

# ORDENACION DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DEL ESTADO EN MATERIA DE TRATADOS INTERNACIONALES: EL DECRETO 801/1972, DE 24 DE MARZO

*SUMARIO:* I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.—II. CONTENIDO DEL DECRETO.—III. APRECIACIÓN CRÍTICA: 1. *Su nulidad.* 2. *Su deficiencia técnica.* 3. *Su inutilidad.*

## I

### PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

La organización interna de las competencias internacionales que el Estado está llamado a ejercer en virtud del llamado desdoblamiento funcional propio de este orden, es tema muy viejo, largamente tratado por la historia de las ideas y de las formas políticas, la dogmática jurídica y el derecho constitucional comparado (1).

El moderno Estado Constitucional de Derecho tiene, como nota esencial, la *dispersión* del poder en una serie de *competencias tasadas* como técnica de realización del *principio de control* y de esta característica, cuya formalización categorial está aún por hacer, no se exceptúa lo que LOCKE denominara poder confederativo, esto es, “la potestad de hacer la guerra y la paz, las ligas y alianzas y en general todas las relaciones con las personas y comunidades ajenas a la República” (*On Civil Government*, II, 146).

En síntesis, la historia constitucional moderna sobre esta cuestión puede resumirse en dos grandes pautas de ordenación: aquella que tiende a asimilar las competencias internacionales del Estado a sus competencias internas sometiéndolas a controles análogos, de modo que, verbi gracia, hacer un tratado equivalga a integrar el “bloque de legalidad”, ya en materias de competencia reglamentaria, en cuyo caso el *treaty making power* corresponderá a la autoridad que ejerce la potestad reglamentaria, ya en materias reservadas a ley en cuyo caso es el poder legislativo quien celebra el tratado o autoriza su celebración; aquella otra tendencia a construir un “Poder Exterior” formalmente determinado por

(1) *Vid.* los esquemas generales y las referencias bibliográficas dadas en el capítulo VII de mi libro *Nacionalismo y Constitucionalismo*, Madrid (Tecnos), 1971.

el ámbito en que se ejerce —las tinieblas exteriores— y que, cualquiera que sea su objeto material, se exceptúa en todo o en parte de los controles internos previstos para el tratamiento de dichas materias en el seno del Estado. La primera aparece históricamente vinculada a la “democratización de la política exterior del Estado” (2); la segunda, al mantenimiento de las competencias del Príncipe en favor de un Ejecutivo configurado como un poder residual tanto desde un punto de vista lógico como histórico (3).

Una y otra tendencia dejan su rastro en el moderno constitucionalismo español: la primera desde el texto de 1812 —con la excepción del Estatuto Real—; la segunda tácitamente en 1808 y 1834, y, expresamente, en las Leyes Fundamentales del Estado Nuevo.

Es interesante señalar que esta dualidad de opciones responde muy lógicamente al principio rector de uno y otro tipo de constituciones. El texto de 1812 —directamente influido por el francés de 1791— y las constituciones de 1837 a 1876 —dependientes del modelo belga de 1831— eran en medida mayor o menor, pero indiscutible, de tendencia democratizadora frente a la situación anterior siempre presente: el absolutismo. Ello es claro respecto de la constitución gaditana y no puede negarse de las constituciones doctrinarias, y menos aún de las radicales, especialmente de la de 1869. Frente a la concentración de poderes en el Rey, se afirma la soberanía nacional a través de una representación doble: las Cortes con el Rey. Por el contrario, las actuales Leyes Fundamentales, como el Estatuto Real y, más aún, la constitución de Bayona, responden al Principio Monárquico, según el cual “el Rey personifica la soberanía nacional” y titular efectivo del “supremo poder político y administrativo”, encuentra únicamente su plena potestad externamente limitada —pero no compartida— por una representación estamental que no empee su condición de “representante supremo de la nación”. Como en tiempos de Vattel —y, también, no se olvide, de Rousseau— las relaciones del Estado con terceros corresponden únicamente al Príncipe (4).

En efecto, la Ley de Cortes de 1942 y la Orgánica del Estado de 1967 responden, en materia de derecho constitucional internacional, a la idea del “Poder Exterior”, de la que ya hay abundantes muestras en nuestro ordenamiento. Cualquiera que sea su objeto material, la acción exterior del Estado cambia de naturaleza, dirá uno de los teóricos de esta concepción (5), y, tan metafísica afirmación (¿Qué es la naturaleza?) supone, prácticamente, que dicha actividad estatal se configura como una parcela exenta de control, tanto jurisdiccional (artículo 2, b) de la Ley de Jurisdicción Contenciosa de 1956) como político. Así, verbigracia, la reser-

(2) Vid. BARTHELEMY, en “Rec. des Cours”, 59 (1937-I), pp. 419 y ss.

(3) Vid. VOLGAST, en “Rec. des Cours”, 60 (1937-II).

