

5. Demostración de la tesis según la cual la orden de ejecución es un acto legislativo en sentido sustancial

Siempre que haya sido establecida bajo forma de ley ordinaria, la orden de ejecución no es idónea en nuestro ordenamiento constitucional para adecuar el derecho interno a los hechos modificativos del tratado, y no puede, en consecuencia, ser configurada correctamente como norma sobre la producción.

Las normas establecidas en el ordenamiento interno por la orden de ejecución se encuentran condicionadas en forma resolutoria a la eficacia del tratado a que se refiere.

En otros casos la orden de ejecución es dictada junto con la ley de autorización y, por tanto, antes de que sea concluido el acuerdo internacional. La coincidencia en el mismo acto legislativo de la orden de ejecución y del acto de autorización implica varias consecuencias que desarrollaremos en el transcurso de este trabajo.

Dado que, en este caso, la emanación de la orden de ejecución resulta anticipada en el sentido referido, la entrada en vigor de las normas que crea en el ordenamiento interno vendrá condicionada en forma suspensiva, y no resolutoria, a la eficacia del acuerdo internacional.¹⁴

Por otra parte, el mismo Fabozzi acaba advirtiéndolo la necesidad de nuestras precisiones, cuando, al configurar la orden de ejecución como “norma de actuación” (*supra*, p. 117, en nota) deja sin resolver el problema de la constitucionalidad.

¹⁴ Cfr. Fabozzi, *op. cit.*, pp. 77 y ss., notas 14-26, p. 97, nota 10 para una amplia enumeración de las fórmulas utilizadas en los textos legislativos que contienen órdenes de ejecución. Observa este autor (*op. cit.*, p. 78), que la doctrina, inducida por la visión común que ve en la orden de ejecución el acto productor de normas de adaptación, afirma que la orden de ejecución deroga necesariamente el periodo de *vacatio legis* fijado en la Constitución (artículo 73.3 Constitución y artículo 10 de las disposiciones sobre las leyes en general del Código civil). Esta conclusión, según Fabozzi sería, sin embargo, inexacta cuando la orden de ejecución omita disponer nada acerca de la propia entrada en vigor.

En tal caso, afirma, deberían aplicarse, en efecto, las reglas relativas a la *vacatio legis* (que, en cuanto a normas dispositivas, son aplicables salvo que el legislador las derogue explícitamente). Pero el mismo Fabozzi reconoce poco más adelante (p. 79) el fundamento de la doctrina dominante “en el sentido de que la norma de actuación (la orden de ejecución) tenga tal contenido perceptivo que no puede recibir aplicación sino a partir del momento en que empiezan a desplegar su eficacia las situaciones jurídicas subjetivas internacionales, es decir, normalmente desde el momento de la entrada en vigor del tratado”. Nos parece discutible, además, aquella otra afirmación según la cual, al hacer coincidir el término inicial de la vigencia de la orden de ejecución con la entrada en vigor del tratado, el legislador corre el riesgo de dar lugar a un círculo vicioso. En efecto, Fabozzi, considera el caso, muy frecuente en la práctica actual, de que la orden de ejecución y la autorización hayan sido emanadas en el mismo acto y concluye que

Las normas que establece entran, en efecto, en vigor sólo cuando se verifique esta condición suspensiva y no cuando expire el periodo normal de *vacatio legis*. Además, admitido que la orden de ejecución pueda ser configurada como una norma sobre la producción, surge la duda de si, en el supuesto de hecho que analizamos, deba extenderse el mecanismo por el que operaría la orden de ejecución así configurada a la ley de autorización, dado el nexa que liga el procedimiento de autorización y el acto de legislación material.

Podemos añadir a éstos, otros rasgos esenciales del tipo de adaptación que se examina. La determinación del contenido de las normas

aquí, al resultar condicionada la entrada en vigor de las leyes a la entrada en vigor del tratado "no podría nunca procederse a la ratificación y, por tanto, el tratado no entraría jamás en vigor" (p. 78, nota 18).

Pese a la agudeza de la afirmación nos parece que Fabozzi ha omitido considerar si la autorización, que viene a coincidir materialmente con la orden de ejecución, permanece, no obstante, separada lógicamente de ella. El supuesto de hecho de que hablamos puede ser interpretado en el sentido de que el legislador ha preferido no, como considera Fabozzi, condicionar o posponer los efectos del acto de autorización a la entrada en vigor del tratado, lo que sería absurdo evidentemente, sino disponer, simplemente, que la ley de autorización entra en vigor apenas sea publicada y que el término inicial de la eficacia de la orden de ejecución coincida con la entrada en vigor del tratado. El mismo resultado se tendría, por otra parte, si el legislador dictase la orden de ejecución en forma separada a la ley de autorización predisponiendo la coincidencia de la entrada en vigor de la orden de ejecución con la del tratado. Debe añadirse que la duda planteada por Fabozzi no tiene motivo de ser, si, como afirma tal autor en otro sitio (*op. cit.*, p. 76), la orden de ejecución, al ser dictada mediante ley ordinaria, implica una sanción de la actuación del presidente de la República que haya concluido el tratado sin la autorización obligada de las Cámaras. Dado que, en la hipótesis que ahora hemos señalado, el tratado ha nacido en ausencia de una autorización previa, se podría pensar que el legislador ha pretendido manifestar su propia adhesión a la conclusión del acuerdo, y que no hay ningún argumento válido para negar que esto último —y la orden de ejecución conexas— entre en vigor. En definitiva, no se debe perder de vista qué distinto es el acto o efecto de autorización respecto de la propia ejecución del tratado. Por tanto, cuando el legislador se refiere al término inicial de vigencia de la orden de ejecución, presupone necesariamente que el tratado haya nacido en el plano del derecho internacional y que subsistan todos los requisitos, incluida la autorización parlamentaria, a los que el ordenamiento internacional condiciona la válida manifestación del consentimiento del Estado. Es necesario tener en cuenta esta exigencia lógica en sede interpretativa cualquiera que sea el tipo de adaptación aceptado por el derecho positivo. Así, nuestra solución debe mantenerse también en el caso de que en el ordenamiento interno se inserte un dispositivo de adaptación automática a los tratados. En este último caso, en forma no distinta del que hemos considerado anteriormente, una ley de autorización que indique como término inicial de la propia eficacia, la entrada en vigor del tratado no podría, ciertamente, tener la consecuencia o el significado de hacer imposible la entrada en vigor del tratado y el funcionamiento concreto del dispositivo de adaptación.

introducidas en el ordenamiento interno con la orden de ejecución, sólo es posible en cuanto se asuma como puntos de referencia las normas del tratado y las existentes en dicho ordenamiento antes de que haya sido emanada la orden de ejecución. A través de esta operación de comparación se establecen qué variaciones debe sufrir el ordenamiento interno para que sea eliminada cualquier eventual disconformidad entre éste y la norma internacional que determina la exigencia de la adaptación.

La doctrina ha descrito en diversas formas el margen de discrecionalidad que el intérprete posee en la reconstrucción del contenido de las normas que la orden de ejecución deja indeterminada. Se habla de actividad creadora, hasta el punto de sugerir la comparación con el poder reconocido al juez en ciertos ordenamientos de sustituirse al legislador cuando éste haya omitido regular un determinado supuesto de hecho. También se configura como una deducción pura y simple de lo que, aunque implícita e indirectamente, se encuentra ya establecido en la orden de ejecución: por ello, una actividad, de la que debe excluirse cualquier carácter innovador.

Pero no es éste el problema más importante para determinar la naturaleza jurídica de la orden de ejecución. Más exactamente tratamos de establecer hipótesis y límites en los que la orden de ejecución sea idónea para insertar en el ordenamiento interno todas las normas necesarias para la ejecución del tratado.

Si se afirma que estas últimas resultan condicionadas no sólo a la entrada en vigor sino también a las vicisitudes sucesivas del tratado, existe la carga de eliminar (delimitando y precisando qué variaciones son relevantes a los efectos de producción de normas de adaptación) las dudas que, de otra forma, podrían surgir fácilmente en la reconstrucción del contenido de estas últimas.¹⁵

¹⁵ Existe una jurisprudencia consolidada, aunque no siempre correcta en el tratamiento de los problemas teóricos de la adaptación, sobre la esfera de aplicación de la orden de ejecución y, sobre todo, sobre el nexo que existe entre las normas establecidas por el tratado y las introducidas en el ordenamiento en virtud de la orden de ejecución. Remitimos sobre este punto a las siguientes crónicas jurisprudenciales "Problemi di diritto internazionale nella giurisprudenza italiana" de Capotorti, en *CS*, IV, pp. 300 y ss.; y Fabozzi, *CS*, V, p. 393, en *CS*, VIII, pp. 375 y ss.; en *CS*, IX, pp. 331 y ss.; *CS*, VII, p. 663; *CS*, VI, pp. 362 y ss.

La doctrina ha determinado los criterios que pueden ser útiles al intérprete para poner de manifiesto las modificaciones que las normas del tratado a las que se debe adaptar el ordenamiento interno en virtud de la orden de ejecución. Sin embargo, no he estudiado con tanta precisión, y es lo que más directamente nos interesa aquí, en qué casos las variaciones del tratado, a las que se refiere la

Entre las circunstancias a las que normalmente se condicionan las normas de adaptación deben señalarse las siguientes: el agotamiento del objeto del tratado, la extinción de los Estados parte, la verificación de la condición, expiración del término, denuncia de declaraciones por las que se extienden o excluyen la eficacia del tratado en relación a ciertos territorios (por ejemplo colonias o regiones autónomas), así como otras circunstancias que tienen como consecuencia la de suspender la eficacia del tratado, al menos en ciertos casos.

Se afirma, además, que también afectan a la aplicación del tratado en el ordenamiento interno las modificaciones que se puedan producir en el círculo de Estados parte o, lo que es lo mismo, en la esfera de vigencia territorial del tratado al producirse nuevas adhesiones o el receso de alguno de los Estados parte originarios. Además, la doctrina más reciente ha planteado la duda de si la revisión del contenido del

orden de ejecución, vienen a implicar no sólo y no tanto un cambio en el *ámbito de aplicación* de las normas introducidas sino más bien la sustitución o cambio de tales normas; es decir, la creación de normas distintas respecto de las que originariamente fueron dictadas en virtud de la orden de ejecución. Resulta claro, en efecto, que las dudas que más arriba hemos planteado sobre la posibilidad de que el legislador ordinario configure la orden de ejecución en forma de que desarrolle la función, que es característica de las normas sobre la producción, de adaptar el ordenamiento interno a los hechos modificativos del tratado, adquiere relevancia práctica sobre todo cuando se acepte que las modificaciones del tratado, contempladas por la orden de ejecución, implican en todo caso el establecimiento de normas internas de adaptación nuevas. Sperduti, por ejemplo (*La produzione di norme...*, *cit.*, p. 60), que excluye que la orden de ejecución se refiera “a normas nuevas que surjan en el futuro” en el ordenamiento internacional y precisa, de conformidad con sus propias premisas teóricas que ya hemos examinado anteriormente (*supra*, pp. 94 y ss.), que la función de la orden de ejecución, que él configura como una norma sobre la producción automática de un tipo particular es la de disponer “de forma tal que tenga relevancia tanto el hecho de la existencia de la primera norma (la norma establecida por el tratado al que se refiere la orden de ejecución), cuanto las posibles variaciones sucesivas de la norma misma”. Más adelante, Sperduti afirma que cuando en las normas establecidas por un tratado surjan variaciones “como consecuencia de estos acontecimientos como adhesiones, denuncias, declaración de extinción a las colonias, etcétera, varían también automáticamente las normas que entran a formar parte del ordenamiento interno de un Estado en virtud de la orden de ejecución”. Si se considera que, según Sperduti, las modificaciones “de las normas de ejecución” no sólo pueden manifestarse como una modificación de su ámbito de aplicación sino también resultar del hecho de que “asuman una distinta esfera de comprensión los hechos a los que éstas (normas) son aplicables”, se debería considerar que el ilustre autor quiera aquí referirse a una modificación del *contenido* de las normas establecidas originariamente mediante la orden de ejecución. Fabozzi (*L'attuazione...*, *op. cit.*, p. 81) examina distintas variaciones “de situaciones jurídicas subjetivas que corresponden a modificaciones del tratado que no determinen la mutación de su identidad con base en los principios del derecho internacional común”.

tratado mediante un procedimiento distinto a la conclusión de un nuevo acuerdo puede entrar en el ámbito de aplicación de la norma de ejecución. En respuesta a esta última cuestión se ha sugerido que la norma de ejecución emanada para adaptar el derecho interno a una determinada convención “es de por sí idónea, sin un acto de producción jurídica ulterior, para conformar el ordenamiento interno al contenido cambiado del acuerdo internacional”: esto, sin embargo, sólo en la hipótesis en que exista una cláusula que prevea explícitamente la adaptación del ordenamiento interno a las modificaciones que puedan ser

Las consideraciones de Fabozzi parten de la hipótesis de que sólo es necesario dictar una nueva orden de ejecución cuando las normas contenidas originalmente en el tratado sufran modificaciones “textuales”, distinguiendo todavía, a este respecto, entre el supuesto de un tratado encaminado a modificar un acuerdo precedente o el de una revisión prevista por el mismo acuerdo que es objeto de modificación (con criterio, añadimos nosotros, distinto del basado en el principio de la unanimidad de los estados parte, ya que, en otro caso, volveríamos al primero de los supuestos). Ahora bien, prescindiendo del fundamento de la afirmación por la que las situaciones jurídicas subjetivas internacionales podrían modificarse aun permaneciendo inmutable el contenido preceptivo del tratado del que dimanar (o, más bien, según las perspectivas de Fabozzi, de la “norma de actuación”, sobre lo que remitimos a lo que más arriba se expuso pp. 117 y ss., nota 9-bis), lo que queremos poner de manifiesto aquí es que la doctrina no parece haber aclarado suficientemente si la exigencia de que en el ordenamiento interno vengan insertadas nuevas normas de adaptación al tratado pueden surgir también con independencia de las variaciones que, como comúnmente se considera no perjudicar la identidad del tratado: así la revisión del acuerdo en las formas previstas por este último; la adhesión de nuevos Estados a tratados abiertos sobre la base de una accesión que implique enmiendas con modificaciones al contenido originario del tratado (*infra*, p. 168, nota 29) siempre que aceptemos una opinión autorizada (Balladore Pallieri, *Diritto internazionale pubblico*, Milán, 1956, espe. pp. 285 y ss.), según la cual la adhesión no da lugar a la formación de un nuevo tratado entre los primeros contrayentes y los Estados que se adhieren en forma sucesiva a dicho acuerdo. Como antes hemos mencionado la doctrina ha estudiado los distintos problemas que se refieren a la identificación de las variaciones del ámbito de eficacia del tratado que ha sido ejecutado mediante orden de ejecución: *vid.*, por ejemplo, sobre los criterios relativos a la determinación de los Estados parte Malintoppi, “La nozione di Stato contraente ai fini della Convenzione, Bruxelles relativa alla polizza di carico”, en *RDI*, 1957, p. 122, en el sentido de que la calificación de Estado parte depende de las normas que, en el seno del tratado, fijan los requisitos para la adquisición y pérdida de esa cualidad; *cfr.*, también, Fabozzi, *L'attuazione...*, cit., p. 83, nota 29 que ve en la hipótesis que hemos señalado (*infra*, p. 138), de un nuevo Estado que se sustituye al Estado contratando en un acuerdo *intuitu personae*, motivo de extinción del acuerdo originario en virtud de la cláusula *rebus sic stantibus*: sobre cuya relevancia a los fines de la eficacia de las normas introducidas con procedimiento de adaptación automática, puede verse Mieck, *op. cit.*, p. 107. Sobre la incidencia de la guerra sobre la eficacia de los tratados, *cfr.*, recientemente, Curti Gialdino, *Gli effetti della guerra sui trattati*, Milán, 1959, y del mismo autor “Circa gli effetti della seconda guerra mondiale sulla convenzione italo-francese del 3 giugno 1930”, en *RDS*, 1959, pp. 128 y ss. (con interesantes

introducidas en el contenido del tratado.¹⁶ Esta cláusula podría estar inserta, siempre según la opinión que analizamos, bien en la convención, bien con una disposición accesoria, en la misma orden de ejecución. De ello deriva que el ámbito de aplicación de esta última se extendería a todas las hipótesis que inciden en la eficacia internacional del tratado a la que se refiere la orden de ejecución.

