediante cauces de producción de normas previstos y organizados por otros sistemas normativos a los que la Constitución decida remitirse, es lo cierto que todas las normas (válidas) que disfrutan de la

actores por ellas apoderados en las fases inferiores terminan por definir sus contenidos. En la última de estas definiciones, esto es, en la realizada por los órganos jurisdiccionales a través de la forma jurídica «sentencia», es en la única en la que pueden identificarse las verdaderas normas constitucionales en cada momento histórico.

(8) Así sucede, por ejemplo, con aquellas remisiones que confieren a ciertas formas jurídicas —de existencia contingente— la facultad de atribuir a sujetos normativos —de existencia igualmente innecesaria— competencias para regular a través de formas específicas materias que en otro caso han de ser disciplinadas a través de formas y sujetos subsidiariamente previstos por la Constitución; sería el caso de los Estatutos de Autonomía y de las Leyes del artículo 150 de la Constitución, normas todas ellas cuya validez, en último término, trae causa de la Norma Fundamental.

(9) Si bien los procedimientos de integración pueden a su vez ser objeto de remisión internacional, tal y como sucede, por ejemplo, con los que disciplinan la integración del Derecho comunitario derivado en el ordenamiento español.

aplicabilidad que sólo la Constitución puede conferirles son normas integrantes del ordenamiento por ésta establecido. De ahí que la dualidad Derecho nacional/Derecho internacional sólo pueda aceptarse si con ella se hace referencia a la existencia de dos sistemas diversos de producción de normas, pero no si más allá de ese binomio se quiere significar la tajante separación de dos ordenamientos absolutamente inconfundibles. En realidad, no hay más ordenamiento que el nacional, conformado por dos tipos de normas: las producidas por órganos y procedimientos propios y las elaboradas por sujetos y cauces normativos que le son indisponibles en su existencia (las normas internacionales) (10). Así las cosas, el Derecho internacional aparece, si se quiere, como un ordenamiento incompleto, toda vez que, estando capacitado para producir normas válidas, sólo los ordenamientos nacionales pueden dotar a sus prescripciones de la aplicabilidad imprescindible para hacerlas efectivas, esto es, para que tales normas actúen como verdaderos condicionantes de una fuerza que sólo el orden nacional está en situación de administrar. Más que de Derecho internacional debiera entonces hablarse de sistema autónomo —no disponible enteramente por el Derecho nacional— de producción de normas eventualmente integrantes de los ordenamientos internos. En definitiva, el ordenamiento en su conjunto, presidido por la Constitución, se descompone en dos subsistemas normativos, uno de los cuales depende de aquélla para producir normas válidas (el subsistema nacional), en tanto que el otro (el internacional) sólo lo hace para dotar a sus productos normativos de la necesaria aplicabilidad, cualidad esta última que, obviamente, también reciben de la Constitución las normas internas.

III. LA INTEGRACION DE NORMAS INTERNACIONALES EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

La Constitución española sólo se refiere a la incorporación de los tratados internacionales. Ello no significa que resulte imposible la introducción de otras normas internacionales, sino más bien que la integración de las mismas habrá de verificarse en los términos previstos en los tratados de los que deriven, siempre y cuando éstos formen parte del ordenamiento español (11). De

(10) Más precisamente: que no le son totalmente disponibles, ya que, como sujeto del Derecho internacional, el Estado puede participar en la producción de normas internacionales.

(11) La expresión «tratado» no comprende todas las posibles normas internacionales. El artículo 2.1.a) del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados, de 1969, define al tratado como «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

acuerdo con la Constitución, los tratados forman parte del Derecho interno una vez publicados oficialmente y siempre que hayan sido válidamente celebrados (art. 96). Los tratados han de entenderse «válidamente celebrados», en la medida en que se hayan observado los requisitos establecidos en los artículos 93 y 94, en lo que se refiere a las autorizaciones pertinentes para la manifestación del consentimiento internacional del Estado, así como la normativa internacional reguladora de las modalidades y condiciones de la manifestación de tal consentimiento (12). Dejando para un momento posterior el análisis de los mecanismos ideados por el ordenamiento para reaccionar ante un tratado no celebrado válidamente, procede ahora pormenorizar las previsiones constitucionales en orden a la autorización para la celebración de tratados.

Tales previsiones tienen como denominador común la intervención de las Cortes Generales, sea con carácter previo autorizando la celebración del tratado mediante ley orgánica (art. 93) o por mayoría simple (art. 94.1), sea *a posteriori* al ser informadas por el Gobierno de la conclusión de los tratados a los que, por exclusión, se refiere el artículo 94.2. El hecho de que se requiera una u otra modalidad de intervención parlamentaria depende del tipo de convenio a celebrar. Será precisa la autorización mediante ley orgánica cuando el Gobierno pretenda que el Estado se obligue internacionalmente mediante «tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución» (artículo 93); bastará una autorización por mayoría simple en el caso de tratados de carácter político o militar que afecten a la integridad territorial del Estado o a los derechos y deberes del Título I de la Constitución, que impliquen obligaciones financieras para la Hacienda Pública o supongan modificación o derogación de alguna ley o exijan medidas legislativas para su ejecución (art. 94), siendo suficiente que el Gobierno informe a las Cámaras acerca de la conclusión del tratado cuando no se trate de alguno de los comprendidos en los dos preceptos mencionados (art. 94.2).

instrumentos conexos, y cualquiera que sea su denominación particular». Si de estos tratados pueden a su vez resultar nuevas normas —el llamado «derecho derivado»—, la integración de las mismas debe entenderse realizada en la forma prevista por la norma matriz, única para la que resulta inexcusable la integración directa. En realidad, las normas del derecho derivado no son ya normas internacionales, sino tan internas como las elaboradas por los órganos estatales.

(12) Así, Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969, en vigor desde el 27 de enero de 1980, y al que España se adhirió el 16 de mayo de 1972, y, en su momento, Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, de 21 de marzo de 1986.