(4) El entrecomillado procede del artículo 6 de la Ley Orgánica del Estado de 1967. Sobre la soberanía monárquica y las Cortes estamentales Vid. mi libro *El Principio Monárquico*, Madrid (Edicusa), 1972.

(5) LUNA, *El Poder Exterior*, en el libro colectivo “Las relaciones internacionales en la era de la guerra fría”, Madrid (Instituto de Estudios Políticos), 1962

va de ley que hace preceptiva la elaboración y —salvo el caso de *referéndum* (6)— la aprobación del proyecto por las Cortes antes de su sanción por el Jefe del Estado cede, cuando las mismas materias son reguladas mediante tratado internacional, ante una mera intervención consultiva de aquella Cámara. “Las Cortes serán oídas...”, decía el primitivo artículo 14 de su Ley Constitutiva, y, salvando el excepcional supuesto del artículo 14-I, la misma fórmula se repite tras las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica del Estado. Sobre este carácter meramente consultivo del control de las Cortes respecto del ejercicio del *treaty making power*, en el que reiteradamente ha insistido el Consejo de Estado, no parece haber discusión alguna

Aun este débil control que las Cortes ejercen de modo asaz benévolo (7), no se extiende, según las Leyes Fundamentales, a todos los tratados que versen sobre materias que en el orden interno sean de competencia de las Cortes, sino tan sólo a aquellos que sean celebrados mediante el clásico procedimiento de firma más ratificación, con exclusión de los

(6) Compárese el artículo 1 de la Ley de las Cortes con el artículo 1 de la Ley de Referéndum de 1945 y el artículo 65-I de la Ley Orgánica del Estado de 1967. Cfr. *El Principio Monárquico*, pp. 91-93.

(7) Desde su creación en 1942 hasta la fecha —junio de 1972— las Cortes nunca han dictaminado en contra de una ratificación. Sobre el estilo de su trabajo los “Diarios de Sesiones” ofrecen una glosa tan autorizada como elocuente a los preceptos del Reglamento. Sirva de ejemplo el de la sesión del 9 de junio de 1972 (“Boletín Oficial de las Cortes Españolas. Diario de Sesiones de las Comisiones, Comisión de Asuntos Exteriores”, Legislatura X, núm. 2).

Artículo 69 del Reglamento de 15 de noviembre de 1971: “... se reunirá la ponencia...”: artículo 70: “la ponencia emitirá su informe...”.

*Diario* de la sesión mencionada (p. 5-b). El señor OREJA (de la ponencia), al discutir el tratado entre los Gobiernos de España y de Dinamarca relativo a la ejecución de las sentencias penales, pide que quede sobre la mesa para que la ponencia lo estudie.

“El señor Presidente: ¿Sabe el señor Oreja si están conformes o no los otros ponentes con su propuesta?”

El señor OREJA (de la Ponencia): No lo sé.”

Artículo 73 del Reglamento citado: “Seis días antes, como mínimo, de la reunión del Pleno de la Comisión, el informe de la Ponencia quedará a disposición de los Procuradores en la Secretaría de las Cortes. Asimismo se remitirá a los miembros de la Comisión y primeros firmantes de las enmiendas el informe de la Ponencia y copia de las enmiendas presentadas”.

*Diario* de la sesión mencionada (p. 3-a), al debatir el Convenio Europeo acerca de la información sobre el derecho extranjero:

“El señor SANZ ORRITO: Estoy conforme con el informe de la Ponencia que no conozco, porque no me ha llegado, pero me ha convencido.”

Artículo 99 del Reglamento citado: “Las propuestas de no ratificación o de reserva a los tratados y convenios internacionales ... se tramitarán como enmiendas a la totalidad...”.

*Diario* de la sesión mencionada (p. 11-b):

“El señor Presidente: “... lo único que puede hacer esta Comisión es elevar al Gobierno estas peticiones, pero no está en nuestras manos rectificar ninguno de los proyectos, hay que aprobar o denegar la ratificación de los acuerdos. Desgraciadamente es una limitación que tiene esta Comisión para sus trabajos, pero, al mismo tiempo, es una cierta ventaja que nos permite el que estas sesiones sean breves y terminen pronto.”

concluidos a través de cualquier otro procedimiento internacionalmente válido. La práctica gubernamental es, en este caso, una interpretación auténtica de la Ley, puesto que al actual Jefe del Estado-Caudillo autor de la Ley, "corresponden de modo permanente todas las funciones del Gobierno", y esta práctica gubernamental ha entendido que tratados internacionales tan importantes como los celebrados con los Estados Unidos en 1953 —señor MARTÍN ARTAJO—, en 1963 —señor CASTIELLA— y 1970 —señor LÓPEZ—, concluidos en forma simplificada y, en consecuencia, válidos por la sola firma y exentos de ratificación, no requerían el previo dictamen de las Cortes (8).