Antes de examinar el fundamento de esta opinión conviene observar que pueden existir casos en los que sea difícil diferenciar las variaciones en la esfera de aplicación en el ámbito de los destinatarios de un tratado (las cuales, como ya se ha dicho, se hacen entrar comúnmente en el ámbito de la orden de ejecución) de las modificaciones del contenido de las normas internacionales. Piénsese en el caso de un tratado basado en la confianza personal: por ejemplo, un acuerdo político, un tratado de alianza concluido originalmente con una gran potencia a la que, a raíz de un cambio en el ámbito de eficacia subjetiva del tratado, se sustituye un Estado parte distinto. Si se tiene presente que aquí el elemento personal es asumido como elemento esencial del tratado, sería difícil sostener que el contenido de este último permanezca inmutable cuando a un Estado parte se sustituye otro y que, en cambio, venga a modificarse si las partes originarias revisan sólo algunas de las cláusulas del acuerdo, incluso las menos importantes y significativas.

precisiones acerca del concepto de “eficacia” del tratado, sobre la que incluiría el estado de guerra).

¹⁶ Cfr. Malintoppi, *La revisione delle convenzioni in materia di trasporto*, Milán, 1957, p. 98, y nota 67. Esta opinión, por las consideraciones que desarrollamos en el texto, contra la realidad de nuestro ordenamiento, aunque contenga un núcleo de verdad al presuponer que el ámbito de aplicación, por así decirlo, típico de la orden de ejecución resulta limitado a los hechos de creación y extinción de las normas pues establecidas en el tratado a que se refiere. En ese caso resulta clara la falta de idoneidad de la orden de ejecución para adaptar el ordenamiento interno a las sucesivas modificaciones del tratado, siempre que las partes contratantes o el legislador interno haya advertido auténtica y explícitamente que la orden de ejecución también se refiere al contenido normativo que el tratado pueda asumir en el futuro.

Malintoppi añade que la cláusula por la que se prevé la eficacia interna de las modificaciones del tratado, debe ser calificada como una norma sobre la producción automática (que él parece considerar, según el esquema de Morelli, como una norma que reenvía al hecho de producción de las normas convencionales: *op. loc. cit.*); y todo esto, tanto en el supuesto de que tal cláusula resulte anexa a la orden de ejecución como en el de que sea establecida mediante un reenvío al tratado. Sin embargo, según Malintoppi, las dos hipótesis son distintas con referencia al momento en que la mencionada norma sobre la producción vendría a insertarse en el ordenamiento interno.

En el primero de los casos nacería junto con la orden de ejecución y, por tanto, antes o después de las normas de adaptación según que la emanación de la orden

En verdad éstas y otras afirmaciones doctrinales se explican sólo si se parte de la presunción de que la orden de ejecución representa un tipo de adaptación no sólo completo sino también continuo.¹⁷ Completo, ya que está en grado de establecer todas las normas necesarias para adaptar el ordenamiento interno a las exigencias del tratado al que se refiere; continuo, en cuanto es idóneo a subordinar, a las variaciones de la norma internacional, la eficacia de las normas que crea. Pero esta construcción suscita graves dudas si se reflexiona sobre las consecuencias que de ella derivan en el plano de las fuentes del derecho en nuestro sistema constitucional.

Comencemos por observar que los mismos autores a quienes se debe la elaboración de este esquema de la orden de ejecución han adverti-

de ejecución preceda a subsiga a la entrada en vigor del tratado. En el otro supuesto sería creada en el momento de la entrada en vigor del tratado y junto con las normas de adaptación. No nos parece, sin embargo, que esta construcción, aunque lógicamente sea impecable, sea la única posible y, ni siquiera, que sea la más oportuna desde el punto de vista de la interpretación de los actos normativos. Cuando la norma sobre la producción de que habla Malintoppi, se inserta en la orden de ejecución, no existe motivo fundado para presumir que el legislador ha pretendido que nazca en forma inmediata, retrasando, en cambio, al momento de la entrada en vigor del tratado, la inserción de las normas de adaptación al mismo. En efecto, se diría que Malintoppi ha atribuido demasiada importancia a la circunstancia de que en un caso la cláusula que prevé la eficacia interna inmediata de las modificaciones al tratado está conectada materialmente a la orden de ejecución y en el otro no. No se puede excluir, en efecto, que el legislador, aun formulando directamente la norma sobre la producción automática, haya pretendido ponerla en conexión con el tratado, haciendo coincidir la entrada en vigor con el momento en el que este último nace. Por otra parte, el mismo Malintoppi no deja de observar que el funcionamiento de la norma sobre la producción resultaría, en todo caso, condicionado a un acontecimiento sucesivo lógica y temporalmente a la entrada en vigor del tratado; es decir, al nacimiento “en el ordenamiento internacional de la norma de revisión a la que se atribuye la idoneidad para determinar, contemporáneamente, la adaptación al ordenamiento nacional” (*op. ult. cit.*, p. 99, nota 67). Obsérvese, todavía, cómo si se acoge la hipótesis de Malintoppi según la cual la norma sobre la producción nacería antes de que el tratado pueda ser considerado como perfecto internacionalmente, se viene a presuponer necesariamente, por las consideraciones que ya hemos expuesto, que la orden de ejecución a la que resulta conexa esta norma sea inconstitucional, mientras es un canon hermenéutico que responde a una exigencia fundamental de la conservación de los actos jurídicos el de preferir, entre distintas interpretaciones igualmente admisibles, la que consiente afirmar, hasta donde sea posible la constitucionalidad del acto legislativo. La posición de Malintoppi se explica, precisamente, porque este autor no parece haber considerado, desde la perspectiva de la constitucionalidad, la inserción, en una ley ordinaria, de una cláusula de adaptación automática; tanto es así que indica la adopción de tal cláusula como el instrumento más idóneo para asegurar la eficacia inmediata de aquellas modificaciones de los tratados internacionales que no se basan en las fórmulas tradicionales del consentimiento (*op. cit.*, p. 102 y nota 75).

¹⁷ Cfr. Malintoppi, *op. loc. cit.*

do la exigencia de comprobar si dicho esquema se corresponde o no con nuestro derecho positivo. El problema, que ya se había planteado durante la vigencia del ordenamiento Albertino, pero que sigue siendo actual también hoy, es si existe una norma que discipline la orden de ejecución como procedimiento especial de producción de normas jurídicas.

La solución es, sin duda, negativa. La Constitución prevé, como ya se ha dicho, un procedimiento automático para adaptar el ordenamiento interno al derecho internacional consuetudinario. El artículo 10 ha introducido en el nuevo sistema constitucional un principio que, al parecer, se había afirmado en forma consuetudinaria durante la vigencia del ordenamiento antiguo.

Este procedimiento, sin embargo, no afecta al derecho internacional convencional. Tras esta afirmación queda por ver si las normas de la Constitución (artículos 80 y 87) que regulan la competencia para concluir tratados internacionales atribuyen también implícitamente a los órganos investidos de tal competencia, el poder de aplicar el tratado y, por tanto, cuando la aplicación del tratado no sea posible sin que se modifique el ordenamiento legislativo, el poder de emanar las normas de adaptación. La cuestión había sido planteada en estos términos durante la vigencia del Estatuto Albertino. El problema que entonces preocupaba a la doctrina se refería a la competencia del rey para emanar una orden de ejecución, a tenor de lo dispuesto en el artículo 5, para todos los tratados salvo aquellos que, según lo dispuesto por el mismo artículo, requerían el consentimiento de las cámaras.¹⁸

¹⁸ Sobre esta cuestión, controvertida por la doctrina, *cfr.* Anzilotti, "Alcune considerazioni sulla produzione parlamentare dei trattati la cui esecuzione importa provvedimenti di natura legislativa", en *Scritti...*, *cit.*, pp. 594 y ss.; Donati D., *I principi costituzionali circa la competenza all'esecuzione dei trattati e l'art 44 cpv. del testo unico delle leggi sui diritti di autore*, Città di Castello, 1912, p. 22, separata; que concuerdan en el sentido de reconocer la competencia de ejecutar los tratados que se refieren a materias reguladas por ley, a los órganos legislativos (y no sólo al soberano) y de excluir que la competencia de estipular tratados y la de ejecutarlos pudiera considerarse, con derogación del principio de la división de poderes, conexas, y atribuidas ambas al rey: Anzilotti, *op. ult. cit.*, pp. 595, 599; Donati, *op. ult. cit.*, p. 19). La tesis de las competencias conexas ha vuelto a ser utilizada recientemente por la doctrina, por atribuir al legislador estatal la potestad de dictar las normas de ejecución de acuerdos internacionales relativos a materias reservadas a la competencia normativa de las regiones (Paladin, "Sulle competenze connesse dello Stato e delle Regioni", en *RTDP*, 1959, p. 433), pero, como hemos tenido ocasión de observar, sin demasiado fundamento (Nota *sull'esecuzione...*, *cit.*, p. 11 y ss.). Obsérvese que, durante la vigencia del Estatuto albertino la mejor doctrina rechazó con firmeza la dirección (sobre todo de la jurisprudencia) por la cual la enumeración de los tratados sometidos a aprobación de las Cámaras —tratados que

La solución negativa, que fue aceptada definitivamente con ocasión de la ley número 100, de 31 de enero de 1926, sobre la reorganización del Poder Ejecutivo, se justificó por la consideración de que, si se aceptaba la tesis opuesta, se habría debido reconocer al soberano una competencia normativa derogando las normas que, en el mismo estatuto, se referían a los procedimientos de formación de las leyes.

Esta solución puede considerarse válida con referencia al ordenamiento actual. Añadiendo, aún, que en este último, la intervención del parlamento en la fase de conclusión del tratado ha adquirido mayor relieve y significación.

Aun admitiendo que el consentimiento de las cámaras que preveía el Estatuto Albertino pudiese considerarse como una autorización para ratificar los tratados equivalentes a la que hoy establece el artículo 80 de la Constitución republicana, aún nos queda, sin embargo, el hecho de que las categorías para las que se prevé hoy la autorización parlamentaria es más amplia de la que existía en el ordenamiento anterior. En particular, en el artículo 80, figuran, entre los tratados cuya ratificación necesita autorización parlamentaria, los que implican una modificación del ordenamiento legislativo. En cambio, el Estatuto Albertino atribuía competencia exclusiva al rey para ratificar los tratados incluidos en esta categoría. Por todo ello, también por este razonamiento sería poco factible sostener que el presidente de la República tenga el poder de proveer a la ejecución de los tratados que afectan a materias reservadas a la competencia del legislador. En efecto, por cuanto se nos alcanza, esta tesis todavía no ha sido sostenida doctrinalmente.

Supongamos, no obstante, que sea lícito deducir que el poder de con-

comportaban cargas a la Hacienda o variaciones del territorio— no debía ser considerada como taxativa. Así Donati (*op. ult. cit.*, p. 20) excluía que el reconocimiento al Poder Legislativo de la competencia para ejecutar tratados incompatibles por su contenido con el ordenamiento legislativo, pudiese derivarse del artículo 5 del Estatuto, interpretado en forma extensiva, o de la consideración de que el consentimiento de las Cámaras, en cuanto manifestación de la voluntad del órgano legislativo, pudiera extenderse, incluso ante el silencio del propio Estatuto, a todas las materias comprendidas en la esfera de la legislación. (Acerca de la subsunción del consentimiento de las Cámaras para la conclusión de acuerdos internacionales en los actos de legislación sustancial *cfr.*, con referencia a la doctrina extranjera, *supra*, p. 112, nota 10 e indicaciones bibliográficas allí aportadas; sobre la interpretación del artículo 5 del Estatuto véanse también las penetrantes afirmaciones de Leibchiz, “Der Abschluss und die Transformation von Staatverträgen in Italien”, en *ZfV*, 1931-1932, pp. 353-376, que considera el doble aspecto de la eficacia (interna e internacional), de los tratados (los “efectos” de que se habla en el artículo 5), probablemente olvidado o ignorado por el constituyente, pero puesto de relieve claramente por la doctrina subposterior.)

cluir tratados implique, como poder implícito o conexo, el de emanar las normas necesarias para su ejecución. No por esto se llegaría a una conclusión distinta de aquella que afirma que, en caso de silencio de la Constitución, la competencia para emanar la orden de ejecución permanece sometida a las normas que regulan los procesos de producción del derecho y, por tanto, a los límites de potencialidad del acto en cuya forma se establezca. No hay, en efecto, ninguna norma de la que resulte que el ejercicio del *treaty making power* por parte del presidente de la República esté sustraído al respeto de la Constitución y libre de los vínculos que limitan a los demás poderes públicos.

No se podría encontrar, en nuestro derecho positivo, ninguna base para afirmar que, una vez admitido que el poder de estipular tratados incluye el de dictar los actos de adaptación correspondientes, deba admitirse necesariamente que el procedimiento para la formación del tratado sea también el suficiente y necesario para introducir las normas correspondientes de adaptación en el ordenamiento interno. Es cierto que nuestra práctica, por obvias exigencias de economía, se ha orientado en el sentido de insertar la orden de ejecución en una ley de autorización.¹⁹ Mas, al hacerlo así, no se ha pretendido nunca excluir que deba ser dictada una norma de adaptación. El significado de esta orientación de la práctica es por tanto más limitado; se hace coincidir la emanación de la orden de ejecución con una fase del procedimiento de formación del tratado, porque el órgano competente para emanar las normas de adaptación también lo es para autorizar la conclusión del tratado. Se trata así simplemente de una interferencia ocasional que, aunque no carezca de consecuencias, es como veremos cosa bien distinta de la conexión constitucional del procedimiento de creación de la

¹⁹ Esta práctica se inspira en la exigencia de asegurar la máxima correspondencia posible entre el ordenamiento interno y el tratado internacional uniendo orden de ejecución y autorización para ratificar el tratado, se elimina, en efecto, la eventualidad de tratados internacionalmente válidos pero privados de eficacia en el ordenamiento interno o que, en este último, permanezcan en vigor normas dictadas en ejecución de un acuerdo que se haya extinguido en el plano del ordenamiento internacional (Mortati, *Istituzioni...*, cit., p. 505). Sobre la analogía entre la fórmula de los ordenes de ejecución y ciertos sistemas de adaptación conocidos en otros ordenamientos, *vid.* Mosler, *op. cit.*, pp. 642, 643, 649-650 (con referencia a la "transformación" y "publicación" del tratado, como expresiones de distintas formas de adaptación). La acumulación de la orden de ejecución y del acto de autorización es un mecanismo que ya se experimentó, por otra parte, en otros sistemas (*cfr.*, por ejemplo, Kalberlah, *op. cit.*, p. 80, que, a propósito de tal sistema, recuerda una observación de Walz, *Ein sorgfältig ausgedachtes System der automatischen Verkoppelung des Staatsvertragsabschlusses mit dem Reichsgesetz*).

norma internacional y de las normas de adaptación que se sanciona en otros ordenamientos.²⁰

Por tanto, no hay duda, a falta de una regulación explícita en nuestra Constitución, debe considerarse que la potencialidad normativa de la orden de ejecución encuentra los límites inherentes a la competencia del órgano de que emana. Si la materia regulada por el tratado al que se refiere la orden de ejecución está reservada a la ley, la emanación de al orden de ejecución será competencia del órgano legislativo. En otro caso, será establecida por los órganos ejecutivos, en la forma de decreto o de acto administrativo. De ello deriva que, cuando la adaptación sólo sea posible si se modifica la Constitución, la orden de ejecución debe ser emanada en forma de ley constitucional.

