

EL DECRETO 801-1972 SOBRE ORDENACION DE LA ACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACION DEL ESTADO EN MATERIA DE TRATADOS INTERNACIONALES

José Antonio DE YTURRIAGA BARBERÁN

I. NORMAS ESPAÑOLAS EN MATERIA DE CONCLUSION DE TRATADOS

En el Derecho español no existe una normativa adecuada en materia de conclusión de tratados. Las normas relativas al «treaty making power» se hallan dispersas en diversas disposiciones de distinto rango que, por otra parte, no regulan suficientemente todo el proceso de la celebración de un tratado. Veamos sucintamente cuáles son estas normas.

1. LEY CONSTITUTIVA DE LAS CORTES

La disposición fundamental se encuentra en el art. 14 de la Ley Constitutiva de las Cortes de 17 de julio de 1942 que, en su versión enmendada de 1967, establece lo siguiente:

«I. La ratificación de tratados o convenios internacionales que afecten a la plena soberanía o a la integridad territorial española, serán objeto de ley aprobada por el Pleno de las Cortes.

II. Las Cortes en Pleno o en Comisión, según los casos, serán oídas para la ratificación de los demás tratados que afecten a materias cuya regulación sea de su competencia, conforme a los artículos 10 y 12».

Esta disposición rompe con la tradición constitucional española que, de 1812 a 1931, había reservado a las Cortes la aprobación previa a la ratificación de los tratados que versaran sobre determinadas materias: alianzas ofensivas, comercio, estipulación de subsidios a potencias extranjeras,

políticos, implicación de obligaciones a los ciudadanos o cargas a la Hacienda pública y exigencia de medidas legislativas para su ejecución¹.

La Ley de 1942 aumenta el ámbito de intervención de las Cortes al referirle todos los tratados que «afecten a materias cuya regulación sea de su competencia», pero disminuye considerablemente el alcance de dicha intervención al limitarse ésta a la simple audiencia.

La única excepción a la competencia meramente consultiva de las Cortes es la establecida en el párrafo 1 del citado artículo 14, que hace referencia a los tratados que «afecten a la plena soberanía o a la integridad territorial española».

2. LEY ORGÁNICA DEL ESTADO

En la práctica constitucional española el «treaty making power» ha recaído en el Jefe del Estado, fuera Rey o Presidente de la República. En las Leyes Fundamentales vigentes nada se dice expresamente al respecto. Mas tanto la doctrina² como la práctica coinciden en reconocer la competencia exclusiva en la materia al Jefe del Estado, «representante supremo de la Nación», conforme lo califica la Ley Orgánica del Estado de 10 de enero de 1967 (art. 6).

Figura entre los poderes generales que le fueron atribuidos por las Leyes de 30 de mayo de 1938 y de 8 de agosto de 1939, atribuciones que «subsistirán y mantendrán su vigencia» hasta que se cumplan las previsiones de la Ley de Sucesión³.

La facultad del Jefe del Estado de ratificar los tratados internacionales viene expresada de forma indirecta en la Ley Orgánica del Estado al establecerse en su artículo 9 que «el Jefe del Estado necesita una ley o, en su caso, acuerdo o autorización de las Cortes a los fines siguientes: a) ratificar tratados o convenios internacionales que afecten a la plena soberanía o a la integridad del territorio español...» Este artículo reproduce en términos similares las disposiciones del artículo 14-I de la Ley Constitutiva de las Cortes.

3. LEY ORGÁNICA DEL CONSEJO DEL REINO

Según el artículo 17-1 de la Ley Orgánica del Consejo del Reino, de 23 de julio de 1967, dicho organismo «asiste preceptivamente con su dic-

1. Art. 137-7 de la Constitución de 1812, art. 48-3 de la Constitución de 1837, art. 55-4 de la Constitución de 1876 y art. 76 de la Constitución de 1931. a) ratificar tratados o convenios internacionales que afecten a la plena soberanía. Ver JOSÉ ANTONIO PASTOR RIDRUEJO, «La estipulación y la eficacia interna de los tratados en el Derecho español». REDÍ, XVII (1). Enero-marzo 1964, pág. 43.

2. Así, J. A. PASTOR RIDRUEJO, *op. cit.* en la Nota 1, pág. 43, y EZEQUIEL CAVALERO, *Los Tratados Internacionales*, Madrid 1962, pág. 191.

3. Disposición transitoria 1.ª-II de la Ley Orgánica del Estado de 10 de enero de 1967.

tamen al Jefe del Estado en las siguientes cuestiones que son de la competencia de éste: a) proponer a las Cortes la ratificación de tratados o convenios internacionales que afecten a la plena soberanía o a la integridad del territorio español...»

La intervención del Consejo del Reino tiene un mero carácter consultivo, como se deduce del 2.º párrafo del citado artículo 17: «Las decisiones del Jefe del Estado en los supuestos a que se refieren los apartados d), e) e i) del párrafo anterior precisarán dictamen o acuerdo favorable del Consejo del Reino según los casos». En efecto, el apartado a) —referente a la ratificación de los tratados internacionales— no figura mencionado entre los supuestos que requieren necesariamente un dictamen favorable.

4. LEY DE RÉGIMEN JURÍDICO DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO

Hay que recurrir a una ley no fundamental, la Ley del Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 20 de julio de 1957, para encontrar la otra norma básica —junto con la de la Ley Constitutiva de las Cortes— en materia de conclusión de tratados. Según el párrafo 5 de su artículo 10, es competencia del Consejo de Ministros «autorizar la negociación y firma de tratados o acuerdos y convenios internacionales y la adhesión a los existentes». Esta disposición —que en cierto modo limita las omnímodas facultades atribuidas al Jefe del Estado por las Leyes de 1938 y 1939— habla por primera vez de negociación y firma de tratados y de adhesión a los mismos.