Esta pauta podrá ser o no políticamente criticable, pero, en todo caso, es lógicamente coherente. Podrá llevar a la quiebra material de la reserva de ley, pero resulta dogmáticamente invulnerable una vez que se sabe —y debería saberse desde hace mucho tiempo— que ley y tratado son, formalmente, equivalentes pero diferentes (9).

Sin embargo, la confusión de ideas imperante, de la que es buen ejemplo el "entendimiento turbio" al que se refiere la exposición de motivos del Decreto que voy a examinar, ha dado lugar a que la práctica española responda sólo parcialmente al derecho constitucional estricto y siga frecuentemente cauces incoherentes cuando no manifiestamente ilegales. Tal es la situación que ha pretendido remediar el Decreto 801/1972, de 24 de marzo (*Boletín Oficial del Estado* de 8 de abril).

## II

### SÍNTESIS DEL CONTENIDO DEL DECRETO

Tras su Exposición de motivos, el Decreto en cuestión comprende treinta y cuatro artículos agrupados en siete títulos y una disposición final.

En el título I, además de reiterar la atribución de la ordenación administrativa en materia de tratados internacionales a la competencia del Ministerio de Asuntos Exteriores se reproducen algunas definiciones de la Convención de Viena de 1969 relativa al derecho de los Tratados; el título II regula la representación internacional de España en materia de celebración de Convenios; el título III se ocupa de la negociación, adopción y autenticación de los tratados; el título IV de la firma; el título V de la ratificación; el título VI de la adhesión; el título VII del Registro y Publicación. Por último, la disposición final autoriza al Ministerio de Asuntos Exteriores "para adoptar cuantas disposiciones sean necesarias" a su aplicación.

(8) He analizado la práctica española en un largo estudio al que me remito una vez por todas y del que esta crónica puede considerarse continuación. [*En torno al artículo 14 de la Ley de Cortes (Contribución al estudio del Poder Exterior)*, en "Boletín Informativo de Ciencia Política", núm. 8, diciembre 1971, pp. 51 y ss.]

(9) *Vid.* MESTRE, en "Rec. des Cours" (1931-IV), pp. 237 y ss.

Tres son los rasgos fundamentales del Decreto resumido. En primer lugar una fidelidad —literal, pero parcial— a la Convención de Viena, codificación del derecho internacional en la materia y que, por lo tanto, tiene una validez general aunque España no sea todavía parte en la misma. Dicha fidelidad es patente en los títulos I, II y VII. En segundo lugar, un sano criterio centralizador de las relaciones internacionales de España a través del Ministerio de Asuntos Exteriores. Por último, la pretensión de articular la iniciativa de dicho Departamento, con las previsiones de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y las competencias que a las Cortes atribuye el artículo 14 de su Ley Constitutiva y al Jefe del Estado, tácitamente, la práctica secular y la Ley Orgánica del Estado.

En los tres procedimientos de conclusión de tratados que el Decreto comentado contempla, firma simple, firma más ratificación, y adhesión, la pauta constante es: solicitud por parte del Ministerio al Consejo de Ministros para proceder a la firma y a la adhesión (arts. 13, 16-2; 23), autorización por parte de este órgano (*Ib.*), envío a las Cortes cuando el tratado a ratificar o al que se proyecta la adhesión verse sobre materias de su competencia (arts. 18-1 y 24-1), extensión por el Ministerio de Asuntos Exteriores del instrumento de ratificación o, en su caso, de adhesión (arts. 19-2 y 24-2), firma del mismo por el Jefe del Estado (*Ib.*) (10), depósito de dicho instrumento a iniciativa del Departamento de Asuntos Exteriores (arts. 18-3 y 24-3), registro del tratado en las Naciones Unidas por cuidado del citado Departamento (art. 28) y publicación de aquél en el *Boletín Oficial del Estado* (art. 29).

### III

#### APRECIACIÓN CRÍTICA

El objeto de esta breve crónica no pretende ser la glosa de cada uno de los preceptos mencionados, sino, más bien, resaltar algunas de las más características peculiaridades de la norma: en primer lugar, su *nulidad*; en segundo término las graves *deficiencias técnicas* que en ella concurren, y, por último, su *inutilidad*.

- 1. Desde un punto de vista formal, el primer reproche que puede dirigirse al mencionado Decreto es la nulidad, ya por carecer de un requisito esencial —la audiencia previa del Consejo de Estado, prevista respecto de “los reglamentos para la ejecución de las leyes” (art. 10-6, LRJ)—, ya por exceder el ámbito de la competencia reglamentaria, ya, como es más probable, por incurrir en ambos defectos.

(10) No se hace, sin embargo, mención de la preceptiva asistencia del Consejo del Reino (artículo 10, a/) en el supuesto del artículo 9, a/ de la Ley Orgánica del Estado (artículo 14-I de la Ley de las Cortes).