Examinemos, después de estas precisiones, hasta qué punto es conciliable con nuestro derecho la tesis que afirma que la orden de ejecución es idónea para adaptar el ordenamiento interno también a las variaciones de las normas que deriven del tratado que se debe aplicar.

En efecto, no hay duda de que la orden de ejecución es idónea para condicionar la eficacia de las normas que crea a la entrada en vigor o a la extinción del tratado. La norma que se refiere a la *vacatio legis* se configura por el artículo 73 de la Constitución como una norma dispositiva. El plazo de 15 días es válido si el legislador no dispone otra cosa. Lo mismo se debe afirmar en el caso de que la orden de ejecución condicione la eficacia de las normas de adaptación a la extinción del tratado.

Siempre que se configure, y en cuanto que así sea, la orden de ejecución como un acto legislativo, se debe admitir que puede limitar su propia eficacia a un determinado periodo. En otros términos, que la eficacia de este acto legislativo puede depender de una condición que se superpone (pero, sin que pueda, obviamente, sustituirla) aquella

²⁰ Acerca de la naturaleza y funciones de las leyes de autorización y de aprobación, son aún válidas, pero sustanciales, las conclusiones a que llegó la doctrina que profundizó y sistematizó estos fenómenos durante la vigencia durante el ordenamiento estatutario. Cfr. Donati, *I trattati...*, cit., pp. 544 y ss., y del mismo autor, "Atto complesso autorizzazione, approvazione", en AG, LXXI, pp. 3 y ss.; *Le leggi di autorizzazione e di approvazione*, cit. espe. pp. 8, 10 y ss.; (acerca de la distinción entre las dos formas de acto), Romano (Santi), "Saggio di una teoria sulle leggi di approvazione", en *Scritti minori*, I (*Diritto costituzionale*), Milán, 1950, pp. 51 y ss. Recientemente Sica, "Osservazioni sulla legge del bilancio (art. 87 Costituzione)", en *RaDP*, 1960, p. 58, ha puesto de relieve a propósito de estas categorías de actos, que las leyes de aprobación (del presupuesto) sólo parecen reconducibles a los esquemas conceptuales comúnmente aceptados del acto legislativo en una forma genérica y no específica.

otra que, según algunos autores, se encuentra implícita en toda disposición legislativa, y por la que cualquier ley permanece en vigor hasta que no sea derogada una manifestación de voluntad contraria del mismo legislador. Por tanto, en cuanto al acto legislativo, la orden de ejecución es derogable. Y obviamente, derogable también antes y sin necesidad de que se verifique la extinción del tratado al que se refiere, siempre que se produzca un acto de derogación regular. Esta afirmación no debe ser olvidada para el caso de que el mismo tratado disponga la eficacia de sus normas y el intérprete se encuentre en la necesidad de deber aplicar esta disposición en forma compatible con nuestro ordenamiento positivo.

Piénsese en un tratado que no prevea ninguna posibilidad de revisión o, más simplemente, que los Estados contratantes se hayan obligado a no revisar el tratado durante un cierto periodo o a revisarlo sólo bajo ciertas condiciones. Si se considera que un acuerdo internacional de tal naturaleza tiene por efecto el de invalidar cualquier acuerdo sucesivo de las mismas partes contratantes que vaya dirigido a derogarlo, es difícil admitir que la orden de ejecución pueda, en este caso, subordinar la permanencia en vigor de las normas mismas que crea a la perduración de los efectos del tratado. Todo ello, salvo que se considere que la orden de ejecución queda sustraída a la posibilidad de derogación. Pero, si así fuera, sería preciso llegar a la absurda consecuencia de que la orden de ejecución, aun habiendo sido emanada en forma de ley ordinaria o incluso de decreto, no pueda ser modificada con ninguno de los procedimientos previstos por el ordenamiento interno para la derogación de sus propias normas y, por tanto, ni siquiera con el procedimiento de reforma constitucional. No es ésta la única duda que plantea la tesis que analizamos. Las dificultades y objeciones son aún más serias si tomamos en consideración las demás circunstancias a las que deberían estar condicionadas las normas internas emanadas con la orden de ejecución. La orden de ejecución, al introducir automáticamente una serie abierta de normas que derivarían de las posibles variaciones del contenido del tratado a que se refiere, vendría a constituir un procedimiento de producción no previsto por nuestra Constitución. En efecto, esta última regula los procedimientos de producción jurídica (procedimiento de reforma constitucional, procedimiento legislativo estatal o local, delegación legislativa, decretos-ley) en forma taxativa. Ya se ha afirmado que, dado el carácter rígido de nuestra Constitución, hay que presumir que los procedimientos de producción sólo pueden ser ampliados o reducidos mediante ley constitucional.

Las consideraciones expuestas hasta aquí sirven para confirmar la tesis que hemos defendido anteriormente. La orden de ejecución, si se establece en forma de ley ordinaria, no puede asumir la función característica de la norma sobre la producción. En consecuencia no puede ser utilizada para adaptar el ordenamiento interno a variaciones del tratado que puedan determinar modificaciones correlativas en el sistema legislativo estatal mediante la producción automática de normas internas, en el sentido que hemos precisado anteriormente.

En definitiva, las conclusiones alcanzadas no derivan sino de las premisas sentadas por nuestra doctrina más autorizada al determinar la función (y, añadiríamos, también los límites) que es preciso asignar a la orden de ejecución dentro del sistema de fuentes, cuando se considere que da lugar a un fenómeno de producción jurídica. Cuando se afirma —y sobre este punto no deberían existir dudas— que el grado de potencialidad jurídica de la orden de ejecución queda conectado *a la forma* del acto en el que se contiene y que, en consecuencia, varía según el órgano competente para dictarla, se viene a admitir necesariamente que el legislador, al dar ejecución al tratado, no puede excederse de sus atribuciones. Se puede afirmar lo mismo de cualquier otro órgano competente para ejecutar el tratado; es preciso advertir que el problema considerado más arriba se plantea a cualquier nivel o estadio del sistema de las fuentes. Supóngase que una orden de ejecución, que debería ser establecida en forma de ley (porque el tratado al que se refiere contiene una o más disposiciones incompatibles con las normas estatales) sea, en cambio, emanada en forma de decreto. También aquí el acto encaminado a ejecutar el tratado sería no idóneo para efectuar la adaptación del ordenamiento interno a las exigencias, o, al menos, a todas las exigencias que dimanen del tratado. Naturalmente, tal situación puede ser considerada como falta de idoneidad relativa; la orden de ejecución conservará su idoneidad para producir los efectos que son compatibles o consentidos por la forma que reviste, es decir, según la competencia del órgano del que ha sido emanada.²¹

Contrastemos ahora la fundamentación de nuestras conclusiones comprobando si se les pueden plantear las siguientes objeciones:

1) Incluso cuando la orden de ejecución subordina la eficacia de las normas introducidas en el ordenamiento interno a las variaciones posibles en el tratado, no sería susceptible de adaptar automáticamente el ordenamiento interno a dichas variaciones. Y ello porque cuando el con-

²¹ Cfr. por todos, Monaco, *L'adattamento del diritto interno al diritto internazionale nell'art. 10 della Costituzione*, cit., p. 29.

tenido del tratado al que se refiere sufriera variaciones, se haría necesaria una nueva ley de autorización según el artículo 80 de la Constitución.

2) El legislador, al establecer una orden de ejecución que se refiere también a las modificaciones sucesivas del tratado, no excede los límites de su propia competencia ya que las normas introducidas a través de la orden de ejecución tendrían siempre el rango de normas legislativas ordinarias, por lo que podrían ser eliminadas por medio de una ley que derogase una de estas normas o la misma orden de ejecución.

3) Desde una perspectiva distinta, se podría plantear la tesis de que las normas introducidas para adaptar nuestro ordenamiento al derecho internacional convencional tienen rango de normas constitucionales. Esta tesis sólo sería admisible, sin embargo, si se aceptase que el artículo 10 se refiere también a los tratados y no sólo al derecho internacional general.

Empecemos por repudiar la objeción formulada en el epígrafe 1. La orden de ejecución no podría actuar como una norma sobre la producción jurídica ya que, en todo caso, el establecimiento de la norma de adaptación no se produce sino después de que el parlamento haya manifestado ya su propia voluntad a través de la ley de autorización. En primer lugar esta objeción probaría demasiado. Tomada literalmente debería conducir a afirmar que no es concebible un procedimiento de adaptación automática a los tratados en todos aquellos casos en los que se requiere la autorización parlamentaria para la conclusión del acuerdo.

En realidad, la intervención del parlamento no tiene la significación de un acto legislativo, sino simplemente la de una autorización que se inserta en el proceso de formación del tratado.

Sentado esto, es fácil responder a la objeción formulada. La ley de autorización debe subsumirse técnicamente entre los hechos o presupuestos a los que subordina la creación de las normas de adaptación por la orden de ejecución. Por tanto, debe ser colocada en una fase precedente al establecimiento de la norma de adaptación. Sólo si se considerase que la *ratio* peculiar de la autorización parlamentaria para la ratificación de tratados que implican modificaciones legislativas sea la de consentir al órgano legislativo manifestar la propia aceptación del tratado, se podría configurar la ley de autorización como un acto legislativo en sentido material. En tal sentido, se debería decir que la ley de autorización representa *la emanación anticipada* de un acto que compete al parlamento en cuanto órgano legislativo, y no en cuanto a órgano de control político.

Y, sin embargo, resulta claro que la ley de autorización es un acto habilitante y una ley en sentido sólo formal; no se explicaría, en otro caso, porque nuestro ordenamiento requiere una intervención ulterior del parlamento en sede de ejecución del tratado. Puede ser que el fundamento del requisito de la autorización parlamentaria sea garantizar, provocando anticipadamente una manifestación de voluntad del órgano legislativo, la ejecución del tratado por parte de éste. Pero autorizar no significa dictar anticipadamente la ley de ejecución: orden de ejecución y acto de autorización pueden acumularse pero permanecen, como se ha afirmado anteriormente, como figuras distintas conceptualmente.²²

²² En las exigencias y consideraciones que justifica la autorización parlamentaria de tratados internacionales, o al menos de una de ciertas categorías de ellos, son muy distintas. Como hemos señalado en el texto la intervención con referencia del órgano legislativo en el proceso de formación del tratado se encuentra conectada con el control de la acción del gobierno que es característica en la forma de gobierno parlamentaria (*vid.* Donati D., *I trattati...*, *cit.*, pp. 187 y ss.; Kelsen, *La transformation...*, *cit.*, p. 39; sobre los múltiples nexos existentes entre la forma de dirigir la política exterior y las formas de gobierno, con especial referencia a las democracias anglosajonas, *cf.* el vivaz análisis de Beloff, *Foreign Policy and the Democratic Process*, Baltimore, 1955, que observa cómo los controles parlamentarios sobre la política exterior se han venido superponiendo al elemento implícito en la forma de gobierno británica: “*The democratic element in the British system* —precisa Beloff— *was that enshrined in the right of the House of Commons to dismiss a Ministry with whose policies it disagreed, and ultimately in the dependence of House itself upon the electorate*” (*op. cit.*, p. 23). Esto explica la inclusión, en las categorías de tratados sometidos a autorización parlamentaria, de acuerdos de naturaleza políticos y de todos aquellos otros que pueden comprometer la responsabilidad del gobierno ante las Cámaras.

El régimen de controles parlamentarios se encuentra informado también por otras exigencias técnicas. En efecto, se puede considerar que el legislador debe autorizar la ratificación de los tratados que impliquen modificaciones en el ordenamiento legislativo dado que es el órgano competente para dictar las normas de ejecución correspondientes (*cf.*, con referencia al ordenamiento estatutario italiano, Anzilotti, *Alcune considerazioni sull'approvazione...*, *cit.*, p. 479; Leibholz, *op. cit.*, nota 15, para el ordenamiento británico véanse las claras observaciones de McNair, “When Do British Treaties Involve Legislation?”, en *BYIL*, 1928, pp. 28 y ss.). Acerca del fundamento de esta opinión en el ordenamiento actual, *cf.*, recientemente, Paladin, *Sulle competenze connesse...*, *cit.*, p. 466, nota 30; La Pergola, *Note sull'esecuzione...*, *cit.*, pp. 14, 33.

El fenómeno de la autorización parlamentaria tiene, o puede tener, fundamento distinto en aquellos sistemas que no prevén la responsabilidad del gobierno ante las cámaras. Así, en la forma de gobierno presidencial, donde la organización del *treaty making power* ha debido ser adaptada a la estructura federal del Estado (conectada frecuentemente con la forma presidencial de gobierno: *vid.*, sobre este tema las interesantes observaciones de Rizzo, *La repubblica presidenziale*, Roma, s.d. (1944), pp. 273 y ss.), el Senado es el competente para aprobar la conclusión de tratados internacionales sobre todo en razón de la estructura de este órgano. Fundado en el principio de la representación paritaria de los Estados miembros, el Senado de Estado Unidos es el idóneo para tutelar, diríamos, el residuo de sobe-

Debe añadirse que si se parte de la suposición de que la orden de ejecución tenga rango constitucional y que, por tanto, se inserte válidamente en el ordenamiento incluso, cuando sea concebida como una norma sobre la producción jurídica, se debería llegar a la conclusión de que el requisito de la autorización parlamentaria, no es necesario. En efecto, siempre en la hipótesis que analizamos, la ejecución del tratado no implicaría ninguna modificación de la legislación vigente. Esta última consecuencia plantea, a su vez, un problema al que ya hemos hecho referencia y que conviene analizar más en detalle en este momento. Se trata de ver si se puede extender también a la ley de autorización el mecanismo automático con el que operaría la orden de ejecución siempre que fuera concebida como una norma sobre la producción jurídica. Dicho de otra forma, el legislador ha manifestado la voluntad de que en el ordenamiento se entiendan insertas todas las normas necesarias para la adaptación a las variaciones ulteriores del tratado. ¿Pero deriva necesariamente de ello que haya pretendido introducir también implícitamente leyes de autorización, leyes que de otra forma sería necesario dictar tantas veces como lo requiriese el artículo 80?

ranía que todavía queda a estos últimos aunque en el cuadro de la organización federal (remitimos a las indicaciones bibliográficas y cuestiones que hemos tenido la ocasión de señalar en nuestras *Note sull'esecuzione...*, *cit.*, p. 29, nota 43; para un análisis de otras concepciones que han llevado al constituyente americano a colocar el Senado junto al presidente en la dirección de los asuntos internacionales, *cf.* Corwin, *The President: Office and Powers* (4), Nueva York, 1947, pp. 209-210). La forma de aprobación del tratado no es por tanto la de la ley federal y ni siquiera la de la *Joint Resolution* de las cámaras (aceptando que esta última figura del acto bicameral sea distinta conceptual o sustancialmente de la ley: *cf.* Elia, "Glatti bicamerale non legislativo", en *Study sulla Costituzione*, II, 1958, p. 433) sino una forma distinta, emanando el acto de aprobación de sólo una de las Cámaras del Congreso (para un estudio sistemático de la naturaleza y esfera de la aplicación del control ("Advice and Consent") del Senado sobre ciertos actos presidenciales —artículo 2, sección 2 de la Constitución de Estados Unidos—, *cf.* también el artículo 66 de la Constitución de México de 1917 que, en forma análoga, prevé la obligación por parte únicamente del Senado "de los tratados y convenciones diplomáticas concluidas por el ejecutivo con potencias extranjeras" mientras que el artículo 89, párrafo 10, del mismo texto constitucional obliga al presidente a someter los tratados a la ratificación del Congreso). Harris, *The Advice and Consent of the Senate*, Berkeley, Los Ángeles, 1953, esp. pp. 280 y ss.; y en la literatura más antigua Dangerfield, *In Defense of the Senate. A Study in Treaty Making*, Nueva York, 1933, *passim*.