La parquedad de su texto abre una serie de interrogantes: ¿qué se entiende por negociación y cuándo empieza y termina ésta?; ¿a qué firma se refiere, de las diversas acepciones que este término tiene en Derecho Internacional?; ¿la autorización para la adhesión a un tratado por el Consejo de Ministros es un elemento suficiente para que el Estado se pueda obligar internacionalmente o se requiere alguna otra intervención por parte de las Cortes o el Jefe del Estado?...

Estas interrogantes han sido respondidas en la práctica estatal de forma harto insatisfactoria, como pone por ejemplo de manifiesto Herrero de Miñón al citar cinco formas diferentes en la práctica de las adhesiones⁴.

5. LEY GENERAL TRIBUTARIA

Aunque tenga un carácter muy concreto, cabe citar en este somero índice el artículo 13 de la Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963, conforme al cual:

4. HERRERO DE MIÑÓN, M., «En torno al artículo 14 de la Ley de Cortes», *Boletín Informativo de Ciencia Política*, núm. 8, diciembre 1971, págs. 71-73. Ver asimismo EZEQUIEL CABAILEIRO, *op. cit.*, en la Nota 2, págs. 193-208.

«las cláusulas de naturaleza tributaria contenidas en acuerdos o tratados internacionales carecerán de eficacia en tanto no sean éstos ratificados con arreglo al ordenamiento jurídico nacional».

Esta disparatada cláusula —que mezcla indebidamente las nociones de «ratificación» en Derecho Internacional y en Derecho interno— ha sido una de las que en mayor medida han contribuido a embrollar la práctica española, conduciendo a los pintorescos supuestos de «ratificación de la adhesión».

Fue en parte la interpretación del Convenio de Viena de 1963 sobre relaciones consulares —que contiene cláusulas de naturaleza tributaria y al que España se adhirió el 3 de febrero de 1970— lo que llevó a la elevación de la correspondiente consulta al Consejo de Estado y, en última instancia, a la publicación del Decreto 801/1972, de 24 de marzo, sobre ordenación de la actividad de la Administración del Estado en materia de tratados internacionales.

II. ANALISIS DEL DECRETO

El Decreto 801/1972 consta de una Exposición de motivos, 7 títulos con 34 artículos y una disposición final, que autoriza al Ministerio de Asuntos Exteriores a adoptar las disposiciones necesarias para la aplicación del Decreto.

1. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Tras mencionar los textos básicos que contienen normas relativas a la conclusión de tratados (Ley Orgánica del Estado, Ley Constitutiva de Cortes y Ley del Régimen Jurídico de la Administración del Estado), la Exposición de motivos reconoce la realidad de que «estas normas dispersas en distintas disposiciones no regulan de forma completa y sistemática la actividad de la Administración del Estado en materia de tratados internacionales y, en consecuencia, la práctica administrativa no ofrece la uniformidad deseada, produciéndose con frecuencia contradicciones y disparidades de interpretación».

Tras este análisis realista de la situación, los autores del Decreto van a tener en cuenta al proceder a su desarrollo tres factores fundamentales: las normas existentes, la práctica seguida por la Administración española para suplir algunas de las lagunas existentes (siguiendo en este tema el lúcido dictamen del Pleno del Consejo de Estado de 19 de noviembre de 1971), y la evolución de la normativa y práctica internacionales, plasmadas fundamentalmente en el Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969.

a) *Normativa existente*

Pese a su escasez, insuficiencia e inadecuación, el legislador no podía ignorar la existencia de normas vigentes, contenidas algunas de ellas en leyes fundamentales de la Nación. No cabe duda que la labor era ardua y difícil y que los resultados no podían satisfacer a los puristas del Derecho.

Hubiera sido preferible contar con un instrumento de rango constitucional que unificara y revisara las normas existentes y recogiera de forma unitaria, armónica y comprensiva las normas básicas que rigen el largo proceso de la conclusión de los tratados internacionales: desde la precisión de la competencia o competencias en el «*treaty making power*» a las consecuencias de la aplicación de los tratados en el ámbito doméstico.

Como suele ser el caso, lo mejor es enemigo de lo bueno y la coyuntura para una revisión constitucional no era propicia. La anarquía y desbarajuste en la práctica administrativa estaban llegando a un extremo en que se precisaban medidas urgentes, aun a riesgo de no resolver todos los problemas de forma plenamente satisfactoria. Como atinadamente se indicaba en el dictamen del Consejo de Estado citado, «es una exigencia de la seguridad jurídica que se dicte un cuerpo normativo del rango necesario en que se resuelvan los problemas hoy día planteados y se dé una ordenación lógica al sistema»⁵.

Ante la imposibilidad práctica de dictar con urgencia ese cuerpo normativo «del rango necesario», la Administración parece haber optado por un Decreto que procura interpretar las disposiciones existentes, desarrollarlas y complementarlas con normas inspiradas en la práctica tanto interna como internacional.

b) *Práctica interna*

Ante la insuficiencia de la normativa existente, la Administración ha ido creando una práctica que —pese a ser en casos desafortunada y contradictoria— ha suplido con éxito estas limitaciones. Los dos puntos más importantes a dilucidar eran la consagración de los acuerdos ejecutivos o en forma simplificada y la precisión de la práctica de la adhesión. Ambos puntos han sido suficientemente esclarecidos en el anteriormente citado dictamen del Pleno del Consejo de Estado de 1971.

La posibilidad del Estado de concluir acuerdos en forma simplificada —en los que la voluntad estatal en el ámbito internacional se compromete por la simple firma de un tratado— no venía expresamente sancionada en ninguno de nuestros textos legales. En la práctica, sin embargo, esta posibilidad se llevaba a cabo con suma frecuencia, de conformidad con las normas del Derecho Internacional. El Consejo de Estado precisó el problema al afirmar que «el Consejo de Ministros es por sí solo competente para adoptar la decisión de comprometer internacionalmente la voluntad del Estado español cuando la materia objeto del tratado no afecte a la competencia de las Cortes»⁶.