En efecto, no parece dudoso que el Decreto comentado contiene un reglamento, entendiéndose por tal una disposición de categoría inferior a ley dictada por la Administración. Ahora bien, de las múltiples clasificaciones que de los reglamentos pueden hacerse aquí interesa tan sólo retener una, la que distingue entre los reglamentos ejecutivos de las leyes y reglamentos independientes, esto es, aquellos que en expresión del Consejo de Estado no buscan “ejecutar directa e inmediatamente una disposición legal” (11).

Según una doctrina del Consejo de Estado, tan reiterada como autorizada, se consideran como reglamentos ejecutivos los que tengan por finalidad “establecer normas para el desarrollo, aplicación y ejecución de una ley o de una disposición u ordenamiento de rango superior al Reglamento” (12). De acuerdo a esta definición, el Decreto estudiado contiene un Reglamento de esta clase, puesto que se dicta para desarrollar, aplicar y permitir la ejecución de lo previsto en una Ley Fundamental, la Constitutiva de Cortes, y en una Ley ordinaria, la de Régimen Jurídico de Administración del Estado que, como recuerda la Exposición de Motivos, establecen las normas básicas sobre el control interno en el procedimiento de celebración de tratados internacionales.

Ahora bien, los reglamentos “para la ejecución de las leyes”, entre los que puede contarse el que sirve de tema a este trabajo, requieren como trámite esencial la audiencia previa del Consejo de Estado. Así lo preceptúa, siguiendo una tradición constante, la Ley Orgánica de dicho Alto Cuerpo de 1944 (art. 17,6) y lo reitera, de modo más claro y terminante la de Régimen Jurídico de 1957 (artículo 10,6). Como el propio Consejo ha señalado en una Moción verdaderamente luminosa (13), las diferencias terminológicas entre ambos preceptos no expresan ninguna divergencia en cuanto al fondo y, caso de haberla, habría que estar a la norma posterior, esto es, a la Ley de Régimen Jurídico que exige la audiencia previa del Consejo respecto de todos los Reglamentos de la Administración del Estado dictados “para la ejecución de las leyes”.

Curiosamente, el Decreto estudiado hace en su Exposición de Motivos reiterada mención de una consulta previa del Consejo y, por el contrario, no contiene la obligada fórmula —“de acuerdo con” u “oído el”— que expresa si la norma se ajusta o no al parecer del mencionado órgano consultivo (art. 142, Reglamento Orgánico de 1945). Esta aparente incongruencia responde a un grave error de procedimiento. Efectivamente, la Administración activa solicitó dictamen del Consejo —primero de la Comisión permanente y después, haciendo uso de lo previsto en el artículo 23 de su Ley Orgánica, del Pleno—, pero ambas consultas versa-

(11) Dictamen número 26.858, de 22 de diciembre de 1960 (*Vid.* “Recopilación de Doctrina Legal 1960-1961”, Madrid, 1967, p. 61).

(12) Dictamen número 18.987, de 8 de junio de 1956 (*Vid.* “Recopilación de Doctrina Legal 1955-1956”, Madrid, 1960, p. 198).

(13) Moción sobre interpretación y desarrollo de los artículos 17,6, de la Ley Orgánica del Consejo de Estado, y 10,6, de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (*Vid.* “Recopilación de Doctrina Legal 1968-1969”, Madrid, 1972).

ban sobre una cuestión abstracta referente a “la tramitación que debe darse a las adhesiones a los convenios internacionales”, algo bien distinto de un proyecto de Reglamento. Que para formarse un criterio la Administración activa solicite un dictamen en uso de las facultades que siempre tiene de hacerlo (art. 20, Ley Orgánica de 1944) no le excusa de recurrir al dictamen preceptivo cuando sobre el mismo punto pretende dictar un reglamento ejecutivo (art. 17,6, *Ib.*). Baste pensar, por una parte, en que el extremo consultado en abstracto —tramitación de las adhesiones— y el objeto del Decreto —ordenación de la actividad de la Administración del Estado en materia de tratados internacionales— no coinciden al ser éste mucho más amplio que aquél, y, de otro lado, en que la intervención del Consejo en materia de reglamentos ejecutivos se justifica, fundamentalmente, como control interno de la legalidad, imposible de ejercer si no es sobre el proyecto de norma en cuestión. Ambas consideraciones tienen una raíz común: una cosa es el asesoramiento técnico de la Administración activa en cualquier cuestión, tanto de gobierno como de administración, desde una perspectiva formal o material, mediante consideraciones de oportunidad o de legalidad, que el Consejo puede ejercer y de hecho ejerce, y otra el control sobre la legalidad formal de ciertas parcelas de la actividad administrativa, entre ellas el ejercicio de la potestad reglamentaria “para la ejecución de las leyes”, que por imperio de la ley le compete preceptivamente.

La existencia de la previa consulta facultativa a que hace referencia la Exposición de Motivos del Decreto no suple la falta de audiencia preceptiva del mismo sobre el proyecto de Decreto, y de ello resulta que éste carece de un requisito que la jurisprudencia del Tribunal Supremo considera esencial y de orden público (S. T. S. de 30 de marzo de 1968) y no convalidable, según el principio general sentado respecto de las consultas preceptivas por el artículo 53,5 de la Ley de Procedimiento Administrativo. El Decreto en cuestión es, por lo tanto, nulo.