En ningún caso podrán celebrarse tratados que contengan estipulaciones contrarias a la Constitución, tal y como señala el artículo 95, precepto que, ante convenios de esta especie, exige la previa revisión constitucional, habilitando al Gobierno y a ambas Cámaras para acudir ante el Tribunal Constitucional al objeto de que se declare formalmente si existe o no contradicción entre el tratado cuya celebración se pretende y la Constitución. Este artículo, capital —según habrá de verse— para entender las relaciones imperantes entre los tratados y las normas constitucionales, viene a añadir una nueva autorización —sólo eventualmente necesaria— a las establecidas en los artículos 93 y 94.1, autorización únicamente obligada en el supuesto de que el Gobierno o alguna de las Cámaras consideren que el tratado a celebrar puede ser inconstitucional y planteen el correspondiente requerimiento ante el Tribunal Constitucional. En este caso, el tratado sólo podrá concluirse si el Tribunal declara que el tratado no es inconstitucional o si, apreciada alguna contradicción entre el convenio y la Constitución, se procede a reformar esta última para que la contradicción desaparezca. Sea como fuere, el artículo 95 hace imposible, en principio, la existencia de tratados incorporados al ordenamiento interno que sean inconstitucionales, ya que resuelve cualquier posible conflicto antes de que pueda plantearse. Con todo, el art. 27.2.c) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional califica a los tratados internacionales como «normas susceptibles de declaración de inconstitucionalidad», lo que supone que la presunción de constitucionalidad que cabría deducir del art. 95 en favor de todo tratado celebrado sin la previa interposición del requerimiento regulado en el art. 78 de la LOTC o, en su caso, mediando declaración negativa del Tribunal Constitucional, no es una presunción *iuris et de iure*. Las dificultades interpretativas del artículo 27 de la LOTC no sólo resultan de la contradicción con la presunción del artículo 95, sino sobremanera del contenido del artículo 96 de la Constitución, dado que, en su virtud, las disposiciones de los tratados «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». Este precepto, baste dejarlo ahora apuntado, exige una muy particular interpretación del artículo 27.2.c) de la LOTC, así como del artículo 39 de la misma norma.

En cualquier caso, celebrado un tratado internacional, éste se incorpora al ordenamiento español una vez publicado en el *Boletín Oficial del Estado* (art. 96), del que sólo dejará de formar parte al ser objeto de denuncia; la denuncia de los tratados, que lógicamente ha de ajustarse en su producción a las condiciones y a los procedimientos previstos en las cláusulas del propio tratado o, en su defecto, a lo estipulado en los arts. 54 y sigs. del Convenio de Viena de 1969, ha de desarrollarse, según dispone el artículo 96.2, a tra-

vés del mismo procedimiento regulado en el artículo 94 para la prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio de convenios. No deja de sorprender que mientras para la prestación de tal consentimiento se prevén tres procedimientos en función del tipo de tratado (autorización por ley orgánica, autorización por mayoría simple y comunicación a las Cámaras por parte del Gobierno), para la denuncia, en cambio, sólo se establezcan los dos últimos. Si no se quiere concluir algo tan absurdo como que para celebrar un tratado de los mencionados en el artículo 93 se requiere, por parte del Gobierno, la autorización de las Cortes mediante ley orgánica y, en cambio, para su denuncia es suficiente un acuerdo por mayoría simple, debe entenderse que los convenios del artículo 93 son irreversibles, como lo prueba el hecho de que los tratados constitutivos de las Comunidades Europeas —para los cuales fue expresamente diseñado el artículo 93 de la Constitución— carecen de cláusulas de denuncia (13).

Una vez incorporados al ordenamiento interno, tanto los tratados como las normas que de ellos eventualmente puedan derivarse necesitan ser adecuadamente localizados. A esta cuestión se dedican las páginas que siguen.

IV. LA CONSTITUCION Y LAS NORMAS INTERNACIONALES

Las normas internacionales —cuya validez en nada depende de la Constitución, sino exclusivamente de las normas del sistema internacional que regulan la producción de normas— sólo son aplicables en el ordenamiento establecido por la Constitución si se integran en su estructura a través de los cauces constitucionalmente establecidos. La primera norma del Derecho interno no fundamenta, pues, la validez de la norma internacional, sino únicamente su aplicabilidad. Una vez integrada, la Constitución no sólo hace suya la norma externa: también pasan a serle propias cuantas normas sucesivas puedan resultar de lo previsto en la primera, y lo hacen, además, en los términos y con las condiciones establecidas en aquélla, de forma que tampoco

(13) Excepto el de la CECA. De otro lado, y según el artículo 56.1 del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados, «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 de retiro, a menos: *a*) que conste que fue intención de las partes admitir la posibilidad de denuncia o de retiro, o *b*) que el derecho de denuncia o de retiro pueda inferirse de la naturaleza del tratado», circunstancias estas dos que no concurren en los Tratados comunitarios. El propio Tribunal de Justicia de las Comunidades se ha referido de manera expresa a la irrevocabilidad de los Tratados en el asunto *Simmmenthal* (Sentencia de 9 marzo 1978); en parecidos términos, Sentencia *Costa/ENEL*, de 15 de julio de 1964.

respecto de ellas actúa la Constitución como condición de validez. Resulta así que la Constitución sólo es norma suprema respecto de las internacionales en tanto que de ella reciben éstas su condición de normas aplicables. Ahora bien: dado que la norma internacional —o, en su defecto, las normas generales del Derecho internacional o las particulares relativas a los Tratados, tales como los Convenios de Viena de 1969 y 1986— decide por sí misma la forma en que *deben ser aplicadas* una vez que los Derechos nacionales las han convertido en *aplicables*, debe entenderse que la supremacía de la Constitución (en punto a la aplicabilidad) sólo es tal en el orden lógico, no en el positivo, toda vez que, en aplicación del principio *pacta sunt servanda*, el ordenamiento internacional antepone a cualquier consideración —incluso al respeto de las normas constitucionales— el cumplimiento de los convenios internacionales (14). Si la Constitución no es causa de la validez de la norma internacional, pero sí condición de su aplicabilidad, y si ésta se verifica aun en el supuesto de contradicción entre una norma internacional y otra incluida formalmente en la Constitución, sólo cabe concluir que las normas internacionales son, desde el punto de vista positivo, normas que se integran en la Constitución a través de los preceptos de esta última que las dotan de aplicabilidad. Sólo así puede resolverse un posible conflicto entre la Constitución y un tratado: la norma constitucional que incorpora a éste en el ordenamiento es una norma de reforma de la Constitución; norma de reforma que, a diferencia de lo que sucede en nuestro caso con los arts. 167 y 168 de la española, no modifica formalmente la Constitución, sino que, o bien altera los posibles contenidos normativos de los preceptos constitucionales —haciendo que éstos deban interpretarse de conformidad con el tratado—, o bien amplía el ámbito constitucional instalando junto a la Constitución propiamente dicha otras normas que, con distinta forma, ocupan su mismo rango (15). En cualquier caso, un tratado celebrado de acuerdo con las previsiones de la Constitución nunca puede ser inconstitucional, ya que su incorporación al ordenamiento es fruto de la actuación de una norma (constitucional) que, permitiendo la integración, reforma a las normas constitucionales con el contenido de las integradas o amplía el ámbito de las normas dotadas de rango (no de forma) constitucional. En definitiva, la superioridad lógica de los artículos 93 a 96 de la Constitución respecto de los tratados internacionales —idéntica a la que disfruta el Título X respecto del resto de la Constitución— no se traduce en una superioridad

(14) En este sentido, arts. 26 y 27 del Convenio de Viena de 1969.