5. Mencionado en el párrafo 4.º de la Exposición de motivos.

6. Párrafo 6.º de la Exposición de motivos, ap. a).

En cuanto a la práctica de la adhesión, de los 5 tipos anteriormente mencionados, el Decreto —siguiendo una vez más la opinión del Consejo de Estado— se ha pronunciado por lo que Herrero denomina «dictamen en favor de la adhesión»⁷. En efecto, se parte de la base de que las Cortes «deben ser oídas para la ratificación y, asimismo, con carácter previo, para la adhesión del Estado a tratados internacionales cuya materia sea de su competencia»⁸.

c) *Práctica internacional*

La normativa y práctica internacional han quedado reflejadas en el Convenio de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, al que España se adhería el 16 de mayo de 1972, apenas dos meses después de la publicación del Decreto.

Aun cuando el Decreto no cubre todos los temas abordados en el Convenio de Viena (vgr. silencio sobre otros medios de manifestarse la voluntad internacional del Estado de obligarse por un tratado, como la aceptación, la aprobación o el canje de instrumentos, o ausencia de normas sobre aplicación de los tratados), España, en cuanto «Estado contratante» de dicho Convenio, ya ha consentido en obligarse por el mismo, asumiendo por tanto todas sus normas, incluidas las que no han sido expresamente recogidas en el Decreto.

2. DISPOSICIONES GENERALES

Sin ignorar las facultades específicamente atribuidas a otros órganos de la Administración, el Decreto afirma que «la ordenación de la actividad administrativa en materia de tratados internacionales es de competencia del Ministerio de Asuntos Exteriores» (art. 1).

Semejante afirmación —que por obvia pudiera parecer ociosa— no deja de ser conveniente en una Administración como la española en que el proceso de centrifugación de las competencias exteriores ha alcanzado un notable desarrollo, en perjuicio del principio básico de la unidad del «poder exterior».

En este Título I se incluye asimismo el capítulo de definiciones, inspirado en el artículo 2 del Convenio de Viena.

Así, el Decreto reproduce casi literalmente del texto de Viena las definiciones de «Estado negociador», de «Estado Contratante», de «Estado Parte» y de «reserva»⁹.

Ha habido que hacer la correspondiente adaptación de la definición de «tratado internacional», ya que el Convenio de Viena sólo se aplica

7. HERRERO DE MIÑÓN, M., *op. cit.*, en la Nota 4, pág. 72.

8. Párrafo 6.º de la Exposición de motivos, ap. b).

9. Apartados b), e), f) y g) del art. 2 del Decreto en relación con los apartados e), f), g) y d) del art. 2 del Convenio.

a los tratados entre Estados, y el Decreto cubre también los tratados que pueda concluir el Estado español con un organismo internacional de carácter gubernamental¹⁰. Por cierto que dicha definición ha sido calificada por Iglesias de sumamente desafortunada, ya que excluiría de su ámbito el Acuerdo entre España y la CEE «por cuanto las Comunidades Europeas no son «organismos de carácter gubernamental», como son las Naciones Unidas, sino que se diferencian por ser de carácter supranacional»¹¹.

Efectivamente, quizá pudiera haberse dicho «otros sujetos de Derecho Internacional» en vez de «organismos internacionales de carácter gubernamental». Sin embargo, no creo que la cuestión sea tan grave ni que quede excluido de su ámbito el Acuerdo España-CEE pues ésta, pese a sus peculiaridades originales, puede ser considerada como un organismo internacional de carácter gubernamental.

Finalmente se incluyen en el Decreto dos definiciones que no aparecen en el art. 2 del Convenio, si bien están incluidas en otros artículos del mismo: las de «adopción y autenticación del texto de un tratado». Esta inclusión parece ser debida a que nuestros textos legales ignoran estos dos elementos del proceso de celebración de un tratado y se limitan a utilizar el término excesivamente genérico de «negociación»¹².

3. REPRESENTACIÓN INTERNACIONAL

Este título regula todo lo referente a la representación internacional de España en materia de tratados. El «leit motiv» de este título —como en el del art. 1 del Decreto— es el de la unidad del poder exterior y la reafirmación de la competencia del Ministerio de Asuntos Exteriores en la materia: nombramiento de los representantes por el Ministro de Asuntos Exteriores (art. 3), exigencia de plenipotencia para la realización de «cualquier acto internacional relativo a la celebración de un tratado» (art. 4), expedición de la plenipotencia por el Ministro de Asuntos Exteriores (art. 6), obligación de comunicar al Ministerio de Asuntos Exteriores la realización de «cualquier acto internacional relativo a un tratado» y de enviarle los «documentos originales adoptados o suscritos, o ejemplares autorizados de los mismos» (art. 8)..., etc.

El Decreto recoge la presunción de plenos poderes contenida en el Convenio de Viena en relación con los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Asuntos Exteriores (para llevar a cabo cualquier acto internacional relativo a un tratado), así como los Jefes de Misión

10. Apartado a) del art. 2 del Decreto en relación con el apartado a) del art. 2 del Convenio.

11. IGLESIAS, JOSÉ L., *Comunidad Económica Europea: razones y ejemplos de los obstáculos para la admisión de España*, Madrid 1972, pág. 24.

12. Apartado c) y d) del art. 2 del Decreto en relación con los arts. 9 y 10 del Convenio.

Diplomática y los representantes acreditados ante una Conferencia u Organismo internacional (para la adopción del texto de un tratado).

El Decreto añade a la lista a los Jefes de Misiones Permanentes ante Organismos Internacionales y a los Jefes de Misiones especiales, y les atribuye, además de la adopción, la facultad de autenticación del texto¹³.

Finalmente, cabe destacar como innovación del Decreto que las plenipotencias —tradicionalmente firmadas por el Jefe del Estado— lo serán en lo sucesivo por el Ministro de Asuntos Exteriores «en nombre del Jefe del Estado»¹⁴. Esto facilitará considerablemente la tarea, especialmente en relación con la diplomacia multilateral, en un mundo en que van de par la aceleración de las relaciones diplomáticas y la crisis del formalismo tradicional.