La necesidad de garantizar constitucionalmente la posición de los Estados miembros a través del órgano legislativo que es el representante más directo de estos últimos aparece clara si se considera la posibilidad, que ha puesto recientemente de relieve nuestra doctrina (Paladin, *op. ult. cit.*, p. 353), de que el gobierno central utilice el tratado como instrumento idóneo para disminuir o comprimir la esfera de competencias de los Estados miembros: *infra*. Debemos notar, aunque sea in-

No puede resolverse el problema observando simplemente que también podría estar inserta en la ley de autorización una norma sobre la producción, que dispondría anticipadamente la autorización de toda una serie de tratados o de las modificaciones que pudiera sufrir sucesivamente un mismo acuerdo internacional. En todo caso quedan claros los motivos por los que el supuesto de hecho que contemplamos se distinguiría del esquema conceptual de la norma sobre la producción, en cualquier sentido que se quisiera concebir. En primer lugar tendría como objeto la creación de leyes en sentido meramente formal, de procedimientos sustancialmente administrativos y no de normas materiales; en segundo lugar, sería difícil saber cuáles podrían ser los hechos o los presupuestos a los que tal norma sobre la producción conectaría la creación de la ley de autorización. Ésta no reenviaría a los hechos de producción (o, si se quiere, a la existencia de normas internacionales) sino a aquellos momentos que en el proceso de formación del tratado preceden a la ratificación o a la conclusión del acuerdo: negociaciones, elaboración de un esquema o de un proyecto de acuerdo, conclusión o forma. Ninguno de estos acontecimientos asume en el ordenamiento internacional la categoría de hecho de producción de normas jurídicas. En efecto, la autorización se produce antes de que el tratado se perfeccione, es decir, antes de la ratificación o, en el caso en que esta última no sea requerida para la perfección del acuerdo, antes de la conclusión o del momento en que nace la norma internacional. En fin, esta hipotética norma sobre la producción se limitaría a contemplar hechos idóneos para crear la ley de autorización, pero no los necesarios para extinguirla. Efectivamente, no parece que el ordenamiento internacional prevea la posibilidad de que el acto de autorización se extinga en forma independiente de la extinción del tratado en cuyo proceso de formación viene inserta la ley de autorización. La solución afirmativa sólo podría ser

cidentalmente, que en aquellos sistemas en los que la Cámara representativa de los Estados miembros no está situada en un plano de paridad respecto a la otra Cámara del Parlamento, la tutela constitucional de estos Estados miembros, en la hipótesis que nos interesa, ha sido asegurada mediante la participación inmediata, aunque a título consultivo, de los Estados interesados en el procedimiento formativo del acuerdo internacional: *cfr.* artículo 32, párrafo 2, de la Ley fundamental de Bonn, que establece: “Antes de la estipulación de un tratado que afecte a la situación particular de un *Land*, es preciso consultar a éste”. (Fórmula de garantía ésta, que recuerda otra forma de tutela directa concedida por algún ordenamiento constitucional a las “poblaciones interesadas” en la hipótesis de los tratados que implique cesiones o modificaciones del territorio del Estado: por ejemplo, artículo 53 de la Constitución francesa de 1958: “*Nulle cession, nul échange, nulle adjonction de territoire n'est valable sans le consentement des populations intéressées*”).

admitida si se considera que el parlamento, al disponer la emanación de las normas de adaptación, se ha obligado por ello mismo a autorizar la ratificación de las modificaciones sucesivas del acuerdo.

Pero, en abstracto, esta solución puede considerarse como infundada.

La ejecución es, como se ha dicho, una fase que sigue lógicamente a la de la conclusión del acuerdo y que, por tanto, podría considerarse absorbente respecto a ésta.

Además el problema de la constitucionalidad de una ley de autorización concebida en forma tal de consentir al gobierno no sólo ratificar

Hay que observar, sin embargo, que las exigencias a las que hemos hecho referencia y que justifican la sumisión del *treaty making power* al control del órgano legislativo (más o menos intenso según las relaciones que el ordenamiento constitucional establece entre el Legislativo y el Ejecutivo) pueden resultar contrarias a otras exigencias y necesidades que conservan una gran importancia en el seno del Estado democrático; por ejemplo el secreto de ciertos tratados internacionales a los que hace referencia explícita alguna constitución extranjera (artículo 68 de la Constitución belga (1831); artículo 32 de la Constitución griega (1951); artículo 37 de la Constitución de Luxemburgo (1808)). El peligro de que la extensión de los controles parlamentarios termine con hacer excesivamente gravoso el ejercicio del *treaty making power* donde la intensificación del comercio jurídico entre los Estados y el desarrollo de la organización internacional exigirían, en cambio, mayor simplicidad y economía de procedimientos. Se ha hecho así necesario encontrar un punto de equilibrio entre estas exigencias opuestas. La solución del problema a que nos hemos referido —que hoy es el centro de importantes discusiones doctrinales— puede ser más difícil cuando el ordenamiento constitucional sea rígido y haya introducido garantías con el fin de evitar que el Ejecutivo pueda evadir o frustrar los controles parlamentarios o que éstos sean ejercitados en formas indebidas. En nuestro ordenamiento, por ejemplo, a pesar de que se haya afirmado autorizadamente que la Corte Constitucional puede controlar la constitucionalidad de los acuerdos internacionales sólo mediante el control de las normas establecidas en forma sucesiva a la autorización de la ratificación del acuerdo (en tal sentido, Monaco, “Osservazioni sulla costituzionalità degli accordi internazionali”, en *Studi sulla Costituzione*, II, Milán, 1958, p. 180, a quien los controles de constitucionalidad deben terminar en la fase de estipulación del tratado: con la consecuencia de que el juez constitucional no puede conocer de la infracción de las normas relativas al proceso de formación de los tratados y que la inconstitucionalidad de estos últimos sólo puede ser debatida por las Cámaras “desde una perspectiva política”, *op. cit.*, p. 178) no nos parece que pueda excluirse que la Corte Constitucional extienda su control a la regularidad, diríamos, formal de los acuerdos: en particular a la legitimidad del acto con el que el Parlamento autoriza la rectificación del acuerdo.

Ante todo, hay que considerar la hipótesis que plantea Mortati (*Istituzioni* 3, *cit.*, p. 943) de que el parlamento plantee un conflicto de atribuciones ante la Corte por encontrarse en desacuerdo con el presidente de la República y el gobierno acerca de la inclusión de un tratado en una de las categorías sometidas a autorización parlamentaria, según el artículo 80. Que aquí existan los requisitos de un conflicto de competencias ante la Corte Constitucional podría excluirse, nos parece, sólo si se entiende que el acto por el que el órgano encargado de la conclusión del tratado ejercita su poder sin necesidad de autorización de las Cáma-

sino también modificar y extinguir un tratado o concluir uno nuevo, se plantea independientemente de cualquier nexo en que se pueda encontrar la ley de ejecución con la orden de ejecución de un tratado.

En efecto, podría ser que el tratado al que se refiere la ley de autorización no se encuentre comprendido entre los que implican una modificación legislativa y, en consecuencia, no deba ser ejecutado con una ley.

Planteado en estos términos, la solución positiva al problema no implicaría necesariamente resolver en sentido afirmativo la otra cuestión

ras, implica, todo lo más, el ejercicio legítimo de una competencia por parte del órgano que se encuentra investido institucionalmente de ella pero no la invasión de una esfera de competencias reservada a las Cámaras. (Cfr. para la determinación de algunos supuestos de hecho en los que una parte de la doctrina habría visto erróneamente los extremos de un conflicto de atribuciones, cognoscibles por la Corte Constitucional, Lucifredi, "Atribuzioni (conflitto di)", en *ED*, IV, p. 298, nota 70); en el sentido de excluir que la noción de conflicto las hipótesis en las que el objeto de la decisión de la Corte sería la de comprobar la presencia de los presupuestos de validez de un acto, cfr. Cassarino, "Un preteso conflitto di attribuzioni (Osservazione alla sentenza, 30 aprile) 18 maggio, 1959, n. 31 della Corte Costituzionale", en *GC*, 1959, p. 387.

Pero el razonamiento convence. Es cierto que el acto de las Cámaras podría considerarse muy difícilmente como el resultado de una participación del legislativo en la conclusión de los acuerdos internacionales: esta solución presupondría en efecto, que *treaty making power* se encontrase repartido entre el presidente de la República y el Parlamento, mientras que el hecho mismo de que el acto de las Cámaras tiene naturaleza de autorización induce a considerar que las Cámaras quedan desprovistas de la titularidad de este poder y a excluir, en consecuencia, la declaración de voluntad del Parlamento y del presidente de la República dé lugar a la formación de un acto complejo en sentido técnico (sobre esto *vid.* Monaco, "I trattati internazionali e la nouva costituzione", en *RaDP*, 1949, p. 205 y bibliografía allí citada). Sin embargo, si no queremos vaciar la noción de conflicto de una gran parte de su contenido, es preciso, reconocer que puede plantearse un conflicto cuando dos órganos —legitimados para promoverlo— contienen en torno a los límites de sus respectivas esferas de competencia (en tal sentido Pensuvecchio Libassi, *Il conflitto di attribuzione*, Milán, 1957, pp. 57-58). En nuestro caso, se daría precisamente esta última figura, en cuanto los órganos del *treaty making power* hayan concluido un acuerdo antes de que haya intervenido el acto de autorización idóneo para levantar la limitación establecida por la Constitución al ejercicio de los poderes atribuidos a ellos.

(Hay que preguntarse más bien si, aquí, surgiría el conflicto entre parlamento y gobierno o bien, como sostiene Lucifredi (*op. cit.*, p. 297), entre parlamento y presidente de la República. Esta última solución —admitiendo que el presidente sea órgano competente para plantear un conflicto de atribuciones ante la Corte (a pesar de su posición constitucional que es, como se ha puesto de relieve justamente, la de un "interpotere": así Pergolesi, "La Corte costituzionale giudice e parte nei conflitti di attribuzioni fra i poteri dello Stato", en *RTDPC*, 1960, p. 6 de la separata, quien afirma, sin embargo, explícitamente que "el Presidente de la República puede ser sujeto de conflicto respecto de sus propias competencias frente a cualquier órgano de cualquier poder": *op. cit.*, pp. 8-9) —parece más

distinta a la que anteriormente hemos hecho referencia: es decir, si la orden de ejecución es idónea para adaptar el ordenamiento interno a las variaciones ulteriores del tratado. De las premisas expuestas se deduce que, en efecto, una vez configurada la orden de ejecución como una norma sobre la producción, es factible discutir si se encuentra en grado de atraer a su propia órbita también a la ley de autorización, pero que en ningún caso se plantea la duda opuesta. Incluso cuando el parlamento haya autorizado al gobierno para concluir acuerdos distintos del originario, no podría haberse referido también implícitamente a la emanación de las normas internas materiales de adaptación.

Repetimos que autorización para ratificar y ejecución del tratado son dos poderes distintos aunque se encuentren atribuidos al mismo órgano.

correcta, si se parte de la consideración de que el presidente de la República es el órgano constitucionalmente competente para ratificar tratados o, por lo menos, aquellos tratados para los que se requiere la autorización parlamentaria. Se debería llegar a conclusión opuesta si se limitase el campo dentro del que el presidente de la República puede actuar como sujeto de un conflicto ante la Corte a la esfera de los actos realizados por el presidente solo, excluyendo por tanto de tal esfera, los actos que, aunque manen formalmente del jefe del Estado, y están cubiertos por la responsabilidad política del gobierno a través del refrendo (cfr. Pergolesi, *Diritto costituzionale* (12), cit., p. 530 en nota). No es éste el único problema que merecería ser profundizado y en el que no nos podemos parar. Es dudoso, por ejemplo, si puede existir conflicto entre presidente y gobierno cuando el presidente se niegue a autorizar la presentación ante las Cámaras de un proyecto de ley relativo a la conclusión de un tratado, aduciendo que este último se refiere a una materia sustraída al control parlamentario; también es discutible si la autorización por parte del Parlamento de otros tratados, además de los inculcados en las categorías contempladas taxativamente por el artículo 30, es contraria a la Constitución o si, en cambio, el artículo 80 se limita a fijar una *esfera mínima* de intervención de órgano legislativo, en coherencia con el carácter parlamentario de nuestro ordenamiento: según la solución que se quiera dar a esta pregunta se deberá presuponer o excluir que el conflicto de atribuciones a que antes nos hemos referido pueda ser planteado exclusivamente por el Parlamento).

Debe añadirse que la ley de autorización, como trataremos de demostrar en el lugar oportuno, puede estar sometida al control del Tribunal Constitucional, si ha sido dictada con el procedimiento ordinario y tiene como objeto la ratificación del tratado que contiene una o varias cláusulas contrarias a la Constitución; también es admisible (pero se trata también aquí de una cuestión que es preciso desarrollar más profundamente) que una autorización, otorgada por el legislador estatal mediante el procedimiento ordinario sea impugnada directamente por una región de estatuto diferenciado, cuando se refiera a un acuerdo incompatible con el estatuto de esa región. Por otra parte el mismo Monaco, quien, como se ha dicho, quería excluir del control del Tribunal Constitucional los actos legislativos que preceden a la ejecución del tratado, se ve obligado posteriormente a admitir que la ley de autorización debe ser tomada en consideración igualmente por parte del juez constitucional e, incluso, se ve inducido a argumentar a partir de esta afirmación que "en nuestro sistema es imposible disociar el control de constitucionalidad sobre la competencia de estipular tratados (en el que, a nuestro juicio, debe hacerse entrar

De ellos, el primero precede lógicamente al segundo. De lo que se deduce que el momento de la ejecución puede absorber el momento de la ratificación, pero no lo contrario.