(15) Dejando a un lado el supuesto en el que la Constitución misma decide expresamente incorporar a un tratado en su estructura, como es el caso (aunque sólo lo haga a efectos hermenéuticos) del artículo 10.2.

dad positiva, sino en una igualdad de rango, ya que, de una u otra forma, los tratados son normas constitucionales.

Cierto que con ello se admite la alteración de la Norma Fundamental a través de procedimientos sensiblemente más sencillos que los estipulados en los artículos 167 y 168. Ciertamente también que, así, habría de admitirse que por medio de un simple acuerdo parlamentario se autorizara la celebración de un tratado que modificase preceptos de la Constitución que, como los que van del artículo 15 al 29, precisan para su revisión formal del procedimiento mucho más complicado del artículo 168. Pero no menos cierto que, al igual que el Título X, también el capítulo III del Título III forma parte de la Constitución, lo que obliga a pensar que, por un lado, es la propia Constitución la que permite alterar los artículos 15 a 29 por la vía del artículo 94 (16), y por otro, que, a la luz de los artículos 95 y 168, dicha vía sólo puede utilizarse cuando el objeto de la revisión suponga una afectación accidental de los derechos ya existentes, nunca cuando de lo que se trate sea de reducirlos o desprotegerlos sustancialmente, supuesto éste en el que será inexcusable ajustarse al procedimiento agravado de reforma.

Todo lo dicho descansa sobre una condición elemental: que el tratado se haya celebrado —desde el punto de vista internacional— válidamente (artículo 96). De no ser así, el tratado ni se integra en el ordenamiento ni, obviamente, reforma la Constitución. Ello no obstante, un tratado inválidamente celebrado es una norma aplicable en tanto no concurren dos circunstancias: de una parte, que el órgano jurisdiccional competente [en nuestro caso, el Tribunal Constitucional, artículos 161.1 de la Constitución y 27.2.c) de la LOTC] declare formalmente la invalidez de la celebración en lo que afecta a la formación del consentimiento del Estado (17); de otra, que el Estado proceda en la forma internacionalmente prevista para sustraer la condición de aplicable a un tratado que no ha sido válidamente celebrado (arts. 42 y siguientes del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados).

De la conjunción de ambos requisitos se derivan las pautas a observar en la interpretación de las normas del ordenamiento español que se refieren al enjuiciamiento de la constitucionalidad de los tratados [art. 95 de la Constitución y arts. 27.2.c) y 78 de la LOTC]. Las dos modalidades previstas de control, la previa y la posterior a la celebración del tratado, sólo pueden

(16) El concepto de «normas constitucionales inconstitucionales», al que cabría recurrir para tildar a los artículos 93 y 94 de inconstitucionales, es jurídicamente un imposible. Sobre el particular, cfr. J. L. REQUEJO PAGES: *Jurisdicción e independencia judicial*, Madrid, 1989, pág. 128, nota 6.

(17) Nunca puede referirse el T. C. a la invalidez del tratado, ya que sobre esa cuestión sólo puede pronunciarse el órgano habilitado por el ordenamiento internacional.

articularse, a mi juicio, si no se quiere incurrir en disfunciones, del siguiente modo:

Ambas formas de control han de centrarse en el enjuiciamiento del *procedimiento* seleccionado para la incorporación del tratado internacional (18). Esta vertiente procedimental del control llevado a cabo por el Tribunal Constitucional es evidente en el supuesto del artículo 95, ya que el objeto del recurso previo es, precisamente, determinar si las innovaciones albergadas en el tratado que pretende celebrarse son de tal magnitud y trascendencia para el orden constitucional que su integración en el Derecho interno sólo puede operarse a través de una reforma previa de la Norma Fundamental. No lo es tanto, sin embargo, cuando se trata del control *a posteriori*; tal parece, en efecto, que con este control se trata de enjuiciar la *validez del tratado* a la luz de la Constitución (19), algo imposible si se tiene en cuenta que el tratado sólo recibe de la Constitución su condición de norma aplicable, no de norma válida. Lo único que le cabe al Tribunal Constitucional es pronunciarse acerca de la *validez de la vertiente interna de celebración* del convenio, extremo sobre el que ha de decidir verificando si el procedimiento seguido para manifestar internacionalmente el consentimiento del Estado en obligarse es o no el constitucionalmente obligado (20). Al objeto de determinar cuál sea tal proce-

(18) Debe partirse de la base de que constitucionalmente es factible la celebración de cualquier tratado, incluso de uno que alterara sustancialmente el orden constitucional, siempre que para ello se actúe a través del procedimiento adecuado, que en este último supuesto sería el de la reforma previa de la Constitución a partir del art. 168, procedimiento que permite una reforma «total» frente a la que no cabe oponer, positivamente, ningún tipo de límite, ni expreso ni implícito, por más que sea posible imaginar límites tácitos de orden lógico o político, tal y como señala I. DE OTTO: *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, 1987, págs. 63 y sigs.

(19) Así resulta de la conjunción entre el artículo 27.2.c) —que permite declarar inconstitucional a un tratado— y el art. 39 de la LOTC —que anuda a la declaración de inconstitucionalidad la sanción de nulidad, esto es, la invalidez.

(20) Bien pudiera objetarse a lo anterior que el artículo 27.2 de la LOTC se refiere, por separado, a los tratados (apartado c) y a las normas habilitadas para autorizar la celebración del mismo, ya sean leyes orgánicas [apartado a)] o los acuerdos a que se refiere el artículo 94 de la Constitución [apartado b) «Actos del Estado con fuerza de ley»]. Tal parece, en efecto, que la LOTC permite que el Tribunal Constitucional se pronuncie tanto sobre la validez de la celebración como sobre la del tratado en sí. Sin embargo, si se quieren conciliar los ordenamientos nacional e internacional es inevitable entender que los recursos contra tratados sólo pueden centrarse en la validez de la vertiente interna de la celebración, toda vez que la del tratado no depende del Derecho interno. Además, aun cuando se sostuviera que el art. 27.2.c) de la LOTC permite que el tratado sea declarado inconstitucional, esto es, inválido (art. 39 LOTC), ha de tenerse en cuenta que, con posterioridad a esta Ley Orgánica, ha entrado en vigor —el 27 de enero de 1980— el Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, cuyo art. 42.1

dimiento, el Tribunal Constitucional debe comprobar si el contenido del tratado sólo puede ser asimilado en el ordenamiento español —por afectar a sus presupuestos fundamentales— mediando la oportuna revisión constitucional (supuesto en el que el cauce de integración debiera haber sido el del art. 95), si, por el contrario, no es necesaria la reforma previa, pero sí la autorización mediante ley orgánica, al encontrarse en presencia de una atribución de competencias derivadas de la Constitución que no alcanza a modificar los principios estructurales del ordenamiento (procedimiento del art. 93) o, por último, si —también en razón de la materia— basta la simple autorización parlamentaria (art. 94.1) o la mera comunicación a las Cortes de la conclusión del tratado por parte del Gobierno (art. 94.2). En último término, es el Tribunal Constitucional el que debe decidir, llegado el caso —esto es, si se interpone el correspondiente requerimiento—, cuál es el procedimiento adecuado de incorporación, razón por la cual dependerá exclusivamente de su criterio el que cualquier posible disfunción entre la Constitución y el tratado se califique como merecedora de uno u otro tratamiento a la hora de proceder a incorporar al tratado en el Derecho interno.