4. NEGOCIACIÓN, ADOPCIÓN Y AUTENTICACIÓN DEL TEXTO DE UN TRATADO

Se mantiene en este título el término amplio «negociación», previsto en la Ley del Régimen Jurídico de la Administración del Estado y se añaden los otros más precisos —con los que se acaba la fase negociadora— de «adopción y autenticación» del texto del tratado.

Una vez más se sigue la directriz marcada en el art. 1 del Decreto, al afirmar que es competencia del Ministerio de Asuntos Exteriores la negociación de un tratado (art. 9-1) y que corresponde al Ministro de Asuntos Exteriores solicitar la oportuna autorización del Consejo de Ministros (art. 9-2) y dar instrucciones a los representantes de España, quienes le «tendrán informado del desarrollo de la negociación» (art. 10).

Se parte del principio establecido en la Ley del Régimen Jurídico de la Administración del Estado de la competencia del Consejo de Ministros para autorizar la negociación de un tratado y se incluyen un par de artículos relativos al modo de autenticar su texto: rúbrica del tratado o firma del Acta Final de una Conferencia Internacional o del propio tratado (arts. 11 y 12).

5. FIRMA DE UN TRATADO

Como en el título anterior, el punto de partida es la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado: es competencia del Consejo de Ministros autorizar la firma de un tratado¹⁵ y corresponde al Ministro de Asuntos Exteriores solicitar dicha autorización.

Aunque quizá de forma no excesivamente clara, el título IV prevé los 3 supuestos de distinto valor de la firma de un tratado en el Derecho

13. Art. 5 del Decreto en relación con el art. 7.2 del Convenio.

14. Art. 6 del Decreto.

15. Art. 10.5.º de la Ley, expresamente mencionado en el art. 13 del Decreto.

Internacional: firma seguida de un acto ulterior, firma «ad referendum» y firma con efectos vinculantes para el Estado.

a) *Firma condicionada.*

El citado art. 13 del Decreto cubre el supuesto tradicional de la firma de un tratado, que debe ir seguida de un acto ulterior por el que se manifieste el consentimiento de un Estado en obligarse internacionalmente por el tratado (generalmente mediante su ratificación, sea mediante dicha fórmula jurídica tradicional, sea mediante otras fórmulas más modernas como la aceptación o la aprobación). En el caso concreto del Decreto (que silencia estas nuevas fórmulas) sería el supuesto de la firma seguida de ratificación.

En este supuesto, y aun cuando el texto no haya sido previamente rubricado o no se haya firmado el Acta Final de la Conferencia que adoptara el texto, la firma del tratado —como se dice en el art. 12— implica la autenticación del texto.

b) *Firma «ad referendum».*

Aunque con carácter excepcional, el Derecho prevé —siguiendo una vez más el Convenio de Viena— que el Ministro de Asuntos Exteriores firme «ad referendum» un tratado o autorice este tipo de firma, si bien deberá recabar con posterioridad la aprobación del Consejo de Ministros. Una vez aprobada por éste, la firma «ad referendum» de un tratado equivaldrá a su firma definitiva¹⁶.

De esta forma se legitima una conducta que —si bien no de forma generalizada— se había producido en la práctica española y se contribuirá a agilizar las relaciones internacionales, siempre que no se abuse de ella y se utilice en circunstancias excepcionales.

La facultad de firmar «ad referendum» es generalmente reconocida al Ministro de Asuntos Exteriores en virtud de sus funciones, por las que se presume que no necesita de plenipotencia. Más excepcional es la facultad de autorizar la firma «ad referendum» en función del principio general del derecho de «delegatus delegare non potest».

c) *Firma vinculante.*

El art. 15 constituye una de las aportaciones más importantes del Decreto al consagrar la práctica de la facultad del poder ejecutivo de concluir acuerdos en forma simplificada en que se obligue internacionalmente al Estado mediante la firma de su representante.

Se requiere para ello tres requisitos: uno de carácter formal (que figura asimismo en el art. 12-1 del Convenio de Viena) y dos de carácter sustantivo, impuestos por la normativa española: A saber:

16. Art. 14 del Decreto en relación con el art. 12.2.b) del Convenio.

1) que «el tratado disponga que la firma tendrá dicho efecto o conste de otro modo o se sobreentienda que los Estados negociadores han convenido que la firma tenga dicho efecto»;

2) que «el tratado, por la materia objeto del mismo, no requiera la intervención de las Cortes, a los fines de lo dispuesto en el art. 14 de su Ley Constitutiva»; y

3) que se haya obtenido la previa autorización del Consejo de Ministros, de acuerdo con lo establecido en el art. 13, que tiene un valor general para todo tipo de firmas (a excepción de la firma «ad referendum» en que la aprobación es «a posteriori», aunque, en cuanto al principio, sigue siendo válido, puesto que la firma carecerá de valor sin la ulterior aprobación).

6. RATIFICACIÓN DE UN TRATADO

En este título es donde menos se ha innovado, puesto que es la materia que con más detalle está regulada en nuestra legislación, especialmente en la Ley Constitutiva de Cortes. No obstante, se han aclarado sus disposiciones y se ha establecido con precisión el proceso a seguir según los casos.

Frente a la tesis tradicional, hoy en crisis, de que todos los tratados deberán ser ratificados salvo indicación en contrario, se sigue la tesis del Convenio de Viena en el sentido de que «el consentimiento de España en obligarse por un tratado se manifiesta mediante la ratificación cuando el tratado disponga que dicho consentimiento debe manifestarse mediante la ratificación, o conste de otro modo o se sobreentienda que los Estados negociadores han convenido que se exija la ratificación»¹⁷.

Junto al elemento formal se introduce en el art. 17-1 el condicionamiento material de que «cuando el tratado, por la materia objeto del mismo, requiera la intervención de las Cortes, a los fines de lo dispuesto en el art. 14 de su Ley Constitutiva, se deberá establecer en el texto el requisito de la ratificación».

Se añade un 2.º párrafo, en el que para evitar un posible enfrentamiento entre la obligación internacionalmente asumida y las exigencias de la legislación doméstica, se establece la presunción de que «se entenderá que la firma se pone en reserva de ratificación», en los casos en que «por las razones que fueren, no se estableciere expresamente este requisito».