Cabría, sin embargo, otra interpretación no carente de apoyos. En la medida que el Decreto pretende “dictar una disposición... que ordene de forma precisa la actividad de los órganos de la Administración española en materia de tratados internacionales” (Exposición de Motivos), podría pensarse en que el legislador intenta crear una normativa independiente de la ley; esto es, que se trata de un ejercicio autónomo o *praeter legem* de la potestad reglamentaria, exento de la consulta preceptiva al Consejo de Estado. Aunque, como se verá más adelante, algunos preceptos del Decreto avalan esta interpretación, no me parece aceptable, por excesivamente descabellada, al suponer la ordenación por vía reglamentaria y al margen de las normas reconocidas como fundamentales del funcionamiento de las instituciones constitucionales del Estado. Sin embargo, aun de aceptarse, no se escaparía a la tacha de nulidad. En efecto, por ser el tema del control de las Cortes sobre el Poder Exterior algo que afecta a la ordenación político jurídica de las instituciones del Estado (art. 10 g), Ley de Cortes) es materia de ley (cf. art. 24, LRJ) de

competencia del Pleno, de aquéllas y su regulación administrativa a falta de habilitación específica o previa deslegalización, inexistentes en este caso, estaría afectada por la sanción de nulidad prevista en el artículo 41 de la Ley Orgánica del Estado.

Sin embargo, no debe de excluirse una solución ecléctica y mantener la nulidad por ambas razones. El Decreto en cuestión contiene un Reglamento ejecutivo que carece de un requisito esencial —la previa audiencia del Consejo de Estado— y, además, como después se verá, infringe una reserva de ley.

2. En cuanto a las deficiencias técnicas arriba enunciadas, son fundamentalmente dos. Su percepción sólo es posible a través de cierta finura dogmática que, comprensiblemente, escapó a los redactores del Decreto, pero, como en tantas otras ocasiones, los errores teóricos suelen acarrear graves inconvenientes prácticos.

En primer lugar, la norma estudiada se mantiene aferrada a la concepción, ha tiempo caduca, de la no equivalencia material entre las diversas formas de conclusión de tratados. En otras palabras, la mente del reglamento supone que a la ordenación convencional de materias de distinto relieve corresponden diferentes formas de celebración de los convenios. Esta concepción no corresponde al estado actual de la práctica internacional —a cuyas exigencias alude, sin embargo, la Exposición de Motivos—, fue expresamente abandonada por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas al elaborar el texto de la Convención de Viena de 1969 —citada como fuente de inspiración en el mismo texto— y es radicalmente contraria a la práctica española posterior a 1939. Sin embargo, es claramente la concepción del legislador que reserva la forma simplificada a través de la sola firma a la celebración de aquellos tratados que versen sobre materias ajenas a la competencia de las Cortes (art. 15,6), del legislador que, en contradicción consigo mismo (véase el artículo 24 en relación con el 17), exige la celebración mediante el trámite de ratificación “cuando el tratado por la materia objeto del mismo requiera la intervención de las Cortes” (art. 17,1), del legislador, en fin, que equipara formalmente los instrumentos de ratificación y adhesión (art. 24).

En resumen, el Decreto parte de la idea de que existe una fórmula general para la conclusión de tratados, utilizada en las ocasiones importantes: la firma más la ratificación. Esta idea, válida el pasado siglo, no corresponde hoy a la realidad de la práctica, del derecho y de la doctrina (14). Por razones que la razón ignora, equipara a esta forma solemne la adhesión. Por último, de las innumerables formas simplificadas, regula tan sólo la firma que destina a la conclusión de tratados de importancia secundaria, puesto que no podrán afectar materias de competencia de las Cortes.

No parece dudoso que semejante jerarquización formal por razón del objeto material carece de sentido atendiendo al estado del Derecho

(14) Vid. “Anuario de la Comisión de Derecho Internacional”, t. XI, p. 32-a.

internacional vigente y de la práctica española y, por ello, es susceptible de crear graves inconvenientes técnicos. Piénsese, por ejemplo, en la exigencia del artículo 15, según el cual “el consentimiento de España en obligarse por un tratado se manifestará mediante la firma de su representante cuando... b), el tratado, por la materia objeto del mismo, no requiera la intervención de las Cortes a los fines de lo dispuesto en el artículo catorce de su Ley Constitutiva”. Es decir, la posibilidad de recurrir o no a la firma se remite, a través de lo previsto en el artículo 14 de la Ley de Cortes, a que el objeto del tratado no afecte a las materias enumeradas en los artículos 10 y 12 de dicha ley fundamental. Ahora bien, según el artículo 12 mencionado, la determinación de las materias en cuestión depende de la decisión de una Comisión de las propias Cortes —la Comisión de Competencia Legislativa—. ¿Cuál será, entonces, el criterio que deberá seguir la Administración exterior para asegurarse de si puede o no celebrar un tratado en forma simplificada por la sola firma? La mera autorización del Consejo de Ministros es, a estos efectos, irrelevante, porque la Comisión de Competencia Legislativa —cuya mediatización por el Gobierno es, a todas luces, impensable— podría siempre reclamar la materia objeto del tratado hacia la esfera de nuestra flotante reserva de ley. ¿Debería, pues, el Ministerio de Asuntos Exteriores, antes de celebrar un tratado en forma simplificada, consultar a dicha Comisión? El trámite, sobre el que nada está previsto, parece, además, un tanto extraño.