Ahora bien: mientras que en el supuesto del control previo la declaración del Tribunal Constitucional produce como efecto la prohibición de celebrar el tratado en tanto no se revise la Constitución, los efectos de las sentencias dictadas con ocasión de recursos interpuestos contra los tratados una vez que éstos forman ya parte del ordenamiento revisten muy peculiares características. En tales sentencias, según se ha dicho, el Tribunal Constitucional no puede pronunciarse sobre la validez del tratado, sino sólo sobre la validez de su incorporación, esto es, sólo puede enjuiciar la corrección jurídica de la actuación de los órganos estatales que han participado en el proceso de formación y manifestación del consentimiento internacional del Estado. Si aprecia que del contenido del tratado se desprende la necesidad de seguir un procedimiento de incorporación distinto del observado, la sentencia del Tribunal Constitucional sólo puede producir la nulidad (art. 39 de la LOTC) de los actos internos de incorporación, así como, necesariamente, la obligación para los órganos competentes (Gobierno y Cortes Generales) de proceder, con arreglo al art. 96.2 de la Constitución, a la denuncia del tratado objeto de controversia, con el fin de que, en aplicación del artículo 46 del

establece que «la validez de un tratado (...) no podrá ser impugnada sino mediante la aplicación de la presente Convención», la cual regula, en sus artículos 65 y sigs., el procedimiento a seguir para declarar nulo un tratado, así como los efectos resultantes de la posible nulidad. Este Convenio de Viena habría supuesto la modificación —en el sentido indicado— del apartado c) del artículo 27.2 de la LOTC (véase *infra*, págs. 56 y siguientes).

Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados (21), se proceda en la forma en que dispone el ordenamiento internacional cuando se pretende que un tratado deje de ser aplicable en un Estado que ya se ha comprometido internacionalmente a observarlo. En tanto no se haya producido tal denuncia y, como consecuencia de la misma, el ordenamiento internacional declare inaplicable el tratado, este último continúa vinculando al Estado y debe, en consecuencia, ser aplicado por sus órganos. Si, finalmente, deja de ser aplicable —algo, insisto, que sólo puede decidir el Derecho internacional (22)—, el tratado dejará de formar parte del Derecho interno (23); si no se consigue tal cosa continuará obligando al Estado, lo que en modo alguno significa que con ello sea posible la pervivencia de un convenio celebrado de forma inconstitucional, sino, simplemente, que no se han dado todos los presupuestos necesarios para calificar de verdaderamente inconstitucional la celebración de un tratado, a saber: que se haya celebrado a través de un procedimiento distinto del constitucionalmente previsto; que tal circunstancia haya sido formalmente constatada por el Tribunal Constitucional, y, por lo que ahora interesa, que la denuncia del tratado haya sido internacionalmente aceptada (24). La ausencia de esta tercera condición subsana así cualquier vicio de procedimiento. Lo que no significa que el Derecho español se vea desautorizado por el internacional, ya que las normas internacionales que imponen esta consecuencia son parte integrante del ordenamiento interno; es este mismo, por tanto, el que produce tal efecto.

(21) De acuerdo con este precepto, parte integrante del Derecho español: «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.»

(22) Con arreglo al procedimiento regulado en los artículos 65 y sigs. del Convenio de Viena.

(23) Los efectos derivados de su aplicación anterior podrían ser revisados por nuevas normas internas, dejando siempre a salvo los efectos con trascendencia internacional.

(24) Del mismo modo que para que una ley sea inconstitucional no basta con que objetivamente contrarie a la Constitución, sino que es, además, necesario que el Tribunal Constitucional declare, mediante sentencia, que la contradicción existe; a esta segunda condición, la celebración de tratados precisa de la que en el texto se menciona en tercer lugar.

V. LAS NORMAS INTERNACIONALES
Y LAS LEYES INTERNAS

Pocas cuestiones suscitan tantas discrepancias como la relativa a la relación existente entre las normas internacionales y las leyes (25). Relación que, a mi juicio, sólo puede explicarse adecuadamente si se parte de un presupuesto no por obvio más advertido: que tanto los tratados válidamente celebrados como las normas de «derecho derivado» son, ante todo, normas del Derecho interno cuyo régimen de aplicabilidad sólo depende del ordenamiento internacional. Así las cosas, es evidente que para determinar el tipo de relación que se establece entre las normas internacionales y las leyes es preciso utilizar un doble criterio: de un lado, el de las consecuencias que sobre la *validez* de las leyes anteriores producen los actos jurídicos internos de integración de la norma internacional; de otro, el de los efectos derivados de la aplicación preferente de las normas del Derecho internacional con respecto a la *aplicabilidad* de las normas internas. Esta diversidad de criterios se explica en razón de las distintas fuentes de validez de las que reciben existencia jurídica las leyes y los tratados, de la coincidencia de ambos tipos de normas en lo que a la causa de aplicabilidad se refiere, así como, por último, en virtud de la dualidad de regímenes de aplicabilidad a los que se encuentran sometidas: la ley, al dispuesto por la Constitución; el tratado y su derecho derivado, al ideado por el ordenamiento internacional y hecho suyo por el Derecho interno.