Este 2.º párrafo va quizá un poco lejos por cuanto podría entrar en colisión con lo establecido en el art. 27 del Convenio de Viena, conforme al cual «una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación de incumplimiento de un tratado».

Frente a la práctica viciosa de que todo tratado con cláusula de

17. Art. 16.1 del Decreto en relación con el art. 14.1 del Convenio.

ratificación era sometido al previo dictamen de las Cortes, el Decreto distingue dos supuestos: tratados que por la materia objeto de los mismos requieren la intervención de las Cortes y tratados que, pese a tener cláusula de ratificación, no son de competencia de las Cortes. En este segundo caso bastará la firma por el Jefe del Estado del correspondiente instrumento de ratificación, que será depositado o canjeado según el caso»¹⁸.

El Decreto establece el procedimiento a seguir en ambos supuestos, precisando los elementos que se han de incluir en la comunicación por la que se remita el tratado a las Cortes y los que deben incluirse en el texto del instrumento de ratificación¹⁹.

7. ADHESIÓN A UN TRATADO

El Decreto ha seguido la tesis formalista del Convenio de Viena en cuanto a las condiciones en que el consentimiento de España en obligarse por un tratado puede manifestarse por medio de la adhesión: «cuando el tratado disponga que dicho consentimiento puede manifestarse mediante la adhesión, o conste de otro modo o se sobrentienda que los Estados negociadores han convenido que se puede manifestar mediante la adhesión»²⁰.

El Decreto exige un segundo requisito que —aunque resulte obvio de conformidad con las normas del Derecho Internacional— no deja de ser necesario, habida cuenta de la caótica práctica administrativa de nuestro país: que el tratado «no haya sido previamente firmado o ratificado por España». De esta manera se deja bien claro que la «adhesión» es una fórmula que fusiona en un acto único la firma y la ratificación, por lo que es excluyente de cualquiera de estas dos fórmulas, y se pone felizmente punto final a la viciosa práctica de la «ratificación de la adhesión».

El art. 23 recoge nominalmente el art. 10-5.º de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, por el que se reconoce la competencia del Consejo de Ministros para autorizar la adhesión a un tratado y del Ministro de Asuntos Exteriores para solicitar dicha adhesión.

La aportación más importante del Decreto, y a su vez más criticada por Herrero²¹, ha sido la paridad de tratamiento entre adhesión y ratificación a los efectos de intervención de las Cortes.

El Decreto se basa para ello en la conclusión del dictamen del Pleno del Consejo de Estado, de 19 de noviembre de 1971 —anteriormente citada al hablar de la Exposición de motivos— de que las Cortes «deben

18. Arts. 18 y 19 del Decreto.

19. Arts. 20 y 21 del Decreto.

20. Art. 22 del Decreto en relación con el art. 14.2. del Convenio.

21. HERRERO DE MIÑÓN, M., «Ordenación de la actividad administrativa del Estado en materia de Tratados Internacionales: el Decreto 801/1972, de 24 de marzo», *Revista de Administración Pública*, mayo-agosto, 1972, págs. 366-370. Ver asimismo *op. cit.* en la Nota 4, págs. 58 y 71-73.

ser oídas para la ratificación, y asimismo con carácter previo, para la adhesión del Estado a tratados internacionales cuya materia sea de su competencia».

Es evidente que dicha afirmación no se encuentra expresamente enunciada en nuestros textos legislativos, pero a ella han llegado tanto el Consejo de Estado como los autores del Decreto a través de una interpretación de dichos textos. Podrían haberse reducido —como preconiza Herrero— a una interpretación literal y estricta de los arts. 14 de la Ley Constitutiva de las Cortes y 10-5.º de la Ley del Régimen Jurídico de la Administración del Estado —actitud muy respetable— mas no ha sido así. Han adoptado una actitud menos rígida y perfectamente defendible con base, a mi juicio, en los siguientes criterios:

a) La conclusión a que ha llegado el Decreto no está en contradicción con la Ley del Régimen Jurídico de la Administración del Estado, por cuanto la previa autorización del Consejo de Ministros para la adhesión a un tratado es un requisito necesario, aunque no necesariamente suficiente. Hay que leer todo el párrafo 5 del art. 10 en su contexto (negociación, firma y adhesión). El control que el Consejo de Ministros asume sobre la adhesión corresponde, a mi parecer, al elemento de firma que hay en la adhesión, que —como decía anteriormente— comprende en un acto único los efectos de la firma y de la ratificación.

b) Una interpretación literal y restrictiva de las disposiciones vigentes podría llevar a la situación paradójica siguiente: en el supuesto —sumamente corriente en los tratados multilaterales elaborados bajo los auspicios de las Naciones Unidas y sus organismos especializados— de un tratado abierto a la firma hasta una determinada fecha y con posterioridad a dicha fecha a la adhesión de los Estados, por la diferencia de un día (el siguiente a la expiración del plazo de firma) el Estado español podría obligarse internacionalmente por un tratado sin necesidad de la correspondiente intervención de las Cortes —en el supuesto de que por la materia objeto del mismo así se requiriese—, intervención que hubiese sido preceptiva de haberse firmado el tratado 24 horas antes. De esta manera, por el simple subterfugio de dejar transcurrir el plazo de la firma, la Administración española podría eludir sistemáticamente la bien discreta participación de las Cortes en el proceso de conclusión de tratados.

No parece que tal fuera la intención de nuestros legisladores al establecer —aunque con técnica jurídica poco feliz— la participación consultiva de las Cortes (con la excepción del supuesto del párrafo I del art. 14) en la ratificación de los tratados de ciertas características.