Ciertamente, para resolver el problema que analizamos es preciso profundizar cuál sea la *ratio* de la institución de la autorización parlamen-

el control de las leyes de autorización) del que se refiere a las leyes de ejecución" (*Osservazioni...*, *cit.*, p. 182: sobre otras consecuencias de esta opinión, *vid. infra.*)

La experiencia de los ordenamientos constitucionales extranjeros revela cómo el rigor de los controles que rodean el ejercicio de *traety making power* ha sido mitigado con una serie de soluciones que, surgidas de la práctica o de interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales, han terminado algunas veces por ser consagradas formalmente en el texto de la propia Constitución. Un ejemplo muy significativo, a este respecto, es el del llamado *executive agreement*: es decir, el acuerdo concluido por el presidente de Estados Unidos sin la aprobación del Senado o con la aprobación de las dos Cámaras, los llamados *congressional executive agreement* (sobre lo que Corwin, *op. cit.*, pp. 215-216) pero, en este último caso, sin la mayoría cualificada prescrita para la aprobación por parte del Senado. (La constitucionalidad del *executive agreement* es generalmente reconocida hoy por la jurisprudencia, la cual, sin embargo, se preocupa de advertir que la eficacia interna de esta figura de tratado es distinta y más limitada de la que se reconoce a los tratados del artículo 60., sección II, de la Constitución, y precisa que las normas contenidas en él prevalecen sobre la legislación de los Estados miembros, pero no pueden modificar las normas dictadas por el Congreso federal; una exposición exhaustiva de las orientaciones de la jurisprudencia sobre este problema, se encuentra, entre muchos otros en Hudson, *op. cit.*, p. 451 en nota. En la doctrina Moore, "Treaties and Executive Agreements", en *PSQ*, 1925, p. 385; Levitan, "Executive Agreements a Study of the Executive in the Control of the Foreign Relations of the U.S.", en *HLR*, 1940, p. 365; McClure, *Executive International Agreements*, Nueva York, 1941, esp. cap. IV (con amplias referencias a la "práctica constitucional" y especialmente a la evolución de los poderes presidenciales en materia de asuntos internacionales; factores, éstos, que han sido aducidos para sostener la constitucionalidad de los *executive agreements*); Caturdal, "Executive Agreements. A Supplement to the Treaty Making Procedure", en *GWLR*, 1942, p. 653; Borchard, "Treaty and Executive Agreements. A Reply", en *YLJ*, 1945, p. 616; Caturdal, "Executive Agreement or Treaty?", en *JP*, 1948, p. 168; Lissitzyn, "Legal Aspects of Executive Agreements on Air Transportation", en *ALC*, 1950, p. 436; *ibidem*, 1951, p. 12; Preuss L., "On Amending the Treaty Making Power: A Comprehensive Study of Self-Executing Treaties", en *MLR*, 1953, p. 117; Sutherland, "The Bricker Amendment, Executive Agreements and Imported Potatoes", en *HLR*, 1953, p. 281; y de varios autores "The Treaty Power and the Constitution. The Case Against Amendment", en *ABAJ*, 1954, pp. 203 y ss.; *The Treaty Power and the Constitution. The Case for Amendment*, *ibidem*, pp. 207 y ss.; en nuestra doctrina referencias a los *Executive Agreements* se encuentran en Sperduti, *Rilevanza internazionale*, *cit.*, p. 316 (con especial referencia al problema de la validez internacional de los tratados irregulares constitucionalmente; Monaco, *Osservazioni...*, *cit.*, pp. 176-177; Negri, "Sul Congresso degli Stati Uniti", en *RaDP*, 1953, pp. 193, 199-200; Biscaretti di Ruffia, "Tendenze costituzionali contemporanee", en *RTDP*, 1952, p. 420; Curti Gialdino, *Rimessa in vigore...*, *cit.*, p. 125 (nota 2).

Estos mecanismos pueden distinguirse según que se dirijan a restringir la esfera

taria. No parece que existan dudas sobre ella; como resulta implícito en la estructura parlamentaria en que se inspira nuestra Constitución, la finalidad de la autorización para ratificar tratados es la de realizar un control político sobre la actuación del gobierno.

de aplicación de los controles sobre la conclusión de los tratados, al excluir algunas categorías de acuerdos parlamentarios de la autorización o aprobación, o a simplificar las normas y modos en que tales controles se ejercitan. Así, un primer e importante expediente, que ha sido creado por la interpretación, consiste en limitar el campo de la autorización o de la aprobación parlamentaria a los tratados sometidos a ratificación. Si se parte de la opinión de que la ratificación no es un elemento esencial para la formación del tratado (sobre el valor de la ratificación en general, *cf.* Kelsen, *Principles...*, *cit.*, p. 328; Quadri, *Diritto internazionale pubblico* (3), *cit.*, pp. 128, 135; Dehousse, *La ratification des traités*, París, 1935; Calogeropoulos, "La ratification des traités d'après les constitutions récentes", en *RHDJ*, 1949, pp. 31, 33); o que, incluso, la ratificación no es necesaria salvo que haya sido prevista explícitamente por los Estados contratantes (para un análisis de esta tesis, *vid.* Balladore Pallieri, "La formation des traités dans la pratique internationale contemporaine", en *Rec. C.*, 1949, I (vol. 74), pp. 507 y ss.); o si se acepta el requisito de la ratificación, aunque normalmente sea requerido, puede ser excluido convencionalmente (Kelsen, *op. ult. cit.*, p. 322), se puede suponer el caso de que un acuerdo internacional nazca incluso sin haber sido ratificado a través de algunos procedimientos simplificados (entre los cuales entra la adopción del texto del tratado por parte de una organización internacional, con la cláusula de que éste devenga obligatorio para todos los miembros de dicha organización apenas sea ratificado por un cierto número de éstos; mecanismo utilizado comúnmente para las enmiendas a los tratados institutivos de organizaciones internacionales; sobre esto, *vid.* Kelsen, *op. cit.*, p. 334; Balladore Pallieri, *op. ult. cit.*, p. 254; Vitta, *Studi sui trattati*, Turín, s.d. (1958), pp. 80 y ss., quienes consideran la distinción entre acuerdos concluidos en forma simplificada, sin ratificación o con la ratificación de sólo algunos de los Estados parte, respecto al esquema conceptual del acto legislativo. (Para una indicación sobre la adaptación del ordenamiento interno a estas figuras de actos jurídicos, *vid. infra*, nota 25 y nuestras *Note sull'esecuzione...*, p. 46, nota 50).

Afirmado esto, se podría considerar —y, en efecto, ha sido sostenido recientemente en nuestra doctrina (*cf.* Monaco, *I trattati internazionali e la nuova costituzione*, *cit.*, pp. 204, 217)—, que sólo deben ser sometidos a autorización parlamentaria aquellos tratados en los que el gobierno —los órganos del *treaty making power*— han decidido someter a ratificación. En otros términos: según Monaco el requisito de la autorización parlamentaria sería excluido lógicamente cuando los órganos encargados de concluir el tratado hayan convenido, con los otros Estados contratantes, que un acuerdo, aunque pueda subsumirse en una de las categorías para cuya ratificación se exige autorización parlamentaria, entre en vigor sin necesidad de que sea ratificada. Como apoyo de esta opinión se puede deducir que especialmente en sistemas constitucionales como el nuestro donde existe una cláusula de adaptación automática al ordenamiento internacional, las normas constitucionales que prevén la autorización parlamentaria para la ratificación de ciertos acuerdos presuponen, también, la regla de derecho internacional de la que resulta que la ratificación de los tratados puede ser excluida (o que sólo se exige si se acuerda explícitamente) por las partes contratantes. Si se aceptase esta interpretación deberíamos admitir que el gobierno puede eludir los controles parlamentarios, para lo que le bastaría insertar en un acuerdo determinado una cláusula

A la luz de este criterio es más fácil determinar el ámbito de aplicación de la ley de autorización.

Aunque el artículo 80 se refiere literalmente a la conclusión de tratados, la interpretación más correcta y adecuada a su espíritu es la de

por la que se estableciese que éste se perfecciona sin necesidad de ratificación. No existiría, siempre según la tesis a la que nos estamos refiriendo, la necesidad de que se produzcan los actos previstos salvo en el caso de que el acuerdo fuese ratificado. El resultado a que conduce esta opinión suscita graves perplejidades. En efecto, también es posible que el constituyente, al prever la autorización parlamentaria en los casos especificados por el artículo 80, ha pretendido, en realidad, establecer que la ratificación sea necesaria en cuanto acto que emana formalmente del presidente de la República y que se dirige a perfeccionar el acuerdo internacional siempre que el acuerdo recaiga en una de las categorías previstas por el artículo 80. (Balladore Pallieri, *op. ult. cit.*, p. 502, manifiesta, en efecto, justamente que: “*Le problème des procédés pour la conclusion des traités est donc qu’un aspect du problème de la compétence des organes.*”)

Debe observarse, además, que el artículo 87 de la Constitución configura la ratificación de los tratados como un poder del presidente de la República e indica explícitamente que el ejercicio de este poder queda condicionado a la autorización de las Cámaras en los supuestos previstos por el propio artículo 80. En el contexto de la Constitución parece derivar que el presidente de la República debe intervenir necesariamente en el procedimiento de formación del acuerdo internacional y que el acto mediante el que el presidente ejercita su propio poder está, en cuanto acto de “ratificación”, sometido, en los supuestos anteriormente dichos, a autorización de las Cámaras.

Si se admite que el poder de ratificar tratados no está otorgado institucional y exclusivamente al presidente de la República y que, en consecuencia, el tratado puede perfeccionarse, también, por obra de órganos distintos de éste (por ejemplo, con la simple firma de plenipotenciario), permanece siempre la duda de si el artículo 80 ha intentado condicionar a la autorización del Parlamento el acto mediante el que se perfecciona el acuerdo internacional que se subsume en alguna de las categorías que contempla cualquiera que sea el órgano del que tal acto emana o, lo que es lo mismo, la forma en que el Estado expresa su consentimiento en obligarse por medio del tratado. Que esta sea, especialmente en régimen parlamentario, el fundamento de la autorización de las Cámaras, no lo niega, nos parece, ni siquiera la doctrina que querría dejar a la discreción del gobierno la necesidad de ratificación como elemento indispensable del acuerdo, con la consiguiente libertad de determinar el ámbito de control del Parlamento. Más bien, la doctrina ha advertido explícitamente que la autorización parlamentaria debe extenderse también a aquellos actos, distintos de la ratificación en sentido propio, como la adhesión y las demás declaraciones de voluntad con las que el Estado suscribe actos institutivos de organizaciones internacionales (Monaco, *op. ult. cit.*, p. 207; *cfr.*, también, Perassi, *La costituzione...*, *cit.* p. 14). Esta conclusión no se podría explicar sino con la consideración exacta de que el fundamento, o al menos uno de los componentes del fenómeno de la autorización parlamentaria, es la sumisión al control del órgano legislativo de todos los actos que pueden implicar la responsabilidad política del gobierno (véase, en efecto, para una diversa justificación de la extensión del control parlamentario a otras hipótesis además de la de la conclusión del acuerdo en un sistema presidencial, McClure, *op. cit.*, p. 234). Pero una vez advertido esto, es discutible si, como parece considerar Mo-

que el constituyente ha pretendido tomar en consideración cualquier declaración de voluntad del Estado que obligue políticamente al gobierno; por ello, no sólo la ratificación sino también, como acertadamente señala la doctrina, declaraciones que desde el punto de vista del

nacimiento, los órganos del *treaty making power*, pueden al excluir la ratificación, excluir los controles conectados a este acto aunque sea exacta la afirmación, que Monaco efectúa en otro sitio, de que los acuerdos concluidos en forma simplificada, tienen en la mayoría de los casos un contenido escasamente relevante desde el punto de vista político (*cfr. Osservazioni... cit.*, p. 178; *cfr.* para estadísticas y datos informativos McClure, *op. cit.*, esp. introducción). Sin entrar en el fondo de las tesis señaladas nos limitamos a poner de relieve que la afirmación de que el artículo 80 tendría el resultado de someter necesariamente ciertas categorías y tratados al control del Parlamento puede considerarse compatible con las reglas del derecho internacional general a las que el ordenamiento se uniforma en virtud del artículo 210 de la Constitución. Como es conocido, el derecho internacional reenvía, después de todo, al derecho interno, por lo que se refiere a la organización del *treaty making power* y nada obsta que el ordenamiento constitucional de un Estado pueda prescribir que la ratificación de los tratados es necesaria, al menos en ciertos casos. Además, si el sentido de la norma constitucional es el de organizar el ejercicio de este poder de forma tal que el presidente de la República no sea el titular exclusivo y que el Parlamento controle, en ciertos sectores, las relaciones internacionales del Estado, sería ciertamente arbitrario afirmar que el gobierno se encuentra en la posibilidad de derogar, al eludir los controles parlamentarios, el sistema de competencias fijado por la Constitución (*Cfr. Leisner, "La funzione governativa di politica estera e la separazione dei poteri"*, en *RTDP*, 1960, p. 369, y nota 56).

Además de estas tentativas de la doctrina, debemos recordar las soluciones de algún ordenamiento constitucional extranjero que ha tratado de limitar textualmente el ámbito de los controles parlamentarios: por ejemplo, el artículo 62 de la Constitución holandesa (modificada en 1953) dispone que, salvo la hipótesis prevista por el artículo 63 (conclusión de un tratado que modifique la Constitución) la aprobación de los Estados generales —requerida en forma general por el artículo 60— no es necesaria si así se establece mediante ley con referencia a un acuerdo particular o si el acuerdo, que debería ser aprobado, se refiere exclusivamente a la ejecución de otro tratado, aprobado anteriormente, salvo que los Estados generales al aprobar este otro acuerdo hayan hecho una reserva explícita en sentido contrario, o que el acuerdo mismo haya sido concluido con un periodo que no exceda de un año.

Otras estrategias, acogidas recientemente en ordenamientos constitucionales, se dirigen en cambio —como hemos señalado— a debilitar o simplificar la forma en que se ejercitan los controles. Podría, incluso, afirmarse, aunque esta afinidad de técnicas haya pasado, por lo que sabemos, hasta ahora inadvertida, que el legislador se ha inspirado en aquellas soluciones que ya se experimentaron en el terreno de las relaciones entre Parlamento y gobierno, precisamente en materia de transferencia de los poderes normativos del Parlamento al gobierno y de la correlativa solución de poderes legislativos por parte de este último (delegación legislativa y decretos-ley). Así, el artículo 61 de la Constitución holandesa dispone que el consentimiento de los Estados generales, se presume dado si, dentro de los 30 días de la sumisión del tratado a las Cámaras, éstas no han deliberado

derecho internacional son actos unilaterales o pueden ser considerados como tales; asimismo todos aquellos otros actos que sean relevantes para la perfección del acuerdo. Piénsese en la adhesión a tratados abiertos, o en las peticiones de admisión en organizaciones internacionales siempre