1. *Las normas internacionales y las leyes anteriores*

Por lo que a la validez de las leyes anteriores se refiere, parece claro que las autorizaciones previstas en los artículos 93 y 94.1 de la Constitución han

(25) Para los internacionalistas sólo puede explicarse en términos de jerarquía, subordinando las leyes a los tratados (por todos, L. I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ: *El proceso de celebración de los tratados internacionales y su eficacia interna en el sistema constitucional español*, Madrid, 1984); entre administrativistas y constitucionalistas, aun cuando se suele desechar el criterio jerárquico, la coincidencia no va más allá de tal rechazo; baste señalar la inclinación, con ciertos matices, en favor del criterio de la competencia defendida, entre otros, por S. MUÑOZ MACHADO en los excelentes estudios publicados en su libro *El Estado, el Derecho interno y la Comunidad Europea*, Madrid, 1986, páginas 202 y sigs., o la preferencia por una combinación entre los criterios de la validez y la eficacia, sostenida por I. DE OTTO: *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, cit., págs. 124 y sigs.

de producir como resultado la modificación o derogación de las leyes pre-existentes que se ocupen de la misma materia que el tratado cuya celebración se autoriza. Es en todo caso la autorización, no el tratado, la que produce tal alteración en la validez (26), ya que ni la existencia jurídica de aquél depende del Derecho interno ni la validez de las normas que integran este último trae causa del tratado, sino sólo de la Constitución, única norma que decide acerca del modo en que se suceden en su ordenamiento distintas normas (internas) válidas o sobre la aplicabilidad de normas (internacionales) que reciben su validez de otro ordenamiento. Este efecto modificador o derogatorio frente a las leyes anteriores se desprende con claridad del artículo 94.1.e), al exigirse la previa autorización de las Cortes para celebrar «tratados o convenios que supongan modificación o derogación de alguna ley» (27). Ello no obstante, y habida cuenta de la pluralidad de procedimientos legislativos recogidos en la Constitución, se plantea el problema de determinar si la forma de la ley anterior que habrá de resultar afectada por el tratado es decisiva para localizar el procedimiento de autorización que ha de seguirse. En efecto, caso de existir leyes orgánicas sobre la materia objeto del tratado, cabe preguntarse si ello hace necesario optar por el procedimiento del artículo 93, esto es, si la autorización parlamentaria ha de tener también forma de ley orgánica, siendo insuficiente la autorización por mayoría simple del artículo 94.1.

Si nada impide que una ley ordinaria sea modificada o derogada por una autorización de ambas Cámaras que requiere para su aprobación el mismo tipo de mayoría, parece, en cambio, un contrasentido que por medio de una autorización de esta especie se derogue o modifique una ley que, como la orgánica, requiere una mayoría más agravada. Sin embargo de lo anterior, dos razones pueden deshacer la aparente contradicción: en primer lugar, el hecho de que el propio artículo 94.1 no haga distinción alguna entre los diferentes tipos de ley a la hora de exigir en su apartado e) la previa autorización por mayoría simple; en segundo término, que el apartado c) del referido

(26) Más correctamente, dicho efecto lo produce el principio positivo del Derecho interno, en virtud del cual la ley posterior deroga a la anterior. Sobre el particular, cfr. J. L. REQUEJO PAGÉS: *Jurisdicción e independencia judicial*, cit., págs. 75 y sigs., en especial págs. 85 a 89.

(27) Lo que implica que la incorporación de un tratado por la vía del artículo 94.2 no afecta en principio la validez de las leyes previas. De haber contradicción entre ambos tipos de normas, el conflicto sólo puede resolverse declarando inválida la celebración del tratado —por demostrarse necesaria la vía del 94.1— y procediendo a la denuncia del Convenio con arreglo a las normas internacionales (véase *supra*, págs. 54 y 55).

precepto hace mención expresa de los «tratados o convenios que afecten (...) a los derechos y deberes fundamentales establecidos en el Título I (de la Constitución)» (28). La primera de las razones parece definitiva: si donde la Constitución no distingue no cabe hacer distingos, es claro que la autorización del artículo 94.1 modifica o deroga cualquier ley anterior; la segunda, por su parte, no sólo exige una nueva interpretación del artículo 81, sino que es además capital para el entendimiento de los artículos 95 y 168, también de la Constitución. ¿Cómo cohonestar tres preceptos constitucionales que establecen tres procedimientos distintos de elaboración de normas relativas a los derechos fundamentales? Para aquellas normas relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, esto es, los enunciados en los artículos 15 a 29 (29), el artículo 81 exige la forma de ley orgánica; si de lo que se trata es de celebrar un tratado que afecte a los derechos y deberes del Título I (arts. 10 a 55), es suficiente la autorización por mayoría simple (art. 94.1); y, por último, es necesario observar el procedimiento complejo de revisión constitucional si se desea afectar al capítulo segundo, sección primera del Título I —arts. 15 a 29— (art. 168). Veamos el modo de poner algún orden en todo esto; al menos, de intentarlo.

Debe advertirse, de entrada, que el procedimiento de reforma del art. 168 está previsto para cualquier revisión de la Constitución que afecte a determinados preceptos de la misma —en lo que ahora interesa, los arts. 15 a 29—, lo que no significa que deba ser utilizado cuando se trate de afectar a los derechos y deberes establecidos en aquéllos. Una cosa es el precepto constitucional que enuncia un derecho o una obligación y otra, muy distinta, el derecho o la obligación en sí mismos considerados. Pues bien: si se quiere reformar el enunciado, ha de estarse a lo dispuesto en el artículo 168, pero si de lo que se trata es de afectar al derecho o al deber albergado en aquél basta con el procedimiento previsto en el artículo 94.1, siempre que la afectación haya de provenir de un convenio internacional. Puede darse, evidentemente, el caso de que un tratado afecte de tal modo a los derechos recogidos en los artículos 15 a 29 que estos preceptos queden en la práctica

(28) Cuanto a continuación se dice en relación a los derechos fundamentales ha de extenderse a todas las materias mencionadas en el artículo 81 de la Constitución. Me centro en estos derechos por ser su afectación por los tratados una de las cuestiones que mayores dificultades plantea a la hora de armonizar los ordenamientos nacionales y el internacional.

(29) En contra, no obstante, de la reducción de tales derechos y libertades a los relacionados en los artículos 15 a 29, cfr. F. RUBIO LLORENTE: «Problemas de la interpretación constitucional en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español», en *Zeitschrift für Wolfgang Zeidler*, Berlín, 1987, págs. 554 y sigs.

vacíos de contenido, alcanzándose así un efecto idéntico al de la revisión constitucional; aquí entrarían en funcionamiento el artículo 95 de la Constitución (exigencia de revisión de la Constitución antes de la celebración del tratado) o, *a posteriori*, el artículo 27.2.c) de la LOTC, de manera que el Tribunal Constitucional, único competente para apreciar hasta qué punto el tratado afecta sólo a los derechos fundamentales —en el sentido del artículo 94.1— o supone en la práctica una afectación de los preceptos constitucionales que los establecen (30) —art. 168—, decidiría en su momento si el procedimiento de incorporación del convenio ha sido o no el adecuado y, en este segundo caso, corresponde, en consecuencia, a las Cortes y al Gobierno proceder a la denuncia (por la vía del artículo 96.2) del tratado para, de este modo, privarlo de aplicabilidad.