Puesto que formalmente la ratificación y la adhesión tienen el mismo valor y sus consecuencias jurídicas para el Estado español son idénticas, parece razonable que, por un criterio de interpretación analógica, se apliquen a la adhesión las disposiciones previstas para la ratificación.

c) Para la aplicación de determinados tipos de tratados se requiere la promulgación de normas con rango de ley. Parece pues conveniente que antes de que el Estado español se obligue internacionalmente por uno

de esos tratados, su contenido sea conocido por el «órgano superior de participación del pueblo español en las tareas del Estado», cuya misión principal es «la elaboración y aprobación de las leyes»²².

Caso de no estar de acuerdo con el tratado por el que el Estado español pretende obligarse —sea mediante la fórmula de la ratificación o de la adhesión—, las Cortes podrán —de acuerdo con las disposiciones vigentes— emitir un dictamen contrario a la ratificación de dicho tratado o a la adhesión al mismo o proponer la formulación de reservas²³.

Como en el caso de la ratificación, distingue el Decreto dos vías distintas para proceder a la adhesión, según que la materia objeto del tratado sea o no de la competencia de las Cortes. En el primer caso —una vez oídas las Cortes— el instrumento de adhesión será firmado por el Jefe del Estado, mientras que en el segundo el instrumento será firmado por el Ministro de Asuntos Exteriores²⁴.

8. REGISTRO Y PUBLICACIÓN DE LOS TRATADOS

Lógica consecuencia del reconocimiento del Ministerio de Asuntos Exteriores como competente en materia de tratados, es la afirmación del Decreto de que «los textos originales de los tratados celebrados por España o, en su caso, ejemplares autorizados de los mismos, y cualquier instrumento o comunicación relativa a un tratado, serán custodiados en el Registro de Tratados» de dicho Departamento. Asimismo, encarga al mismo que cumpla con la obligación prevista en el art. 102 de la Carta de las Naciones Unidas sobre el registro en la Secretaría de la Organización de los tratados celebrados por España²⁵.

El Decreto incluye una disposición aparentemente obvia, pero que no siempre ha sido cumplida en la práctica española: la obligación de publicar en el Boletín Oficial del Estado los tratados en los que España sea parte. Asimismo se deberá publicar en la Gaceta la fecha en que el tratado obliga a España —y «debe, por tanto, procederse a su aplicación»— y los avatares de los tratados multilaterales en los que sea parte nuestro país (incorporación o retirada de Estados, reservas, objeciones y «cualquier otro acto internacional relativo a la enmienda, modificación, terminación o suspensión de la aplicación de los tratados»²⁶).

III. JUICIO CRITICO

El Decreto 801/1972 contiene elementos positivos y negativos, elementos que se han puesto de manifiesto al ir analizando su articulado.

22. Art. 1 de la Ley Constitutiva de las Cortes.

23. Art. 99 del Reglamento de las Cortes, de 15 de noviembre de 1971.

24. Arts. 24 y 25 del Decreto.

25. Arts. 33 y 28 del Decreto.

26. Arts. 29 a 32 del Decreto.

Examinemos brevemente a título de conclusión los aspectos más destacados a favor o en contra del Decreto.

1. ELEMENTOS NEGATIVOS

a) *Mezcla de lo formal y lo sustantivo.*

El Decreto adolece del defecto de mezclar los elementos formales con los puramente sustantivos al determinar los modos mediante los cuales se puede manifestar la voluntad del Estado para obligarse internacionalmente por un tratado.

Sin embargo, difícilmente veo cómo podría haberse adoptado una técnica exclusivamente formal, como la seguida por el Convenio de Viena, afirmando que el consentimiento del Estado español en obligarse por un tratado se manifestará mediante la firma, la ratificación o la adhesión cuando así se indique en el tratado, o conste de otro modo o se sobreentienda que tal han convenido los Estados negociadores. No parece posible ignorar los condicionamientos de índole interna impuestos por disposiciones como la Ley Constitutiva de las Cortes.

Quizá se hubiera debido separar en el art. 15 el elemento formal del elemento material, como se ha hecho en los artículos 16 y 22, dejando el elemento material como una obligación impuesta a los representantes españoles que negocien el tratado, con independencia del elemento internacional de vinculación del tratado por la simple firma del representante en cuestión.

En este punto, el aspecto más criticable es la presunción incluida en el art. 17-2 de que si no se estableciere expresamente el requisito de la ratificación en los tratados en que —por la materia objeto de los mismos— se precise la intervención de las Cortes, se entenderá que la firma se pone a reserva de ratificación.

b) *No regulación de otras formas de manifestarse el consentimiento de un Estado para obligarse por un tratado.*

Para manifestar el consentimiento del Estado en obligarse internacionalmente por un tratado la práctica española ha recurrido al canje de instrumentos, a la aceptación y a la aprobación, fórmulas todas ellas expresamente reguladas en el Convenio de Viena²⁷.

Respecto al primero de estos métodos, son innumerables los compromisos internacionales contraídos por el Estado español por medio de canjes de notas diplomáticas, dando en ocasiones lugar a situaciones un tanto peregrinas, como en el caso de algunos de los tratados por los que se establecían relaciones comerciales y consulares con países de la Europa Oriental.

En relación con la «aceptación», esta fórmula es frecuentemente uti-

27. Arts. 13 y 14.2 del Convenio.

lizada en la práctica de los organismos internacionales para la adopción de enmiendas a sus textos constitutivos. Citemos, a título de ejemplo, las enmiendas a los arts. 17, 18 y 28 del Convenio constitutivo de la Organización Consultiva Marítima Intergubernamental²⁸ y los arts. 24 y 25 del Convenio constitutivo de la Organización Mundial de la Salud²⁹.

En cuanto al término «aprobación» aparece mencionado, sin duda indebidamente, en diversos tratados bilaterales³⁰ y cabe afirmar que un procedimiento semejante se sigue en la mal llamada «ratificación» de los convenios adoptados por la Conferencia de la Organización Internacional del Trabajo. En tales casos, el convenio adoptado por los representantes de los Estados, así como de las organizaciones patronales y obreras, «se comunicará a todos los miembros para su ratificación» y «si el miembro obtuviere el *consentimiento* de la autoridad o autoridades a quienes compete el asunto, comunicará la ratificación formal del convenio al Director General de la Organización Internacional del Trabajo»³¹.