Esta complicación, mero ejemplo de otras muchas posibles, proviene de la técnica utilizada para realizar el principio de control. Las constituciones en este punto más perfectas, aseguran el control de las Asambleas, extendiendo su intervención a todos los tratados, cualquiera que sea la forma de su celebración y en atención solamente a su materia. Tal es el caso de las cláusulas generales de la Ley Fundamental alemana, entre otras, o la proyección de la reserva negativa de ley y la competencia reglamentaria de principio en el ejercicio del *treaty making power* según es propio del constitucionalismo filo-francés posterior a 1958. Incluso en la vieja constitución gaditana de 1812 se encuentra una fórmula igualmente perfecta (15).

En España este camino es claro que aparece cerrado por la arcaica fórmula de 1942, reiterada en 1967, que hace de la ratificación supuesto para la intervención de las Cortes. Por ello nuestro legislador, aunque en otros pasajes del mencionado Decreto prescinda de tales escrúpulos

(15) Constitución de la República Federal Alemana: Ley Fundamental de 23 de mayo de 1949, artículo 59-2: “los tratados que regulan las relaciones políticas de la Federación o que se refieren a materias reservadas a la legislación federal requieren, según los casos, la aceptación o el concurso de las Asambleas legislativas federales, en forma de leyes federales. Para las convenciones de orden administrativo, se aplican por analogía las disposiciones relativas a la administración federal”. La constitución de 1812, con fórmula perdida en los textos posteriores, al someter la autoridad del Rey a previa autorización de las Cortes no se refería a ninguna fórmula concreta de conclusión de tratados, sino, en general, a “hacer alianza ofensiva ni tratado” y a “obligarse” convencionalmente (artículo 172. 5 y 6).

—y ello es aún defecto más grave— en este caso se consideró obligado a garantizar el control por otro camino: la afectación de las diversas formas de conclusión de tratados a la reserva de ley. Desgraciadamente olvidaba que la reserva de ley, tal como aparece —si es que aparece (16)— en el artículo 12 de la Ley de Cortes no es una magnitud determinada y, en consecuencia, no es posible el ajuste entre categorías heterogéneas. Los olvidos de este tipo son evitables atendiendo a una elemental norma de prudencia: las deficiencias de las normas constitucionales no deben de tratar de corregirse por vía de reglamento.

La segunda muy grave deficiencia se refiere a la intervención de las Cortes en los supuestos distintos al de la ratificación, único previsto en su Ley Constitutiva. El Decreto comentado no sólo recoge lo dispuesto en el mencionado artículo 14, sino que atribuye a las Cortes las mismas potestades en el supuesto de la adhesión a tratados ya existentes, y ello puede obedecer a uno de estos dos razonamientos: bien el Decreto pretende desarrollar lo que ya se encuentra implícito en la Ley Fundamental; bien el Decreto pretende atribuir a las Cortes una nueva potestad. La primera explicación responde a la concepción de la disposición analizada como un reglamento ejecutivo en la versión antes dada; la segunda, a su concepción como un reglamento autónomo.

Atendiendo a la primera interpretación puede considerarse que el legislador ha entendido que “ratificación” en el texto de las Leyes Fundamentales equivale a toda aprobación suficiente para obligar convencionalmente al Estado y, por lo tanto, es un término genérico que cubre, entre otros supuestos, tanto la ratificación en su estricto sentido técnico como la adhesión. Tal parece ser la doctrina mantenida por el Consejo de Estado en el dictamen al que hace alusión la Exposición de Motivos del Decreto. Ahora bien, dicho razonamiento es incongruente desde dos puntos de vista, aun sin salirse de la misma lógica interna de la norma.

Por una parte, si “ratificación” en la Ley de Cortes no se utiliza en sentido técnico estricto, sino como una categoría genérica, debería abarcar no sólo los supuestos de ratificación —en sentido propio— y de adhesión, sino toda forma de obligar convencionalmente al Estado y, entonces, no se comprende por qué el Decreto excluye de la intervención de las Cortes, a través del complicado artilugio más atrás criticado, los tratados celebrados en forma simplificada.