Queda una última cuestión: ¿es lo mismo «desarrollar» un derecho fundamental que «afectarlo»? ¿Puede encontrarse en su no identidad un criterio para compatibilizar al artículo 81 con el artículo 94? Para el artículo 81 toda norma de *desarrollo* de los artículos 15 a 29 ha de revestir la forma de ley orgánica; para el artículo 94.1, un tratado que *afecte* a cualquier derecho del Título I (también, por tanto, a los de los arts. 15 a 29) debe ser autorizado en su celebración por mayoría simple de ambas Cámaras. No es éste el momento de abundar en los interrogantes (31), pero sí de apuntar un intento de respuesta, al menos a los efectos que ahora convienen. A mi juicio, debe entenderse que el término «afectar» utilizado en el artículo 94.1 comprende toda regulación del ejercicio de los derechos fundamentales, regulación que, por imperativo del artículo 53.1, ha de realizarse siempre por ley (ordinaria) y que en el supuesto de que se lleve a cabo mediante tratado la celebración de éste nunca precisa —al contrario de lo que sucede en el caso de normas internas relativas a los artículos 15 a 29— de la forma de ley orgánica, sino de la autorización a que se refiere el artículo 94.1, cuya aprobación se obtiene con la misma mayoría que la requerida para elaborar una ley ordinaria. Un argumento de peso parece confirmar la idea: la autorización por ley orgánica sólo está prevista para celebrar tratados «por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución», supuesto en el que no encaja la celebración de un tra-

(30) Algo que quizá debería determinar sirviéndose del criterio del «contenido esencial».

(31) Sobre el particular, cfr. I. DE OTTO: «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución», en L. MARTÍN RETORTILLO BAQUER/I. DE OTTO Y PARDO: *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, 1988, *passim*; F. BASTIDA FREIJEDO: *La libertad de antena*, Barcelona, 1990, págs. 25 y sigs.

tado que desarrolle los artículos 15 a 29 (32). En último término, de la conjunción entre los arts. 53, 81 y 94 de la Constitución resulta lo siguiente: la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales (Título I) ha de hacerse siempre por ley ordinaria o por medio de un tratado celebrado con la autorización de las Cortes Generales; sin embargo, para desarrollar los derechos y libertades de los artículos 15 a 29 es necesaria una ley orgánica en el supuesto de que el desarrollo de tales derechos y libertades se verifique a través de una norma interna, no cuando se realice por medio de un tratado, ya que en este segundo caso basta que la celebración del convenio se autorice por mayoría simple.

En definitiva, y resumidamente, las leyes anteriores a un tratado válidamente celebrado y que lo contradigan son modificadas o derogadas por el acto de autorización de la celebración del convenio.

Sí, además, del tratado en cuestión puede resultar algún tipo de «derecho derivado», la futura incorporación de este derecho al ordenamiento interno supone la modificación o derogación de las leyes anteriores al tratado que no hayan sido ya derogadas o modificadas por el acto de autorización de la celebración de este último. Y ello no porque el derecho derivado produzca *per se* tal efecto (33), sino porque la autorización para celebrar el tratado matriz no sólo modifica o deroga las leyes existentes en el momento de la incorporación del tratado, sino que —debido a que éste decide por sí solo en qué términos y con qué consecuencias se produce el derecho derivado— modifica o deroga también las leyes preexistentes tan pronto como se incorpore la norma derivada. Esta no es causa directa de la modificación o derogación, sino condición establecida por el acto de autorización cuya realización produce como consecuencia el que la ley anterior al tratado sea modificada o derogada por obra de aquel mismo acto en un momento posterior (34).

(32) Sí encajaría si en virtud del tratado se cediera tal competencia de desarrollo a una organización internacional, pero no cuando el desarrollo se verifica en el propio tratado.

(33) No podría hacerlo, ya que entre este derecho y el internamente producido no hay relación directa causa/efecto en punto a la validez de uno u otro.

(34) Se trata de un fenómeno parecido al de la deslegalización, definida por I. DE OTTO: *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, cit., pág. 228, como «una especie de derogación aplazada». En sus palabras, «la deslegalización consiste exactamente en que la ley que la lleva a cabo declara que las disposiciones legales de que se trate quedarán derogadas cuando se dicten los correspondientes reglamentos».

2. *Las normas internacionales y las leyes posteriores.*
Derecho internacional y bloque de la constitucionalidad

Si las relaciones entre las normas internacionales y las leyes anteriores a su incorporación pueden explicarse a partir del criterio de la validez, en la medida en que la de éstas puede verse alterada por obra de los actos internos de integración de las primeras, los efectos de las normas internacionales sobre las leyes posteriores se rigen, en cambio, con arreglo al principio de la aplicabilidad. Del mismo modo que el Derecho interno no condiciona la validez de las normas del Derecho internacional, así tampoco éstas inciden en la validez de aquéllas, razón por la cual, entre ordenamientos cuyos criterios de existencia jurídica en nada se confunden (35), no queda otro remedio que acudir a la idea de aplicación como pauta integradora de sus normas respectivas.

La consecuencia de que una norma internacional no pueda verse afectada en su validez por una norma interna se deriva de la propia Constitución, cuyo artículo 96 establece que las disposiciones de los tratados válidamente celebrados «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». Este precepto, referido, en principio, únicamente a los tratados, ha de entenderse aplicable también al derecho que de éstos pueda resultar, ya que tanto la producción como los efectos del derecho derivado dependen en su integridad del convenio del que traen causa. Esta indisponibilidad del Derecho interno sobre la validez de las normas internacionales no implica la superior jerarquía de aquéllas sobre las normas nacionales; si así fuera, si de jerarquía quiere hablarse, debería concluirse que los tratados son también superiores a la Constitución, dado que aquéllos tampoco pueden ser derogados, modificados o suspendidos por una norma de reforma constitucional (36). Si el tratado es inaccesible a las normas internas —a

(35) Máxime en el caso del Derecho español, ya que en éste —a diferencia, por ejemplo, de lo que sucede en el francés—, la Constitución no atribuye a los tratados una posición de supremacía jerárquica sobre las leyes. Si así fuera, el tratado sería condición de la existencia de las leyes posteriores, convirtiéndose el Derecho internacional —por decisión de la Constitución misma— en parámetro de la validez, y no sólo de la aplicabilidad, de las futuras leyes. Si bien en el artículo 96 de la Constitución española se ha querido ver la confirmación constitucional de la supremacía jerárquica de los tratados, tal precepto —según se verá— no hace sino destacar la autonomía de los Derechos español e internacional en lo que a la validez de sus normas propias se refiere.