No obstante, ninguna de estas tres fórmulas aparecen reguladas en el Decreto 801/1972. Ahora bien, esta omisión, aunque de lamentar, no me parece tan grave, ni mucho menos como para que por ello se pueda calificar al Decreto de «inútil»³².

Estas fórmulas deberán ser debidamente reguladas y, en el ínterin, es evidente que no cabe interpretar que, porque no hayan sido mencionadas en el Decreto, no pueda la Administración española recurrir a ellas. Como ya se dijo anteriormente, todas ellas están debidamente reguladas en el Convenio de Viena, al que España se ha adherido.

c) *Ausencia de normas sobre aplicación de los tratados.*

El Decreto carece de disposiciones sobre el último elemento del proceso de conclusión de un tratado: su aplicación.

Puede que la razón de este silencio radicara en que el tema estaba siendo examinado en otro foro y en relación con otro texto jurídico: a saber, la Ley de Bases para la modificación del Título Preliminar del Código Civil. En efecto, en el párrafo 2 de la base 1.ª de la Ley de 17 de marzo de 1973 se afirmaba:

28. Los artículos 17 y 18 fueron enmendados por decisión de la Asamblea de la OCMI el 15 de setiembre de 1964 y las enmiendas fueron aceptadas por España el 28 de junio de 1965. El art. 28 fue enmendado el 18 de setiembre de 1965 y la enmienda aceptada el 9 de mayo de 1966.

29. Los artículos 24 y 25 fueron enmendados por la Asamblea de la OMS el 28 de mayo de 1959 y 23 de mayo de 1967; y las enmiendas aceptadas por España, el 4 de noviembre de 1959 y el 21 de abril de 1970, respectivamente.

30. Por ejemplo, el artículo XX del Convenio Hispano-Nicaragüense de asistencia técnica para la creación de un Instituto de Formación Profesional en Managua, de 30 de junio de 1969; artículo IX del Convenio Hispano-Ecuatoriano de Cooperación Técnica en materia de Turismo, de 7 de julio de 1971; o artículo X del Acuerdo Hispano-Británico sobre Transporte internacional de mercancías por carretera, de 26 de abril de 1972. Ver Colección de Tratados publicados en el Boletín Oficial del Ministerio de Asuntos Exteriores. Madrid, 1972 (págs. 388, 876 y 970).

31. Apartados a) y d) del párrafo 5 del artículo 19 del Convenio Constitutivo de la OIT.

32. HERRERO DE MIÑÓN, M., *op. cit.*, en la nota 21 (págs. 370-371).

«Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte de la legislación interna española»³³.

Este texto —aparte sus numerosas deficiencias de técnica jurídica— dejaba en el aire el problema vital de la aplicación de los tratados al supeditarla a que sus normas «hayan pasado a formar parte de la legislación interna española».

¿No podría interpretarse que para la aplicación en España de cualquier tratado se requeriría algún acto de las Cortes, con independencia de la intervención que hubiera podido realizar previamente de acuerdo con el art. 14 de su Ley Constitutiva?

Este equívoco ha sido aclarado por el Decreto 1.836/1974, de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de Ley el texto articulado del Título Preliminar del Código Civil. En su Exposición de motivos se dice: «En orden a los tratados, la exigencia de la Ley de Bases de que las normas jurídicas contenidas en los mismos para ser de aplicación directa en España han de haber pasado a formar parte de la legislación interna española, se estima cumplida cuando son publicados en el Boletín Oficial del Estado»³⁴.

En consecuencia, el párrafo 5 del art. 1 del nuevo Título Preliminar del Código Civil ha quedado redactado de la siguiente manera: «Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el Boletín Oficial del Estado».

Sería deseable que en una futura revisión del Decreto 801/1972 se incorporase un título relativo a la aplicación de los tratados. También se debería regular adecuadamente una nueva fórmula de entrada en vigor y consiguiente aplicación de los tratados, cada vez más extendida en la práctica española: a saber, la consistente en afirmar que el tratado entrará en vigor cuando las Partes contratantes se hayan comunicado el cumplimiento de los requisitos constitucionales respectivos.

Este procedimiento flexible —que surgió como medio para superar la falta de simetría entre los ordenamientos constitucionales de dos Estados determinados— se ha ido generalizando en la práctica, quizá debido a un exceso de precaución por parte de los negociadores.

2. ELEMENTOS POSITIVOS

a) Ordenación de la actividad administrativa en materia de tratados.

El principal mérito del Decreto radica en que, por primera vez, la Administración adopta en un texto único una serie de normas coherentes

33. *Boletín Oficial del Estado* de 21 de marzo de 1973 (pág. 5.497).

34. *Boletín Oficial del Estado* de 9 de julio de 1974 (pág. 1.427).

que pretenden ordenar su actividad en materia de tratados internacionales. cubriendo —con la excepción ya mencionada de la «aplicación»— todo el complejo proceso de la conclusión de un tratado.

Ante la dispersión de las normas existentes y la insuficiencia de las mismas —que ha provocado una práctica caótica— el Decreto ofrece tanto a la propia Administración como a los administrados, un mínimo de orden, con la consiguiente mejora de la seguridad jurídica. Es posible que los autores no hayan estado del todo acertados en la interpretación realizada, pero al menos se trata de una interpretación auténtica que despeja cualquier equívoco y marca la pauta adecuada a seguir por la Administración.

b) *Actualización de la normativa.*

Sin ignorar los condicionamientos de la legislación hasta entonces existente —secuela de una concepción tradicional en gran parte superada—, el Decreto ha sabido incorporar muchas de las innovaciones, tanto de fondo como de forma, introducidas por el Convenio de Viena de 1969 y por la práctica internacional e interna de los últimos años.