(o han decidido no deliberar) sobre él, salvo que la discusión sea pedida por un quinto de los miembros de la asamblea. Esta solución recuerda muy de cerca uno de los procedimientos previstos en el ordenamiento constitucional británico para el control de los actos de legislación delegada (*negative parliamentary procedure* o *procedure negative prayer*: el decreto legislativo o ley delegada entra en vigor en forma inmediata y se presenta al Parlamento salvo que sea caducada cuando las Cámaras dirijan una petición en tal sentido al Soberano; sobre estas y otras figuras de control suspensivo [*affirmative parliamentary procedure*], *vid.*, por último, en la doctrina *CHE* (ojo falta trozo) “L’ampliamento dei poteri normativi dell’Esecutivo nei principali ordinamenti occidentali”, en *RTDP*, 1959, pp. 495 y ss., a quien remitimos para indicaciones bibliográficas. Además, según el artículo 62 “si existen casos excepcionales de urgencia que requieren que el acuerdo entre en vigor inmediatamente, se le excluye de aprobación parlamentaria y se entiende concluido con la reserva de que se extinguirá si los Estados generales lo revocan. La conclusión del acuerdo debe ser comunicada en debido tiempo a las Cámaras”. La técnica utilizada en este otro caso se inspira obviamente en la que se usa normalmente para la ratificación y aprobación de los decretos-ley o de urgencia. (Sobre el nexo y la coincidencia entre el fenómeno de la delegación y el de la autorización parlamentaria en nuestro ordenamiento, *vid. supra*, nota 11). Entre los procedimientos de que hablamos cabe citar otras soluciones: por ejemplo, conferir a una comisión legislativa especial el poder de autorizar la conclusión de acuerdos, solución descartada por nuestro constituyente (artículo 72.3 de la Constitución) pero acogida, aunque con cautela, en ordenamientos extranjeros (*cf.* artículo 12 de la Constitución sueca 1809), que puede revestir un interés particular con el fin de garantizar el secreto del tratado, especialmente cuando el ordenamiento constitucional prevé, para los trabajos de las comisiones, una publicidad menos amplia de la que se da a los debates del Pleno; también otras soluciones como la de organizar la ley de autorización de forma tal que se refiere a las eventuales modificaciones del tratado, solución excluida por el texto de nuestra Constitución. Con esta solución queda eliminada la necesidad de intervenciones sucesivas del Parlamento respecto del acto de autorización inicial. En conclusión, puede observarse que los ordenamientos constitucionales extranjeros revelan una tendencia general a reducir en fórmulas escritas y en la propia Constitución formal los mecanismos de que hemos hecho mención, aunque, en cierta medida, dejen siempre libre juego a la práctica. Es significativo, ciertamente, que, mientras para la autorización parlamentaria no se requiere generalmente una mayoría cualificada (sobre el requisito de los dos tercios para el *consent* del Senado de Estados Unidos, *vid.*, McClure, *op. loc. ult. cit.*, Oliver, “Treaties, The Senate and the Constitution. Some Current Questions”, *AJIL*, 1959, pp. 606-611) salvo que se trate de autorizar o aprobar un tratado que se encuentre en contradicción con la Constitución (en cuyo caso se prevé explícitamente, por ejemplo, artículo 50.2 de la Constitución austriaca; parágrafo 74, 166 de la Constitución checoslovaca; artículo 63 de la Constitución holandesa, o debe considerarse prescrita la adopción del procedimiento de remisión constitucional: *cf.* Perassi, *La Costituzione...*, *cit.*, p. 16; La Pergola, *Note sull’esecuzione...*, *cit.*, p. 33), otras disposiciones normativas, dirigidas a garantizar mayor libertad al poder Ejecutivo en la conclusión de acuerdos internacionales (facultad de o autorizar otros

que constituyan condición necesaria y suficiente para ingresar en tal organización.²³

Se plantean cuestiones de difícil solución en aquellos supuestos en los que el contenido del tratado se modifica sin una declaración de voluntad explícita por parte del Estado, o incluso en contra de la misma. Así ocurre especialmente en los tratados que instituyen organizaciones internacionales o entes provistos de poderes legislativos para cuyo ejercicio se prevé la simple mayoría y no la unidad de los Estados miembros.

Aunque no nos podemos detener en él, merecería un examen más profundo el problema de si, siempre respecto de la necesidad de recurrir o no a una nueva ley de autorización, es asimilable la hipótesis de la conclusión de un nuevo acuerdo a la de la emanación de una decisión institucional por parte de las autoridades de una organización internacional. Tales decisiones pueden ostentar distinto contenido, como recomendaciones, decisiones vinculantes, dictámenes, modificaciones del tratado institutivo de la organización, etcétera.²⁴

Nos basta con señalar aquí, incidentalmente, que pueden existir situaciones en las que la figura de la decisión se subsuma en la del acuerdo y viceversa. Un acuerdo puede ser construido como una decisión institucional cuando vincule a los futuros adherentes a la organización. Por el contrario, una decisión institucional puede descender al nivel del acuerdo, cuando, siendo emanada en violación del estatuto o del acto institucional de la organización, pueda vincular no ya a todos los miembros

órganos para ratificar acuerdos internacionales reconocida al jefe del Estado en algún ordenamiento: artículo 66.2 de la Constitución austríaca; parágrafo 74 de la Constitución checoslovaca; artículo 60 de la Constitución holandesa), presuponen que los tratados para los que se admite la delegación o las otras formas simplificadas, tengan por objeto materias de importancia secundaria, distintas de las que son sometidas a autorización parlamentaria, y así constituyen soluciones sólo parciales e indirectas del problema que consideramos: *cfr.*, para el ordenamiento austríaco, Seidl Hohenveldern, "Relation of International Law to Internal Law in Austria", en *AJIL*, 1955, pp. 468 y ss.

²³ *Cfr.*, sobre estos problemas, Monaco, *I Trattati...*, *cit.*, *passim*; Miele, *op. cit.*, pp. 59 y ss.

²⁴ Sobre la figura de las decisiones institucionales *vid.*, últimamente, Malintoppi, *Le raccomandazioni internazionali*, Milán, 1958, pp. 92 y ss.; sobre la adaptación a los actos de las organizaciones internacionales, *vid.* Barile, *Diritto internazionale e diritto interno*, *cit.*, pp. 152 y ss.; y del mismo autor, "Droit international et droit de la CECA: les sources du droit de la Communauté", en *Actes officiels du Congrès international d'études sur la CECA*, Milán, 1957, p. 89; así como los escritos de otros autores que se contienen en esta obra.

bros de esta última, sino simplemente a los Estados que se han adherido a ella.²⁵

Dicho esto, conviene aclarar que esa exigencia de control político del gobierno en que se inspira el artículo 80 sólo puede ser asumida como criterio de interpretación en cuanto no contradiga el tenor literal de dicho artículo. En efecto, no sería válida, en los casos en que la responsabilidad del gobierno resulte comprometida por actos que no se encuentren conectados con relación jurídica internacional establecida por un tratado.

²⁵ En este sentido se ha sostenido que las decisiones adoptadas por los órganos de las Naciones Unidas en violación de su Estatuto deben ser consideradas inválidas porque equivalen a una revisión del Estatuto mismo que, sin embargo, no ha sido aceptada en la forma prevista (en el caso de Naciones Unidas, por el artículo 108 de la Carta): si se considera que en esta hipótesis la decisión no puede imputarse a la organización sino que vincula sólo a los Estados que han adherido a ella, tendríamos, por así decirlo, una figura de *conversión* o de reducción de la decisión constitucional a un acto que, desde el punto de vista del derecho internacional general, puede ser construido como un acuerdo eficaz *inter partes*. Cfr. Sohn, *The Role of the General Assembly and the Problem of Weighted Voting*, p. 20. Contra la tesis señalada de la conversión se podría, sin embargo, hacer valer, además de la diferencia sustancial que existe entre acuerdo y acto colegial (adoptado por unanimidad), que ha sido puesta de relieve por Ubertazzi, *Il principio di unanimità negli organi collegiali internazionali*, Milán, 1953, pp. 122-123 (referencias a la diversidad de contenido de las decisiones colegiales respecto de los actos de voluntad constitutivos de los acuerdos), p. 124 (diversidad de los presupuestos —procedimientos— para la perfección de los actos colegiales), pp. 139-140 (separación del criterio de la unanimidad del dogma de la voluntad), que la manifestación de voluntad con la que el Estado adhiere o participa en la decisión de una organización internacional o de un órgano en el seno del cual está representado, puede adolecer de defectos de forma que el ordenamiento interno (y el ordenamiento internacional que, a este propósito reenvía al ordenamiento interno) prescribe para la conclusión válida de los tratados. Sobre la doble naturaleza —de acuerdo internacional y de acto regulado por el ordenamiento interno— de los actos de órganos instituidos mediante tratado, *vid.* Sereni, *Diritto internazionale*, II, Sez. 2, Milán, 1960, p. 912. Cfr., también, Tammes, "Decisions of International Organs as a Source of International Law", en *Rec. C.*, 1958, II (vol. 94), p. 290, quien ve en ciertas *hybrid forms of decisions* el punto de encuentro entre el acuerdo y la decisión institucional. La hipótesis contraria a la que se señala en el texto puede encontrarse en los acuerdos concluidos entre los Estados miembros de una organización —o entre éstos y terceros Estados— y relativos a una materia que está reservada a la esfera de competencia de la organización, antes de que el aparato institucional de esta última haya entrado en función, o cuando se haya adoptado el principio de la unanimidad para las deliberaciones de algunos órganos: así se debería, en efecto, considerar que la norma establecida mediante acuerdo de los Estados miembros emana de la organización y, justo en cuanto constituye la figura de decisión institucional, está en grado de vincular no sólo a los Estados que se han adherido a ella (sobre la participación de los Estados miembros de la decisión o acto colegial (cfr. Tammes, *op. cit.*, p. 337), sino también los miembros ulteriores de la organización (cfr. La Pergola, *Studies...*, *cit.*, p. 156). La im-

Esta esfera de actividad, que puede ser de gran importancia política, está sometida al control parlamentario que el Legislativo puede ejercitar en todo caso sobre el gobierno, pero permanece fuera del ámbito del artículo 80, que se limita a exigir ley de autorización sólo para la conclusión de tratados (más bien, de algunas características de tratados) y que, por tanto, en cuanto a norma restrictiva de una esfera de competencias debe considerarse como de interpretación estricta.

Habiendo comprobado ya que la ley de autorización permanece limitada a los actos que afectan, por así decirlo, al “ciclo vital” del tratado, se plantea ahora el otro problema que consiste en ver cuáles de estos actos necesitan en concreto ser autorizados por el parlamento. En esta cuestión se observan incertidumbres doctrinales o diversidad de soluciones que no siempre están justificadas. No se alcanza a comprender, así, por qué cierta doctrina excluye que sea necesaria una autorización para denunciar un tratado ya autorizado, mientras que, en cambio, la exige para las manifestaciones de voluntad con las que el Estado vuelve a poner en vigor una convención suspendida o interrumpida por cualquier causa, por ejemplo por causa de guerra.²⁶

Como todos estos actos vinculan o pueden vincular la responsabilidad política del gobierno, deberían considerarse sujetos a autorización parlamentaria, siempre que se entienda que el fundamento o fin principal de esta última sea el control político del Ejecutivo. No pretendemos excluir con ello que se añada a la exigencia de control político también la de impedir que el gobierno asuma obligaciones para cuyo cumplimiento debería exceder su propia competencia, como ocurre en el caso de los tratados que implican modificaciones legislativas. En tales casos el parlamento actúa como órgano de autorización, pero no sólo en cuanto que es titular del poder de control político, sino porque, en defini-

portancia que estas hipótesis pueden revestir desde el punto de vista de la adaptación resulta clara cuando el ordenamiento interno ha prescrito, con referencia a los actos de las organizaciones internacionales, un régimen distinto del que, en línea general, es válido para el derecho internacional convencional: diverso será, por tanto, el modo en que la legislación interna debe adaptarse a un acto jurídico internacional según que éste se construya como acuerdo o como decisión institucional de una organización internacional. Sobre estos problemas pueden consultarse útilmente Kelsen, *The Law of the United Nations, cit., esp.* pp. 816 y ss., 917 y ss.

²⁶ *Vid.*, Miele, *op. loc. ult. cit.* Estos mismos problemas se plantean, obviamente, también, a propósito de la orden de ejecución: en efecto, se puede dudar si la misma puede insertar en el ordenamiento interno sólo las normas necesarias para adaptar este último a la extinción sobrevenida del tratado o si, en cambio, puede operar en relación a otros hechos extintivos o modificativos de la norma internacional, *vid. infra*.

Esta esfera de actividad, que puede ser de gran importancia política, está sometida al control parlamentario que el Legislativo puede ejercitar en todo caso sobre el gobierno, pero permanece fuera del ámbito del artículo 80, que se limita a exigir ley de autorización sólo para la conclusión de tratados (más bien, de algunas características de tratados) y que, por tanto, en cuanto a norma restrictiva de una esfera de competencias debe considerarse como de interpretación estricta.

Habiendo comprobado ya que la ley de autorización permanece limitada a los actos que afectan, por así decirlo, al “ciclo vital” del tratado, se plantea ahora el otro problema que consiste en ver cuáles de estos actos necesitan en concreto ser autorizados por el parlamento. En esta cuestión se observan incertidumbres doctrinales o diversidad de soluciones que no siempre están justificadas. No se alcanza a comprender, así, por qué cierta doctrina excluye que sea necesaria una autorización para denunciar un tratado ya autorizado, mientras que, en cambio, la exige para las manifestaciones de voluntad con las que el Estado vuelve a poner en vigor una convención suspendida o interrumpida por cualquier causa, por ejemplo por causa de guerra.²⁶

Como todos estos actos vinculan o pueden vincular la responsabilidad política del gobierno, deberían considerarse sujetos a autorización parlamentaria, siempre que se entienda que el fundamento o fin principal de esta última sea el control político del Ejecutivo. No pretendemos excluir con ello que se añada a la exigencia de control político también la de impedir que el gobierno asuma obligaciones para cuyo cumplimiento debería exceder su propia competencia, como ocurre en el caso de los tratados que implican modificaciones legislativas. En tales casos el parlamento actúa como órgano de autorización, pero no sólo en cuanto que es titular del poder de control político, sino porque, en defini-

portancia que estas hipótesis pueden revestir desde el punto de vista de la adaptación resulta clara cuando el ordenamiento interno ha prescrito, con referencia a los actos de las organizaciones internacionales, un régimen distinto del que, en línea general, es válido para el derecho internacional convencional: diverso será, por tanto, el modo en que la legislación interna debe adaptarse a un acto jurídico internacional según que éste se construya como acuerdo o como decisión institucional de una organización internacional. Sobre estos problemas pueden consultarse útilmente Kelsen, *The Law of the United Nations, cit., esp.* pp. 816 y ss., 917 y ss.

²⁶ *Vid.*, Miele, *op. loc. ult. cit.* Estos mismos problemas se plantean, obviamente, también, a propósito de la orden de ejecución: en efecto, se puede dudar si la misma puede insertar en el ordenamiento interno sólo las normas necesarias para adaptar este último a la extinción sobrevenida del tratado o si, en cambio, puede operar en relación a otros hechos extintivos o modificativos de la norma internacional, *vid. infra*.

tiva, es el mismo órgano que debe intervenir en un segundo momento para dictar las normas de adaptación. Como resulta evidente se trata de exigencias que, lejos de ser incompatibles, son concurrentes para delimitar la función del acto de autorización en el caso que nos interesa.²⁷

En conclusión, la solución más acorde con el espíritu de nuestra Constitución es la de que la autorización parlamentaria sea necesaria cada vez que se produzca una modificación del tratado que altere la situación de hecho en cuya virtud fue dada la autorización. Según este criterio se podría defender la constitucionalidad de las leyes de autorización para la ratificación de tratados constitutivos de organizaciones internacionales, aunque se confiera a éstas el poder de emanar por mayoría simple,

²⁷ Como hemos señalado, la ratificación de un tratado que modifica la Constitución debería ser autorizada con ley constitucional. No parece, sin embargo, que en esta práctica se haya producido nunca un tratado inconstitucional o que se haya planteado hasta ahora esta cuestión ante la Corte constitucional. Ha surgido alguna duda, en sede de discusión parlamentaria, sobre la constitucionalidad de las cláusulas de los tratados que prevén una intervención *automática* (por ejemplo, artículos 50 y 51 del Estatuto de las Naciones Unidas) en la eventualidad de que otros Estados, miembros de una organización internacional, sean víctimas de agresión. La obligación de intervenir en defensa de otros Estados-parte, ha sido dicho, contrastaría con la norma de la Constitución que atribuye a las Cámaras el poder de declarar el estado de guerra. Sin embargo, la contradicción puede resolverse en el plano de la interpretación de los tratados de asistencia señalados los que, aunque contienen una cláusula de intervención automática, dejan siempre abierta la reserva a cada Estado de intervenir en los límites de sus propias posibilidades; límites que pueden consistir también en las disposiciones constitucionales que vinculan la competencia de los órganos ejecutivos. Otro caso podría ser el de un tratado que contemple la modificación del territorio de una región que se encuentra garantizado constitucionalmente. ¿Deberá requerirse ley constitucional con base en el artículo que subordina al procedimiento de revisión las modificaciones del territorio de la región (o, al menos, aquellas modificaciones territoriales que resulten de la creación de nuevas regiones o de la fusión de regiones existentes), o bastará con la pura y simple ley de autorización, a que se refiere el artículo 80? Sin profundizar en la cuestión me parece que un posible criterio de solución puede extraerse de este doble orden de consideraciones: 1) que el artículo 80 prevea la ley de autorización no significa que ésta deba producirse en todo caso en forma de ley ordinaria; el procedimiento de revisión sería realmente necesario, como sabemos, cuando el contenido del tratado fuese contrario a una norma constitucional. 2) Para asegurar este último punto es necesario preguntarse cuál es el fundamento de las normas relativas a la formación de nuevas regiones. ¿Ha pretendido el constituyente garantizar el ámbito espacial de cada región en relación con las demás unidades territoriales en las que se articula el Estado o ha pretendido predisponer una garantía, por así decirlo, absoluta que valga también cuando el territorio que se separa de una región no es atribuido a otra región sino cedido a un Estado extranjero? Si se acoge esta última interpretación, la necesidad de una ley constitucional podría fundarse sobre la exigencia de adoptar el procedimiento agravado para autorizar la ratificación de cualquier tratado que se dirija a modificar uno de los elementos constitutivos del Estado cual es el territorio.

decisiones vinculantes para los Estados miembros. En efecto, se puede presumir que el parlamento ha dado su autorización tras tener una visión exacta de las condiciones en las que el gobierno ha decidido adherirse al tratado. No nos parece posible que se objete que esta solución deja excesivo arbitrio al intérprete que debería, cada vez, indicar si existe una obligación política nueva o distinta de la que fue autorizada originariamente.