(36) Así se desprende del propio artículo 96. Ello permite aventurar la siguiente idea: la reforma de la Constitución está sometida a un límite implícito —el respeto de los tratados en vigor—, de manera que una revisión constitucional de la que resulten

todas ellas—, no es porque aquél disfrute de una posición jerárquica superior, sino simplemente porque sus condiciones de validez vienen impuestas por el ordenamiento internacional, limitándose el interno a decidir acerca de su aplicabilidad. Ahora bien: el Derecho nacional sólo es competente para conferir al tratado la condición de aplicable, siendo de nuevo el Derecho internacional el que determina la forma en que, una vez dotado de tal condición, deben ser aplicadas las normas por él creadas.

Y con arreglo al Derecho internacional, «una parte no podrá invocar las disposiciones de su Derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado» (37), lo que supone que las normas internacionales gozan, en todo caso, de aplicabilidad preferente sobre las internas. Planteadas en estos términos, las relaciones entre los tratados y las leyes se organizan de conformidad con el siguiente esquema:

En atención al principio internacional *pacta sunt servanda*, los tratados vinculan a los Estados que los hayan celebrado en tanto no se decrete internacionalmente su inaplicabilidad. Ello supone que, incorporado un tratado al ordenamiento español, ninguna norma interna puede decidir su inaplicación ni —mucho menos— su pérdida de validez, y ello con independencia de que la norma nacional en cuestión se presente bajo la misma forma que revistió en su momento la norma que permitió la celebración del convenio o de que, incluso, lo haga con la forma que asumió aquélla que permitió su incorporación en el ordenamiento interno (38). No son, pues, de aplicación principios tales del Derecho nacional como el de que la norma superior deroga a la inferior o el de que la posterior deroga a la anterior, y no lo son sencillamente porque dichos principios sólo operan cuando la posible contradicción entre dos normas puede resolverse con arreglo al criterio de la validez por recibir ambas esta condición de una norma jerárquicamente superior.

preceptos constitucionales contrarios a un tratado internacional válidamente celebrado por España exige la previa denuncia de este último. La denuncia (y su aceptación internacional) no sería necesaria para dotar de validez a los nuevos preceptos, pero sí para que pudieran ser aplicables. Resulta así que el poder constituido constituyente aparece como un poder dual, dotado de una vertiente interna (capaz de alterar los procedimientos de producción de normas —internas— válidas), y de una variante internacional (única capaz de decidir la suerte que han de seguir las normas internacionales válidas una vez que han sido declaradas aplicables por la Constitución que ahora pretende revisarse).

(37) Art. 27 del Convenio de Viena sobre Derechos de los Tratados.

(38) Esto es, con forma de norma constitucional, ya que mientras las normas que permiten la celebración del tratado son la ley orgánica (art. 93) o el acuerdo de las Cortes (art. 94), la norma que lleva a cabo la integración es el propio artículo 96 de la Constitución.

De esta suerte, si una ley orgánica posterior a un tratado celebrado por la vía del artículo 93 entra en contradicción con este último, ni el tratado será modificado o derogado por aquella ley ni ésta sólo será válida en la medida en que no contradiga al convenio. Ambas normas serán igualmente válidas, si bien la internacional prevalecerá en su aplicación sobre la interna, por así haberlo decidido el ordenamiento internacional; ordenamiento sólo aplicable en la medida en que el Derecho interno lo decida, pero que ha de ser aplicado de conformidad con sus propias reglas una vez que la Constitución, haciéndolas suyas, las haya incorporado.

Ello ha de producir no pocas novedades en el ámbito interno. Así, una ley —orgánica u ordinaria— cederá en su aplicación (no en su validez) ante un tratado celebrado sin la intervención de las Cortes (art. 94.2) en el supuesto de que ambas normas se ocupen, contradictoriamente, de una misma materia. Este fenómeno, considerado inaceptable desde las concepciones más acusadamente nacionalistas (39), no encierra paradoja de ninguna especie. Se trata de algo que, previsto por la Constitución, forma parte de la lógica interna del Derecho patrio y que, lejos de suponer la inhabilitación perpetua del legislador para ocuparse del objeto del tratado, sólo se traduce en la necesidad de proceder por una vía distinta a la habitualmente utilizada por los órganos legislativos cuando de imponer su voluntad se trata: en lugar de transcurrir directamente por la senda del procedimiento legislativo, ha de recorrerse con anterioridad la de los procedimientos de denuncia diseñados por el Derecho internacional. El camino resulta, con toda evidencia, mucho más largo y sinuoso, pero tal es el trayecto por el que la propia Constitución ha optado al permitir la incorporación del ordenamiento internacional en su estructura (40).

(39) Así, en supuestos de contradicción entre una ley y una norma comunitaria europea, el Consejo de Estado francés entiende que el juez nacional ha de aplicar la ley interna posterior al ser la última manifestación de la voluntad del legislador. Por lo común, sin embargo, la doctrina de la aplicabilidad preferente de la norma internacional sólo suele excepcionarse en la mayoría de los Estados europeos en el caso de leyes posteriores, que, «de forma voluntaria y consciente, contienen regulaciones abiertamente incompatibles con las comunitarias» (S. MUÑOZ MACHADO: *El Estado, el Derecho interno y la Comunidad Europea*, cit., pág. 165, autor que califica a estas leyes como «de secesión o de crisis»). En cualquier caso, la prevalencia del Derecho interno sobre el internacional supone siempre, por más que llegue a hacerse efectiva (y la eficacia en ningún caso es criterio de validez), una violación de normas internacionales incorporadas al Derecho interno y, por ello mismo, una contravención del Derecho nacional mismo.

(40) Nunca se insistirá bastante en la necesidad de tener en cuenta esta circunstancia; celebrar un tratado internacional es, por utilizar una expresión castiza, una

Si las fricciones entre las normas internas y las internacionales no se solventan en términos de validez, sino de aplicabilidad, es obvia la respuesta negativa que merece un interrogante como el que sigue: ¿forman parte los tratados —y, eventualmente, su derecho derivado— del bloque de la constitucionalidad? No se integran en el mencionado bloque porque de éste sólo pueden formar parte aquellas normas que, de algún modo, condicionen la validez de otras normas, esto es, normas a las que la Constitución se haya remitido para la regulación de ciertas materias —que de otro modo habrían de ser disciplinadas a través de normas subsidiarias—, y que en la medida en que crean formas jurídicas de existencia constitucionalmente posible, pero no necesaria, son determinantes para apreciar la validez de normas que, de no existir aquéllas, o bien no podrían crearse (las normas autonómicas), o bien sólo podrían ser enjuiciadas con arreglo al parámetro de la Constitución (las normas del Estado) (41). Nada de esto ocurre con las normas del Derecho internacional, pues en ningún caso condicionan la validez de las normas internas. Estas son siempre válidas —si respetan, claro está, las condiciones constitucionalmente impuestas a su existencia—, concurren o no con normas externas en la disciplina de determinadas materias. Si ello es así, la posible contradicción entre una ley y un tratado se plantea siempre en el terreno de la aplicabilidad, ámbito éste en el que, de acuerdo con la Consti-