Así cabe destacar la pérdida de importancia de la ratificación como medio usual y casi exclusivo de manifestarse internacionalmente el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado, la considerable reducción del formalismo, la flexibilización de la representación internacional, la consagración de nuevos conceptos (como los de autenticación, presunción de representatividad, firma «ad referendum»... etc.), el aumento del énfasis en la publicidad...

c) *Precisión de los distintos valores de la firma.*

Junto a la versión tradicional de la firma —primer indicio de la voluntad internacional de un Estado supeditado a un acto ulterior del mismo—, el Decreto recoge las otras dos acepciones de la firma en la práctica internacional: la firma «ad referendum» y la firma que puede por sí misma obligar internacionalmente al Estado.

La regulación de esta última tiene especial importancia pues, si bien la práctica española había recurrido con frecuencia a los acuerdos ejecutivos o en forma simplificada, el Decreto es el primer instrumento jurídico que consagra formalmente en España semejante institución.

d) *Precisión de la práctica de la ratificación y de la adhesión.*

Partiendo de la equiparación que, en cuanto a sus efectos jurídicos, hace el Convenio de Viena entre la ratificación y la adhesión, el Decreto ha extendido analógicamente a la adhesión el procedimiento previsto en nuestro ordenamiento para la ratificación. Con ello se pone punto final a la anárquica, variopinta y contradictoria práctica seguida por nuestra Administración en materia de adhesión.

En función de la materia objeto del tratado, el Decreto ha establecido —tanto en el supuesto de ratificación como en el de adhesión— una

dualidad de procedimientos, según tengan que intervenir o no las Cortes de acuerdo con su competencia. En el segundo de los supuestos, el Jefe del Estado —una vez obtenida la autorización del Consejo de Ministros para la firma del tratado— podrá proceder sin más a la firma del correspondiente instrumento de ratificación; de igual modo procederá el Ministro de Asuntos Exteriores en relación con un instrumento de adhesión.

e) *Publicación obligatoria de los tratados.*

Aunque la obligación de publicar los tratados pudiera deducirse por analogía de lo previsto en el antiguo art. 1 del Código Civil sobre publicidad de las leyes³⁵, el Decreto es el primer instrumento jurídico en que expresamente se establece de forma categórica que «los tratados en los cuales España sea parte se publicarán en el Boletín Oficial del Estado». Se trata de un valioso precedente que sería recogido un par de años después por el texto articulado de la Ley de Bases para la modificación del título preliminar del Código Civil, sancionado por el Decreto 1.836/1974, de 31 de mayo³⁶.

Mas no se limita el Decreto a afirmar genéricamente que los tratados deben ser publicados, sino que establece con precisión y detalle todos los datos que deberán ser publicados: texto íntegro del instrumento de ratificación o adhesión, o texto íntegro del tratado («ya conste éste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos»); reservas o declaraciones y objeciones a las mismas; cualquier documento anejo al tratado o complementario; fecha de la entrada en vigor, o de la aplicación provisional del tratado; relación de los Estados partes; y «cualquier otro acto internacional relativo a la enmienda, modificación, terminación o suspensión de la aplicación de los tratados en los que sea parte España».

f) *Fortalecimiento de las competencias del Ministerio de Asuntos Exteriores.*

Frente al proceso de gradual desintegración de atribuciones que sufre el Ministerio de Asuntos Exteriores, el Decreto reafirma su competencia en la ordenación de la actividad administrativa en materia de tratados. En consecuencia, a él o a su titular corresponde nombrar a los representantes de España, expedir y firmar las plenipotencias, negociar los tratados, solicitar la autorización del Consejo de Ministros para negociar o firmar un tratado o adherirse al mismo, dar las instrucciones pertinentes, firmar «ad referendum» o autorizar dicha firma, representar al Estado sin necesidad de plenipotencia, proponer el envío a las Cortes de un tratado con anterioridad a la ratificación o a la adhesión, extender los instrumentos de ratificación o adhesión y proceder a su canje o depósito, firmar los instrumentos de adhesión a cierto tipo de tratados, custodiar los tratados... etc.

35. Tras la modificación del Título Preliminar del Código Civil por Decreto número 1.836/1974, de 31 de mayo, una disposición similar figura como párrafo 1 del artículo 2 del Código Civil.

36. Párrafo 5 del artículo 1 del Código Civil.

Como afirma Cordero Torres, el Decreto atiende a un objetivo no declarado, pero no menos urgente: «evitar la proliferación de iniciativas de enojosos efectos exteriores que, arrancando del motivo o pretexto de la especialización técnica de muchas competencias atribuidas a los Ministerios, hace que casi todos se hayan creído llamados a negociar o, al menos, a preparar instrumentos internacionales, reduciendo el papel de Asuntos Exteriores en la materia». «Nos parece bien —concluye Cordero— la prevención del «cantonalismo administrativo», fuente de no pocas complicaciones y dificultades para la actuación diplomática de muchas cancillerías»³⁷.

No se trata de excluir la participación en la negociación de los otros Ministerios, sino coordinar las distintas actividades que a veces operan en compartimentos estancos, desconociendo lo que se realiza en otras esferas. Este fortalecimiento de competencias de la que fue 1.^a Secretaría de Estado es una condición indispensable para mantener el principio de unidad del poder exterior del Estado.

3. CONCLUSIÓN

Pese a los defectos hallados en el Decreto —unos consecuencia lógica de las normas vigentes, otros de simple omisión y, por tanto, fácilmente subsanables—, el balance arroja, a mi juicio, un saldo francamente positivo. Aunque ha sido calificado de nulo, técnicamente deficiente e inútil³⁸, creo que el Decreto 801/1972 sobre ordenación de la actividad de la Administración del Estado en materia de Tratados Internacionales ha constituido un hito importante en el proceso normativo español y ha contribuido a colmar una importante laguna, imponiendo orden y disciplina a una práctica francamente lamentable.

37. CORDERO TORRES, JOSÉ M.^a, «El Decreto sobre ordenamiento de la actividad de la Administración del Estado en materia de Tratados Internacionales». *Revista de Política Internacional*, mayo-junio 1972 (pág. 367).

38. HERRERO DE MIÑÓN, M., *op. cit.*, en la nota 21 (pág. 363-371).