De otro lado, y éste es el argumento fundamental, el Decreto se refiere a la Convención de Viena y pretende ajustarse literalmente a ella en cuanto que contiene “las principales normas sobre el derecho de los tratados” (E. de M.). De acuerdo a esta Convención se entiende por ratificación “el acto internacional así denominado por el cual un Estado establece en el plano internacional su consentimiento de obligarse por un tratado” (art. 2.b), es decir, se toma “ratificación” en su estricto sentido iusinternacionalista. Esta acepción, única jurídicamente relevante a la

(16) Un buen resumen de las posiciones doctrinales fundamentales por L. MARTÍN-RETORTILLO, en esta REVISTA, núm. 39 (1962), pp. 295 y ss.

que constantemente responde la práctica internacional española, la consagra el mismo Decreto (art. 16). ¿Con qué base puede, por lo tanto, pensarse que el reglamento supone que el mismo término tenga una acepción distinta en el artículo 14 de la Ley de Cortes? Las consecuencias de romper la unidad de significado de "ratificación" en los órdenes interno e internacional son graves y las he puesto de relieve en otro lugar, pero aquí basta con señalar que su admisión supone una antinomia en el seno del propio Decreto estudiado. Si el Consejo de Estado, en la consulta mencionada en la Exposición de Motivos, mantuvo criterio tal, el disparate se duplica, pero, claro está, que no se remedia.

Todo indica, por lo tanto, que el reglamento en cuestión no trató de desarrollar las potestades de las Cortes ya contenidas en su Ley Constitutiva. No dedujo el control sobre la adhesión del control sobre la ratificación entendida genéricamente como forma de ejercicio del *treaty making power*, y el argumento es muy simple: del análisis del concepto de "ratificación" el legislador no dedujo "adhesión", primero, porque de hacerlo hubiera deducido las diversas formas simplificadas de conclusión de tratados, entre ellas la sola firma, y, segundo, porque el mismo legislador y en la misma norma (art. 16) utiliza "ratificación" en un sentido técnico, el que le da la práctica internacional y consagra la Convención de 1969, que no es analítico sino sintético respecto a las otras formas de celebración de tratados. La configuración de la adhesión como figura análoga (art. 24,1) e incompatible (art. 22,b) con la ratificación avala esta interpretación.

Ello obliga a buscar el fuste lógico de la norma en la segunda de las interpretaciones más atrás enunciadas: la atribución de una nueva competencia a las Cortes consistente en ser oídas para la adhesión de tratados que versen sobre materias de su competencia.

Ahora bien, ello supone que las competencias de las Cortes—obvia materia de la ley y aun de Ley Fundamental— se alterarían, aumentándolas hoy, reduciéndolas mañana, mediante el simple ejercicio de la potestad reglamentaria inherente a la administración. Lo que, de adoptarse este criterio, quedaría del principio de seguridad jurídica, de su principal baluarte, la jerarquía normativa (art. 17 del Fuero de los Españoles) y de alguna consecuencia capital del mismo, la prohibición a la Administración de dictar disposiciones contrarias a las leyes ni regular aquellas materias que sean de la exclusiva competencia de las Cortes (art. 40-I, Ley Orgánica del Estado), y en este caso de la nación (art. 10, Ley de Sucesión), no sería mucho. Felizmente, la ley sanciona con la nulidad este tipo de atentados (art. 40-II, Ley Orgánica).

Las pretensiones constituyentes de la Administración no excederían el campo de lo meramente anecdótico si, además, no respondiesen a una tendencia de nuestra vida jurídica en los últimos años: la deslegalización por vía de remisión llevada a unos límites difícilmente superables.

Las leyes—una cuidadosa estadística y posterior análisis de los enunciados normativos lo demuestra hasta la saciedad— suelen ser, en la reciente práctica española, normas vacías que se remiten a la potestad re-

glamentaria en todo lo necesario para su aplicación, es decir, en todo lo sustancial que requiere para su ordenación una norma con efectivo contenido. Los reglamentos ejecutivos, haciendo aprecio omiso de la reiterada doctrina del Consejo de Estado, repiten con harta frecuencia las mismas prescripciones legales, produciéndose con ello una indefinida remisión a la autoridad ministerial que se ejerce no ya por vía reglamentaria, sino por vía de circulares e instrucciones. Si el orden administrativo interno tiende a normativizarse, esto es, a convertirse en un orden jurídico (17), el bloque de legalidad, a su vez, queda a merced de las instrucciones de servicio. Del principio de legalidad se pasa, de esta manera, al principio de jerarquía..., no de las normas, sino de las autoridades y agentes.