No parece, en efecto, muy fundada, la pretensión de negar al intérprete de la Constitución, y en especial de la Corte Constitucional, la posibilidad de fundar su investigación en la comprobación de elementos o situaciones de hecho. Más complicado es el supuesto de que el tratado que forma objeto de autorización sea modificable por un nuevo acuerdo mediante un procedimiento distinto al de la unanimidad. Para sostener la constitucionalidad de la ley que autorice la conclusión de tal acuerdo, podría quizá utilizarse el artículo 11 de la Constitución, que consiente (o incluso fomenta) las limitaciones de soberanía de nuestro ordenamiento en condiciones de paridad con los otros Estados y promueve organizaciones internacionales encaminadas a la consecución de este fin.²⁶

²⁶ Migliazza, en un trabajo que se va a publicar próximamente en *Jus* ("L'azione della Corte di giustizia nei sistemi giuridici della comunità e nei sistemi degli Stati membri": citamos del original que amablemente nos ha facilitado el autor), pone de relieve la poca atención que hasta ahora se ha otorgado al problema de la constitucionalidad de las leyes con las que se ha dado ejecución a algunos tratados cuyas disposiciones "indudablemente innovaban la Constitución italiana, como ocurre, ciertamente, respecto de algunas normas de los tratados institutivos de comunidades supranacionales" (p. 32). La premisa de Migliazza es que para la correcta solución de este problema no nos sirven los esquemas clásicos de la escuela dualista: en particular, que no se puede aceptar la tesis de que el ordenamiento interno se adapta al sistema jurídico comunitario en la misma forma que lo hace al derecho internacional convencional, al establecerse, en virtud de leyes y de ejecución, "principios jurídicos de contenido análogo a los establecidos a las normas del Tratado todas las veces que la orden de ejecución sea idóneo concretamente para crear normas internas" (p. 38). En lugar del reenvío, y de la nacionalización o recepción de los procedimientos de producción jurídica propios de los ordenamientos comunitarios (*op. cit.*, p. 40), tenemos, según Migliazza, un fenómeno doble: la sustracción a la esfera del ordenamiento interno de todas las materias que han sido atribuidas al ente supranacional y la adaptación del ordenamiento de los Estados miembros "en aquellas materias que todavía son reguladas por ellos" a la existencia de este ente. De aquí, la conclusión de que las normas ejecutivas de los tratados en cuestión se encaminan a efectuar... "la transferencia de materias de la regulación directa del sistema jurídico estatal a la regulación jurídica del sistema comunitario, o bien... a someter el ordenamiento estatal al ordenamiento comunitario" (p. 43).

No es éste el lugar más oportuno para discutir la sugestiva construcción a la

Pero este argumento no elimina completamente las dudas y dificultades planteadas. Incluso con la consideración conjunta de los artículos 11 y 80, la autorización parlamentaria debería ser solicitada siempre que

que nos referimos, la cual no interesa directamente a los asuntos que estamos tratando. Nos limitamos, así, a indicar incidentalmente alguna duda acerca del fundamento de las objeciones que Migliazza efectúa contra los consabidos esquemas de la adaptación, con particular referencia a la adaptación del ordenamiento interno al derecho internacional convencional. Puede darse que el fenómeno de la relevancia del ordenamiento comunitario para el derecho de los Estados miembros sea distinto, cualitativamente, respecto de los procesos por los que el derecho interno atribuye eficacia, dentro de su propia esfera a los demás tratados internacionales. Pero es necesario, tal vez, preguntarse, si las conclusiones a que llega Migliazza, no vienen a proponernos, al menos bajo ciertos aspectos, criterios de la escuela dualista que, en cambio, él afirma deben ser rechazados claramente. Considérese, por ejemplo, el fenómeno del retraimiento del ordenamiento estatal y de la correspondiente extensión de un ordenamiento externo (en otro caso, el ordenamiento comunitario). Ya lo puso de manifiesto claramente Romano, (*L'ordinamento giuridico* (2), *cit.*, p. 142), que, justamente, conecta por lo menos una de las figuras del reenvío al derecho extranjero (reenvío formal) "al principio de que el ordenamiento estatal se limite a sí mismo: lo que viene a significar que el derecho extranjero es llamado a imperar en un campo en el que no impera normalmente y, por tanto, no puede ser considerado como parte del segundo" —también, el mismo Santi Romano precisa en otro lugar que este esquema de reenvío es el idóneo para describir las relaciones entre ordenamientos estatales aplicando la noción distinta de presuposición a las relaciones entre derecho internacional y derecho interno (*Corso di diritto internazionale* (1), *cit.*, pp. 49-50—. Es, además, discutible si Migliazza ha logrado desprender totalmente su propia construcción del concepto de adaptación, en los términos en que éste es aceptado o utilizado por la doctrina según la cual las normas de ejecución operan o presuponen el reenvío a las normas, sino a los hechos de producción del ordenamiento reenviado. En efecto, como se ha advertido, Migliazza no niega, sino que más bien se ve obligado a admitir explícitamente, que las normas ejecutivas de los tratados institutivos de ciertas organizaciones internacionales, tienen, además, de la función de efectuar la transferencia de materias atribuidas al ente supranacional, también la de adaptar el sistema jurídico estatal al derecho comunitario en las materias que quedan residualmente como competencia de los Estados miembros. Aclara el autor, que el significado de la ley de ejecución, también en este último caso, es el de reconocer la sumisión del ordenamiento interno al derecho comunitario, más que proveer a la producción de normas, cuyo contenido viniese extraído como considerada la doctrina dominante, de los valores normativos del tratado.

Pero el concepto de sumisión del ordenamiento estatal al derecho internacional no es, a nuestro juicio, incompatible necesariamente con la tesis que identifica la norma relativa a la adaptación con una norma sobre la producción, al menos en el sentido de que tal tesis no implica inevitablemente ni excluye la superioridad o la prioridad de rango de las normas introducidas respecto a las demás fuentes del ordenamiento reenviante. Mayor importancia tiene, en cambio, la otra objeción de Migliazza, según la cual, las tesis "produttivistiche" no podrían explicar el traspaso de ciertas materias, que permanecerán excluidas del ordenamiento estatal, al sistema jurídico comunitario. Es precisamente a este respecto cuando el autor invoca el artículo 11 de la Constitución, para argumentar, sobre él, la constitucionalidad de las normas de ejecución a que nos referimos (que, en cambio, si

el contenido y especialmente el mecanismo establecido para las modificaciones del tratado se aleje del criterio de paridad. Y, como ya hemos

se aceptase el punto de vista dominante en la doctrina, deberían ser consideradas inconstitucionales). Sin embargo, ni siquiera esta consideración nos convence. Como resulta claramente de las observaciones que hemos desarrollado en el texto no pretendemos negar fundamento a las reservas de Migliazza acerca de la constitucionabilidad de las normas de ejecución de los tratados a que se refiere. A nuestro juicio, existe contradicción entre tales normas y la Constitución no sólo cuando el contenido normativo del tratado, o las normas o actos establecidos con base en éste por los órganos comunitarios, innovan la Constitución (este es el caso que contempla Migliazza) sino, también, toda vez que el legislador ordinario inserta, en el acto en el que se dicta la orden de ejecución, una norma sobre la producción (importa poco, como hemos explicado a su debido tiempo, que el legislador pretenda insertar las normas creadas mediante adaptación al nivel de normas constitucionales o de leyes ordinarias). Simplemente, queremos poner de relieve que, si se piensa utilizar el artículo 11 de la Constitución para excluir la inconstitucionalidad de las normas de ejecución que examinamos (y concordamos con Migliazza que éste es el único punto de apoyo que a tal fin nos ofrece la Constitución), no puede dejar de advertirse que tal artículo, incluso por su formulación literal poco precisa, es susceptible de interpretaciones distintas e incluso contradictorias (cfr., Monaco, *Osservazioni... cit.*, pp. 183, 185-186). No nos parece que exista ningún argumento lógico o literal del cual podamos o debamos deducir que el constituyente, al referirse a las limitaciones de soberanía necesarias para la integración de una organización internacional, haya querido dar al artículo 11 un contenido incompatible con las concesiones dominantes en el tema de la adaptación. Una vez explicado, precisamente con el artículo 11, el ingreso del ordenamiento comunitario (o de cualquier otra organización internacional que se acomode a los requisitos previstos por el constituyente), en la esfera en la que falta o se retrae la soberanía estatal, debe seguirse que el derecho comunitario y el derecho interno deben considerarse como sistemas separados, tal como exactamente pone de relieve Migliazza sin que ello implique, sin embargo, la exclusión lógica de las tesis "produttivistiche" para explicar la adaptación de este último ordenamiento al sistema comunitario. Se podría pensar, ciertamente, que el artículo 11 presupone la adaptación automática del ordenamiento interno a los sistemas comunitarios o (si no se quiere llegar a este resultado, quizás excesivo) que se limite a consentir la adopción de la ley ordinaria para hacer eficaces en la esfera interna los tratados y las normas del ordenamiento comunitario que fuesen contrarios a la Constitución. Concebido así, el artículo 11 puede ser útilmente invocado siempre incluso aceptando la tesis dominante. A tal respecto, conviene recordar que la teoría de la norma sobre la producción (y las demás derivadas de los esquemas conceptuales del reenvío) presuponen la distinción y la pluralidad de ordenamientos jurídicos; por tanto, no les puede ser opuesta en forma alguna la separación del ordenamiento interno respecto del ordenamiento comunitario o de cualquier otro ordenamiento del que resulte la reducción o limitación de la soberanía del Estado que prevé el artículo 11 (cfr., Stendardi, *I rapporti fra ordinamenti giuridici italiani e delle comunità europee*, Milán, 1958, pp. 37-38, quien argumenta, partiendo del artículo 11, la conformidad a la Constitución de las normas contenidas en los tratados comunitarios que implican reducción de la soberanía del Estado: *vid.*, sin embargo, la bibliografía allí citada en la nota 18). Cfr., en torno a los problemas señalados, Capotorti, "Sull'interpretazione uniforme dei trattati europei", en *RDI*,

dicho, la determinación exacta del significado de este criterio dista mucho de ser fácil.²⁹

2) En realidad carece también de justificación el otro argumento que podría aducirse para defender la constitucionalidad y fundamento de la orden de ejecución entendida como norma sobre la producción. En efecto, se ha dicho que las normas introducidas en el ordenamiento interno a través de una orden de ejecución, que además las hace depender de una variación del tratado al que se refiere, tienen rango de

1960, p. 15, nota 29, y, para una más amplia exposición del pensamiento de este autor, *La nazionalità delle società*, Nápoles, 1953, pp. 85 y ss.

²⁹ No nos parece que el constituyente haya entendido “paridad” en el sentido de “reciprocidad”. El concepto de “reciprocidad”, pues, no es idóneo para describir una situación de carácter contractual que la petición de cada miembro en el seno de una organización internacional del tipo de las contempladas en el artículo 11. Por otra parte, si el concepto de paridad se hace coincidir con el de igualdad de *status* o de representación de los Estados miembros en el aparato institucional de la organización, nos debemos plantear el problema de investigar hasta qué punto este requisito resulta comprometido en los casos en que se garantiza, por así decirlo, un *status* mínimo de todos los Estados miembros, distinguiendo, sin embargo, la posición de algunos de éstos que ostentan derecho y deberes particulares. Una posible solución sería la de considerar asegurado el respeto de la igualdad cuando la posición de los Estados miembros se encuentre garantizada por una rigidez del procedimiento de admisión de terceros Estados en la organización.

Por esta vía, en efecto, sería más difícil una discriminación de *status* entre los miembros originarios y los miembros adheridos. Pues, tal vez, una coincidencia significativa que en los distintos tratados institutivos de organizaciones internacionales el procedimiento de revisión del tratado, a veces, extremadamente delicado, tienda a coincidir, al menos en parte, por el procedimiento establecido para la admisión de nuevos miembros. (Cfr., por ejemplo, los artículos 4, 18 y 108 del Estatuto de las Naciones Unidas, de los que resulta que la admisión de nuevos miembros y la revisión del tratado son competencia de los mismos órganos (Asamblea General y Consejo de Seguridad— que deliberan sobre la cuestión con un *quorum* especial en ambos casos; la única diferencia viene constituida por el requisito de la ratificación por parte, de al menos, dos tercios de los Estados miembros, que es prevista para las modificaciones del Estatuto y no para la admisión de nuevos miembros. Cfr. los artículos 96 y 98 del tratado institutivo de la CECA. En algunos casos, incluso, establecido el procedimiento de admisión en forma tal de permitir que las reformas necesarias para atribuir a los nuevos miembros un *status* distinto del que se otorga a los contrayentes originarios sea adoptado sin recurrir al procedimiento de revisión más complicado; se ha establecido así una coincidencia entre procedimiento de admisión y el de revisión, aunque limitada a una forma particular de este último. Cfr. en este sentido los artículos 204 y 205 del Tratado institutivo del EURATOM, y las disposiciones, de idéntico contenido del tratado de la Comunidad Económica Europea —artículos 236 y 237: del texto inglés publicado por el Comité *ad interim* de la Comunidad Económica Europea y del EURATOM Bruselas).

Sobre estos problemas, además de las observaciones generales de Kelsen, “Membership in the United Nations”, en *CLR*, 1946, pp. 391 y ss., y de Monaco, *Lezioni...*, cit., pp. 71 y ss., y con Morelli, “Equaglianza e disuguaglianza tra i

normas ordinarias. Por tanto, podrían ser modificadas o derogadas con el mismo procedimiento al que se recurre para dictar la orden de ejecución, y por los mismos órganos. Replanteada la cuestión en estos términos, resultaría que la norma sobre la producción, con la que se identifica la orden de ejecución, no excede de la competencia del órgano del que emana. Y ello en el sentido de que las normas introducidas en el ordenamiento no podrían, en ningún caso, alcanzar un rango superior al de la norma que las ha establecido. Esta observación es, sin duda, exacta, pero no sirve ciertamente para excluir que la orden de ejecución sea inconstitucional siempre que se comporte como una norma sobre la producción y en cuanto que así lo haga. La inconstitucionalidad deriva de que la orden de ejecución contraviene, en este caso, las normas que regulan los procedimientos de producción jurídica. No así del valor o rango de las normas introducidas, que no podrían exceder el de la ley ordinaria en cuya forma ha sido dictada la orden de ejecución. Dicho en otras palabras, la violación de la Constitución consiste en la creación de normas al margen de los procedimientos de producción que contempla el ordenamiento. Poco importa si las normas así establecidas tienen valor de ley y por ello son derogables por el procedimiento ordinario. El hecho de que una ley sea derogable no significa que sea válida; en efecto, también son derogables las normas inconstitucionales.