cosa muy seria; en ocasiones, optar por un camino sin retorno, como es el caso con los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, normas «irreversibles» y que apoderan a sus propias instituciones con cuantas competencias sean necesarias al objeto de asegurar la consecución de sus fines, tal y como dispone el artículo 235 del TCEC al declarar que «cuando una acción de la Comunidad resulte necesaria para lograr, en el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad, sin que el presente Tratado haya previsto los poderes de acción necesarios al respecto, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión, y previa consulta al Parlamento Europeo, adoptará las disposiciones pertinentes». Esta verdadera cláusula de poderes implícitos, equiparable a la contenida en el artículo 1.8 de la Constitución en los Estados Unidos (auténtico fundamento de la Unión), unida a la definición finalista de los preceptos del Tratado, hacen de la Comunidad Europea una entidad capaz de hacerse en el futuro con todo tipo de competencias. Algo que, si bien se mira, no deja de presentar evidentes similitudes con el proceso de formación de los Estados nacionales europeos, habida cuenta de la trascendencia que para estos últimos tuvieron cláusulas competenciales tan parecidas en su estructura a la del art. 235 como lo fueron la del «bien común» o la de la «paz en la tierra».

(41) En virtud del principio dispositivo que informa la existencia de las Comunidades Autónomas, la inexistencia de Estatutos de Autonomía supondría que no existiría más Derecho interno que el creado por el mal llamado «Estado central». Los Estatutos, pues, existen en virtud de una opción constitucionalmente contemplada, que, por un lado, permite la existencia de nuevos tipos normativos (los autonómicos), y por otro, delimita el ámbito de aplicación de las normas estatales.

tución, no hay otra competencia resolutoria que la del juez ordinario. Ante una ley cuya validez no se discute y un tratado asimismo válido en su celebración, la posible contradicción entre ambas normas tiene que ser solventada por la jurisdicción ordinaria, y tiene que serlo, además, con la aplicación preferente del tratado (42).

Junto a las razones que acaban de exponerse existen otras que lo son a mayor abundamiento. Una norma internacional no puede formar parte del bloque de la constitucionalidad porque, de hacerlo, se constituiría en parámetro utilizable por el Tribunal Constitucional para determinar la validez de las leyes internas, lo que necesariamente supondría que este órgano debería erigirse en intérprete de la norma externa, algo que en modo alguno permite el ordenamiento internacional, conforme al cual la interpretación de los tratados no es tarea que pueda llevarse a cabo unilateralmente por cada Estado, sino sólo por los órganos internacionales competentes (43). Así las cosas, si el juez ordinario se encuentra ante una ley que contradice a un tratado celebrado con anterioridad, sólo está obligado a acudir ante el Tribunal Constitucional en uno de estos dos casos: cuando tiene dudas acerca de la constitucionalidad de la ley por infringir ésta alguna de las normas mencionadas en el artículo 28 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (entre las que no figuran los tratados), o cuando considera que el tratado no se ha celebrado correctamente desde el punto de vista interno (es decir, cuando duda de la constitucionalidad de los actos de integración). De no darse ninguna de tales circunstancias, esto es, operando con una ley válida y con un tratado válidamente celebrado, al juez ordinario sólo se le puede plantear un nuevo interrogante, a saber: si el tratado o la norma internacional contradicha por la ley disfruta o no de validez, cuestión que ha de resolver el órgano internacionalmente competente, que en el caso de las Comunidades Eu-

(42) En realidad, este mismo planteamiento es el aplicable a las relaciones entre el derecho estatal y el autonómico, dado que, en virtud del artículo 149.3 de la Constitución, las normas del Estado «prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas», y además, «el derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas». Ello supone que el Derecho del Estado es siempre válido, aunque no siempre aplicable de manera preferente, con lo que ante un conflicto entre una norma autonómica válida y una ley que no contraría a la Constitución formal, el juez ordinario sería el único competente para resolver la contradicción, decidiendo qué norma debe aplicarse. Sin embargo, el artículo 28.1 de la LOTC, amparándose para ello en el artículo 161.1.d) de la Constitución, ha convertido lo que sería competencia de la jurisdicción ordinaria en cometido de la constitucional.

(43) En el caso de la Comunidad Europea, por el Tribunal de Justicia (art. 177 del TCEC).

ropeas es, según se ha dicho, su Tribunal de Justicia (44), instancia a la que debe dirigirse cualquier órgano jurisdiccional nacional para resolver sus dudas acerca de la validez de las normas europeas. Fuera de estos supuestos, cuando el juez no duda ni de la validez de la ley ni de la del tratado o sus actos de integración, ha de resolver el posible conflicto tratado/ley dando aplicación al convenio. Palidece así el mito, tan extendido, de que las normas con rango de ley —posteriores a la Constitución— no pueden ser inaplicadas por el juez ordinario (45). Este, como verdadero juez internacional que es a estos efectos, viene obligado a aplicar siempre el tratado, aunque para ello deba dejar sin aplicación normas internas, incluso leyes.

Sin otro ánimo que el de participar unas reflexiones poco menos que superficiales, sirva lo dicho como provocación deliberada a una discusión cada vez más necesaria (46).

(44) Órgano que, sin estar integrado en el poder judicial español, ejerce evidentes funciones jurisdiccionales derivadas de la Constitución, lo que le convierte en órgano judicial interno.

(45) Mito un tanto desvahído, ya que sin tener que recurrir al campo de las relaciones entre el tratado y la ley, el ordenamiento español contempla un supuesto de inaplicación judicial de las leyes al permitir que el juez ordinario dé aplicación preferente a la ley del Estado que contradiga a una ley autonómica en materia no atribuida a la exclusiva competencia comunitaria (art. 149.3).

(46) Gracias a la generosidad del profesor Rubió Llorente he podido exponer las ideas que aquí se esbozan en el Seminario de Derecho Constitucional que dirige, junto al profesor Aragón Reyes, en la Universidad Autónoma de Madrid. Como quiera que este artículo ya se encontraba en prensa, no he podido matizar su contenido con las muchas e interesantes observaciones que allí se hicieron. Con todo, y dado que este trabajo no es más que un escaqueo con vistas a una investigación de mayor alcance, todas aquellas observaciones habrán de serme de gran utilidad, particularmente las relativas a la necesidad de profundizar en el concepto de «aplicabilidad» y de precisar cuestiones que adolecen de cierta dificultad (a mi juicio, superable) en su articulación lógica.