Esta tendencia a la hipertrófica deslegalización por vía de remisión amenaza ya el ámbito constitucional. En fórmula desdichada, el Reglamento de las Cortes de noviembre de 1971 —dictado en virtud de la disposición adicional de su Ley Constitutiva— reconoce a esta Asamblea "... las demás atribuciones que les confieren las Leyes Fundamentales y normas que las desarrollen" (art. 1,2) y los problemas surgen inmediatamente. En primer lugar, ¿es admisible que las competencias de las Cortes, establecidas en leyes de rango fundamental, puedan ser aumentadas —y, por lo tanto, también disminuídas— a través de normas de rango inferior? ¿Es admisible que ello ocurra por el juego de un precepto —el mencionado artículo 1,2 del Reglamento— que o no quiere decir nada o, por decir esto, infringe lo previsto en el artículo 10 de la Ley de Sucesión —en cuanto a la forma— y el mismo principio de jerarquía normativa consagrado en el artículo 17 del Fuero de los Españoles —en cuanto al fondo—? Porque, no nos engañemos, si las normas no fundamentales pueden modificar las competencias de las Cortes, éstas no son ya —únicamente— las previstas en su Ley Constitutiva y otras fundamentales; esto es, modificar las competencias de las Cortes equivale a innovar el orden institucional y hacerlo por ley ordinaria supone terminar con la categoría jerárquica de Leyes Fundamentales. Por último, ¿cuáles serían estas normas de desarrollo? ¿Solamente leyes de rango ordinario, como las Orgánicas del Consejo del Reino y del Consejo Nacional, o también normas de rango inferior a ley como el Reglamento analizado en esta crónica? De acuerdo al enunciado del artículo 1,2 del Reglamento de Cortes, nada impediría entender que se trata, en tal caso, de una norma "para la ejecución de las leyes" —en este caso Fundamentales— puesto que pretende, en una especie de "hibrys" administrativa, desarrollar y completar la Constitución.

3. Por último, el Decreto en cuestión adolece de un defecto garrafal: es inútil. Esto es, dada la insuficiencia de los supuestos previstos, no sirve para cumplir la finalidad que dice proponerse: ordenar "todo el complejo proceso de celebración de tratados" (E. de M.).

(17) El tema es clásico desde la tesis de RIVERO (*Les mesures d'ordre interieur administratives*, París, 1934). (Cfr. JESCH, *Gesetz und Verwaltung*, Tubinga, 1961, pp. 206 y siguientes.

En efecto, la Convención de Viena de 1969, al codificar las reglas de Derecho internacional vigentes sobre la materia, dispone que “el consentimiento de un Estado a obligarse por un tratado puede expresarse mediante la firma, el intercambio de instrumentos, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión o por cualquier otro medio convenido” (art. 11). Esto es, junto a la forma en otro tiempo clásica de ratificación del tratado ya firmado, se reconocen otras formas más recientes, como la adhesión, o más simples, como la firma, la aceptación o el mero intercambio de instrumentos; pero, además y sobre todo, se reconoce el principio de libertad de forma para obligarse convencionalmente.

Frente a esta situación de la normativa internacional, perfectamente acoplada a la práctica de los Estados, entre ellos de España, nuestro Decreto sólo contempla la firma, la ratificación y la adhesión. ¿Debe acaso interpretarse que la administración exterior no podrá acudir a otras formas para la conclusión de tratados? No parece posible admitir tal cosa. El mero silencio del Decreto no equivale a una prohibición y, si aún así fuera, difícilmente podría esgrimirse frente a terceros Estados como “regla de Derecho interno de importancia fundamental” (artículo 46 - 1 Convención). Entre nuestras valiosas aportaciones al Derecho constitucional comparado no figura, todavía, el ejercicio del poder constituyente por vía de reglamento.

Ahora bien, si la limitación de los supuestos contemplados no supone prohibición de los demás, la inutilidad del Decreto comentado es palmaria. La libertad de formas para obligarse hará inaplicables sus disposiciones cuando se recurra a cualquiera de los infinitos procedimientos de celebración de tratados que no sean la sola firma, la ratificación y la adhesión.

La práctica es, en esto, aleccionadora. Si antes del Decreto de 24 de marzo nuestra diplomacia conocía una amplia gama de procedimientos para obligar convencionalmente al Estado, actualmente cunde la tendencia a la mera “notificación del cumplimiento de los requisitos exigidos por las normas constitucionales internas” (¿cuáles serán?) realizada mediante simple nota verbal o firmada. Si antaño el control consultivo de las Cortes, previsto en una Ley Fundamental, pudo eludirse fácilmente acudiendo a la adhesión —v. gr. al Fondo Monetario Internacional— a la sola firma —v. gr. tratados con USA— o a la mera declaración conjunta —v. gr. independencia marroquí— por citar nada más que casos especialmente relevantes, hogaño el intercambio de notas permitirá evitar las disposiciones de un triste reglamento cuando resulten molestas. No habrá por qué escandalizarse puesto que se trata de una norma cuya patente nulidad es de esperar declaren algún día los jueces.

Entre tanto, sin embargo, una disposición de este tipo no deja de crear grandes confusiones y en nada favorece la construcción de un Estado de Derecho. La anarquía formal, aun impresa en las galeradas del *Boletín*, no es legalidad, como —al decir de Thomas MÜNZER— la obediencia al Logos nada tiene que ver con la papirocracia.

Miguel HERRERO DE MIÑÓN