3) Mayor atención merece la afirmación de que el problema de la constitucionalidad de la orden de ejecución quedaría superado si se aceptase la tesis de que el artículo 10 de la Constitución, que establece un procedimiento de adaptación automática al derecho internacional

membri delle Nazioni Unite”, en *CI*, 1947, p. 27; Balladore Pallieri, “Gli emendamenti allo statuto delle Nazioni Unite”, en *CL*, 1946, p. 193; y, recientemente, Fois P., “Gli emendamenti allo statuto del Consiglio d’Europa”, en *RDI*, 1958, pp. 414 y ss.; en la doctrina extranjera, Brown Scott, “Le principe de l’égalité juridique dans les rapports internationaux”, en *Rec. C.*, 1932, IV (vol. 42), pp. 576 y ss.; Markus, *Grandes puissances, petites nations et le problème de l’organisation internationale*, Neuchatel, 1947, pp. 22 y ss.; Koo, *Voting Procedures in International Political Organisations*, Nueva York, 1947, *esp.*, p. 136.

Por otra parte, la conexión existente entre la regulación del poder de revisión y la naturaleza de las organizaciones supranacionales ha sido puesta de relieve por las corrientes de la doctrina anglosajona que ven el núcleo esencial del federalismo en el hecho de que los Estados miembros o las comunidades federadas resulten investidas no tanto de la potestad constituyente (como lo considera una parte de nuestra doctrina: *cfr.*, por cuanto Virga, *La Regione, cit.*, p. 18 y bibliografía allí citada en nota) cuanto del poder de revisión del “amending power”. En este sentido, Friedrich, “Federal Constitutional Theory and Emergent Proposals”, en *Federalism; Mature and Emergent*, pp. 510 y ss.; Wheare, *Federal Government* (2), Londres, 1953, p. 57.

general, se refiere también a la adaptación de nuestro ordenamiento al derecho internacional convencional. Aquí, como en la hipótesis de que la orden de ejecución venga emanada con forma de ley constitucional y junto con la ley de autorización en la que se contiene, no hay duda de que el procedimiento automático encuentre su propio fundamento en una norma, que al haber sido establecida por el órgano de revisión constitucional, prevalece sobre todas las demás normas del texto constitucional que regulan los modos de creación del derecho. Hay una diferencia entre las dos hipótesis. Si no se sostiene la aplicabilidad del artículo 10 al derecho internacional convencional en forma general, la orden de ejecución que en cada caso concreto haya sido emanada con forma de ley constitucional es idónea para modificar la Constitución o derogarla sólo respecto de la materia que forma objeto del tratado a que se refiera.³⁰

Es claro, en efecto, que dotar de forma de ley constitucional a una orden de ejecución considerada aislada o puntualmente no significa establecer un procedimiento de adaptación automática al derecho internacional convencional, paralelo al ya previsto en el artículo 10 para la adaptación al derecho internacional consuetudinario y, por tanto, a las exigencias que dimanen de los tratados sucesivos. Sin embargo, la tesis que amplía el ámbito del artículo 10 al derecho internacional convencional ha quedado aislada en la doctrina, a pesar de haber sido sostenida por voz autorizada. Volveremos sobre este punto más adelante. Igualmente infundada es la tesis que afirma que del artículo 10 deriva la sumisión de la ley al tratado, ya que, aun faltando una disposición de adaptación al derecho internacional convencional, el legislador no podría establecer ninguna norma que estuviese en contradicción con el contenido de los tratados. Por tanto, tendríamos una forma de adaptación sólo parcial y negativa, en el sentido que aclararemos.

Reservándonos examinar más ampliamente esta corriente doctrinal, veamos ahora qué consecuencias derivan de ella por lo que respecta al problema que nos interesa. Empecemos por la opinión enunciada en último lugar. Las leyes de ejecución de los tratados serían, como precisaremos, equiparadas a las normas constitucionales sólo en su aspecto

³⁰ En algunas Constituciones, y para facilitar la labor del intérprete en el supuesto que se contempla en el texto, exige que una ley, si ha sido emanada con el procedimiento de revisión constitucional, contenga la advertencia auténtica de que va directamente dirigida a modificar el texto constitucional: artículo 44 de la Constitución austríaca: "Las leyes constitucionales... deben ser denominadas expresamente como tales leyes (ley constitucional y disposición constitucional)".

de su eficacia. En otros términos, no podrían ser derogadas sino por medio de una ley constitucional; pero, por otra parte, no se encontrarían en grado de modificar las normas de la Constitución. La orden de ejecución, incluso cuando se acogiese la tesis que analizamos, sería por ello no idónea para innovar el régimen que el ordenamiento establece para los procedimientos de producción del derecho. De lo que se deriva que, incluso según esta opinión, no podría construirse correctamente como una norma sobre la producción. Si, por otra parte, se incluye en el ámbito del artículo 10 el derecho internacional convencional, es preciso concluir que la orden de ejecución concebida como una norma sobre la producción no será inconstitucional, pero sí inútil. En efecto, se limitaría a reproducir el artículo 10 con relación a una o más hipótesis particulares, a supuestos concretos del derecho internacional. Pero, mientras que es admisible, e incluso indispensable, que se utilice la orden de ejecución o el procedimiento ordinario cuando el ordenamiento no ha adoptado un procedimiento de adaptación automática al derecho convencional, tal recurso sería superfluo en el caso contrario. También se hallaría en contradicción con el principio de economía procesal que, ciertamente, constituye uno de los elementos dogmáticos de la adaptación automática. Y así es, si las normas del tratado a aplicar en el ordenamiento interno están completas estructuralmente y por ello son susceptibles de ejecución inmediata, la adaptación resultaría regulada por el ordenamiento, en la hipótesis que contemplamos. Por ello, la orden de ejecución sería una repetición inútil.

En caso de insuficiencia de las normas del tratado, el procedimiento de la orden de ejecución debería considerarse insuficiente desde otra perspectiva ya que, como sabemos, el desarrollo de normas no susceptibles de aplicación inmediata, sólo es posible técnicamente si se utiliza el procedimiento ordinario.

Lo que se ha expuesto hasta aquí muestra claramente por qué se deben rechazar las tentativas, aunque sugestivas y meritorias, con que la doctrina que defiende la tesis expuesta pretende configurar la orden de ejecución como una promulgación del tratado.³¹ Sin efectuar ninguna otra observación sobre la naturaleza de la promulgación, que además se encuentra controvertida por la doctrina, se puede objetar que nuestro ordenamiento configura la institución de la promulgación como

³¹ *Vid.* Quadri, *Diritto internazionale pubblico*, Palermo, 1949, p. 49; Durainte, "La consuetudine come fonte di diritto interno", en *ARG*, 1953, II, p. 375. Para una referencia a esta tesis, Marazzi, *op. cit.*, p. 1642, nota 10; Bentivoglio, *Diritto internazionale pubblico, cit.*, p. 58, *ed. ibi*, nota 3.

una estructura típica, con determinadas características, que están claramente delimitadas por la Constitución y que no se presentan en el caso de la orden de ejecución. Así, en primer lugar, la promulgación corresponde al presidente de la República; en cambio, la orden de ejecución, al menos en los casos en los que el tratado a ejecutar implica modificaciones legislativas, emana del parlamento y recae, como hemos visto, en la esfera de competencia del órgano legislativo. Además la promulgación se conecta estructuralmente a un procedimiento de producción jurídica; el procedimiento legislativo ordinario en el que concurren las cámaras y el jefe del Estado. Este procedimiento es obviamente distinto del que el artículo 10, siempre según la tesis que analizamos, contempla también respecto del derecho internacional convencional. Es posible que desde el punto de vista histórico se pueda encontrar una conexión entre la fórmula empleada en la promulgación y la que se utiliza en la orden de ejecución, todo ello en cuanto se considere que una y otra eran originariamente manifestaciones del *ius rapraesentationis omnimodae* del soberano. Aquellos ordenamientos que atribuían, y atribuyen todavía hoy, en forma exclusiva el poder de concluir tratados al jefe del Estado, pueden ser interpretados en el sentido de que corresponda a éste una potestad distinta e individualizada que es la de ejecutar el tratado en el ordenamiento interno y por tanto promulgarlo. Pero si se acepta la tesis de que la introducción de las normas necesarias para adaptar el ordenamiento interno al tratado se produce automáticamente por obra del artículo 10, es necesario admitir, sin embargo, que en este procedimiento normativo abreviado se suprimen no sólo la fase de la aprobación de la ley por parte del parlamento sino también las ulteriores: la promulgación y la publicación. En definitiva, afirmar, de una parte, la necesidad de una orden de ejecución y, por otra, la existencia de un dispositivo de adaptación automática al tratado, significa, si no nos equivocamos, un expediente para introducir en el proceso de producción automática que se quiere extender al derecho convencional al menos una fase del procedimiento legislativo ordinario. Pero, al razonar así, se acaba operando una distinción entre el procedimiento de adaptación al derecho consuetudinario y el procedimiento de adaptación al derecho convencional; tal distinción contradice la premisa de que parte esta tesis: la de que nuestro constituyente ha establecido el mismo procedimiento de adaptación automática en ambos casos. A estos argumentos no se puede oponer, por otra parte, que incluso los sistemas que adoptan un procedimiento de adaptación automática al derecho internacional convencional, no han podido o querido prescindir del

requisito de la publicación.³² No sirve esto para demostrar, en efecto, que el procedimiento de adaptación al derecho convencional aunque venga establecido por una norma sobre la producción automática, acabe por coincidir al menos en parte con el procedimiento legislativo ordinario. Es de derecho positivo la cuestión de determinar el procedimiento para adaptar el derecho interno al derecho internacional, y por tanto también al derecho internacional convencional. No existe ningún obstáculo de orden lógico para que un determinado ordenamiento instrumentalmente el procedimiento de adaptación al derecho convencional en tal forma que las normas introducidas en su ordenamiento mediante tal sistema entren en vigor sin pasar a través de la fase de la promulgación y de la publicación. Según la doctrina dominante, tal es el caso, como sabemos, en el supuesto del derecho internacional consuetudinario. Si, con una interpretación audaz, se incluye en el ámbito del artículo 10 la adaptación al derecho internacional convencional, es preciso desarrollar esta interpretación hasta sus últimas consecuencias y admitir que la producción de las normas de adaptación al derecho internacional convencional prescinde de las exigencias de publicidad, y en el fondo de certeza del derecho, que presiden en el procedimiento legislativo que se desarrolla en su forma ordinaria. Ya hemos señalado la conexión que existe entre la fórmula política del Estado de derecho, el principio de legalidad de la administración y la necesidad de enmarcar el fenómeno de la adaptación en los procedimientos ordinarios de producción jurídica. Todo ello viene olvidado a menudo por quien predica la adopción de los procedimientos de adaptación automática y, por ello, en primer lugar por los monistas.

Tampoco podría objetarse a las observaciones que preceden que, si se extiende el ámbito de aplicación del artículo 10 al derecho internacional convencional, sigue existiendo siempre una diversidad de procedimientos según que el objeto de adaptación sea el derecho internacional convencional o el derecho internacional consuetudinario. Y ello, porque la adaptación al derecho internacional convencional vendría, al menos en ciertos casos, precedida por la emanación de una ley de autorización.

No es difícil responder también a esta objeción. En primer lugar, precisamente porque no se inspira en el principio de la adaptación automática al derecho convencional, nuestro ordenamiento distingue entre el procedimiento de formación de la norma internacional y el procedi-

³² En efecto, observa Mosler, *op. cit.*, p. 637: "Une application générale automatique des traités, sans qu'il y ait besoin de recourir à une procédure quelconque, comme c'est le cas pour le règles générales, n'est prévue nulle part".

miento ulterior de establecer las normas de adaptación. La ley de autorización corresponde al primero, siendo absolutamente ajena al segundo. Además, admitiendo que el procedimiento de formación de la norma internacional convencional sea también idóneo para introducir las normas correlativas de adaptación en el ordenamiento estatal, vendría a coincidir tal procedimiento con el legislativo sólo en forma limitada y ocasional. En forma limitada, porque la emancipación de la ley de autorización representa sólo un momento o un fragmento del procedimiento de formación de la norma internacional; y ocasional, ya que la autorización se requiere, como sabemos, sólo para ciertas categorías de tratados.³³

³³ En el sentido que la adaptación automática al derecho convencional no podría, en ningún caso, prescindir de ciertos requisitos de forma, *vid.* Biscottini, *L'adeguamento . . . , cit.*, p. 224; para soluciones de derecho positivo, *cf.* el artículo 6 párrafo 2 de la Constitución de los Estados Unidos: "Esta Constitución y las leyes de los Estados Unidos que se hagan en ejecución de ella (*in pursuance of the constitution*) y todos los tratados concluidos o que se concluyan bajo la autoridad de los Estados Unidos ("under the authority of the U.S."), constituirán la suprema ley del país, y los jueces de todos los Estados estarán obligados a respetarlos cualesquiera que puedan ser las disposiciones contrarias que se contengan en la Constitución o en la legislación de un Estado miembro". Artículo 27 de la Constitución francesa (1946): "los tratados diplomáticos ratificados regularmente y publicados tienen fuerza de ley, incluso cuando sean contrarios a las leyes francesas internas, sin que sea necesario para asegurar su ratificación". Artículo 55 de la Constitución francesa de 1958: "Los tratados y acuerdos regularmente ratificados y aprobados, tienen, en virtud de su publicación, fuerza superior a las leyes a condición y reserva de reciprocidad por parte de los demás Estados". Artículo 66 de la Constitución holandesa (modificación de 1953): "Las normas que regulan la publicación de los tratados serán emanadas por ley. Los acuerdos entran en vigor y adquieren fuerza vinculante después de su publicación".

Vid., también el artículo 49 de la Constitución austríaca: "Las leyes federales y los tratados internacionales indicados en el artículo 50 (tratados que tienen naturaleza política o que contienen modificación de una ley) debe ser publicado por la Cancillería federal en el *Bundesgesetzblatt*". La doctrina austríaca ha interpretado esta cláusula en el sentido de que los tratados susceptibles de aplicación inmediata entran en vigor con su publicación. *Vid.*, sobre esto, La Pergola, *Note sull'esecuzione . . . , cit.*, p. 29, nota 43.

Debemos notar, en fin, que la doctrina que considera la publicación como elemento necesario de los procesos de recepción del derecho internacional convencional no parece dar el mismo relieve a la publicación de las normas establecidas mediante otras formas de reenvío, por ejemplo, con el reenvío al derecho extranjero. Una explicación de esta postura (aunque, evidentemente, se trata de una mera consideración que sólo podemos esbozar) es la que debe encontrarse, tal vez, en el carácter "especialidad" de las normas llamadas o reproducidas por las reglas del derecho internacional privado: carácter que, en cambio, difícilmente podría ser atribuido al tratado en el que, muy a menudo, se encuentran normas provistas del grado de abstracción y generalidad propio de las leyes. Desde esta perspectiva resulta evidente la oportunidad de condicionar la eficacia interna de los