

CAPÍTULO II

TÉCNICA DE LA ADAPTACIÓN

6. *b)* Procedimiento de adaptación automática: Distinción de tal procedimiento respecto de la orden de ejecución, tanto en cuanto a su función como en cuanto a su esfera de aplicación.
Remisión a otro lugar 212
7. Técnica de la adaptación y distintas posturas doctrinales . 223
8. Continuación: Delimitación de los problemas en los que, al analizar la técnica de la adaptación y los demás fenómenos hasta aquí contemplados, se observa que las corrientes dualista y monista llegan a resultados convergentes 228

6. b) *Procedimiento de adaptación automática: Distinción de tal procedimiento respecto de la orden de ejecución, tanto en cuanto a su función como en cuanto a su esfera de aplicación. Remisión a otro lugar*

Los argumentos expuestos en el capítulo anterior, y los que siguen, excusan que nos detengamos en este tipo de adaptación. Basta por tanto con distinguirlo conceptualmente de la orden de ejecución en los límites en que ello puede resultar útil.

No se plantea, en primer lugar, respecto del procedimiento de adaptación automática establecido en el artículo 10, el problema que puede considerarse como *punctum pruriens* de la construcción dogmática de la orden de ejecución; a saber, la idoneidad de ésta para funcionar como una norma sobre la producción. En efecto, resulta claro que este último tipo de adaptación puede considerarse provisto de tal idoneidad, en cuanto que encuentra su fundamento en una disposición de rango constitucional.

De ello deriva la consecuencia de que orden de ejecución y procedimiento de adaptación automática se diferencian desde una doble perspectiva: en cuanto a su naturaleza y a su esfera de aplicación. El artículo 10 contiene, como hemos visto, una norma sobre la producción; la orden de ejecución se establece, en cambio, con un acto legislativo. Además, mientras que el ámbito se circunscribe al derecho internacional consuetudinario, la orden de ejecución se utiliza exclusivamente para adaptar el ordenamiento interno a los tratados. Esta distinción deriva

tratados al mismo régimen de publicidad que, en el estado de derecho, se reserva al mandato del legislador. Debe observarse, además, que al menos en algunas de las fórmulas normativas recordadas la publicación de las normas contenidas en el tratado internacional viene acompañada por la manifestación de voluntad de las Cámaras, con la que se autoriza o aprueba la conclusión del acuerdo. En tal forma, se podría considerar que el objeto de la publicación no sea tanto el texto del tratado contra el acto legislativo al que ese texto viene en anexo y que el contenido normativo del tratado viene por tanto atraído, por así decirlo, en la regulación dictada por el ordenamiento interno para las manifestaciones de voluntad del Parlamento.

Cfr. las interesantes observaciones de Malintoppi, "Su la ratifica da parte dell' Italia dei protocolli di Bruxelles del 1957 relativi alle Comunità europee", en *RDI*, 1960, p. 312, acerca de la extensión de las formas de publicidad propias de los actos jurídicos a *eventos* que constituyen condiciones de eficacia de normas jurídicas.

Para algunas reflexiones de derecho comparado en torno a estos problemas, *cfr.*, Van Panhuys, "The Netherlands Constitution and International Law", en *AJIL*, 1953, pp. 537 y ss., que confronta el artículo 66 de la Constitución holandesa con las soluciones adoptadas por otros ordenamientos positivos.

del derecho positivo, no pudiendo ser ignorada u olvidada por el intérprete. Resulta harto evidente que la clasificación de los tipos de adaptación, y por ello la separación conceptual de la orden de ejecución respecto a los demás tipos, sólo es correcta, e incluso, sólo es posible en cuanto se funde sobre los datos del ordenamiento que se asume como objeto de investigación.³⁴

Problema distinto es el de comprobar si los criterios indicados deben considerarse oportunos desde el punto de vista de la técnica de la adaptación, y si la distinción entre orden de ejecución y procedimiento de adaptación automática, tal como es aceptada y construida por nuestro derecho positivo, se encuentra justificada y protegida por exigencias de carácter lógico. Prescindimos aquí de investigar si la adopción de un tipo de adaptación en lugar de otro puede considerarse ligada a la solución³⁵ o se encuentra motivada y determinada por concepciones y posiciones políticas. Ya hemos tenido ocasión de poner de manifiesto, como explicaremos mejor más adelante, que las distintas tentativas en este sentido efectuadas por corrientes doctrinales, autorizadas, especialmente en el seno de la doctrina monista, se encuentran fundadas en equívocos conceptuales que han terminado viciando el planteamiento y la solución de algunos de los problemas que aquí examinamos.

Es conveniente observar que carecen también de fundamento aquellas afirmaciones según las cuales la técnica de la adaptación automática sería más idónea para regular la aplicación del derecho internacional consuetudinario y que, en cambio, la orden de ejecución (o también el procedimiento ordinario) constituiría el instrumento más adecuado para efectuar la adaptación al derecho internacional convencional.³⁶

El nexo que se ha querido establecer, con estos argumentos, desde el punto de vista de la técnica legislativa entre el *jus non scriptum* y el criterio de la adaptación automática, probablemente se encuentre determinado, si no justificado, por la posición en la que determinadas orientaciones, también recientes, de nuestra doctrina, han colocado la aplicación del derecho de origen consuetudinario. Nos referimos precisa-

³⁴ En esta consecuencia de la libertad de organización del Estado de que hemos hablado en otro lugar (*infra*). *Cfr.*, sin embargo, acerca de la hipótesis de que el Estado se obligue mediante tratados a la adopción de un determinado procedimiento de adaptación, Malintoppi, *Considerazioni...*, *cit.*, p. 10; Fabozzi, *L'attuazione...*, *cit.*, pp. 85-86.

³⁵ *Vid.*, sobre ese punto, Mosler, *op. cit.*, p. 636.

³⁶ *Cfr.*, Mosler, *op. cit.*, p. 690, sobre algunas circunstancias que explican que el sistema de adaptación puntual no se ha utilizado comúnmente para el derecho internacional general.

mente a la tesis que afirma que el derecho internacional no escrito tendría eficacia inmediata en el ordenamiento interno sin que sus normas sean transformadas antes en reglas equivalentes de derecho estatal, incluso cuando el juez no resulte investido explícitamente del poder de aplicar normas de otros ordenamientos.³⁷ Cualquiera que sea la forma en la que se explique la aplicabilidad inmediata del derecho internacional consuetudinario (sobre la base de una norma consuetudinaria, cuya existencia sería necesario comprobar, como se ha señalado exactamente,³⁸ dadas las características cualitativas del derecho consuetudinario que tendría como objeto propio la regulación de relaciones interindividuales directamente apreciables por el juez interno),³⁹ deberíamos pensar que

³⁷ *Cfr.*, bibliografía citada, *supra*, nota 46.

³⁸ Miele, *La costituzione...*, *cit.*, p. 11, y del mismo autor, *L'immunità giurisdizionale degli organi stranieri*, Pisa, 1947, pp. 195 y ss., p. 197, nota I (con indicaciones bibliográficas sobre la doctrina procesalista que, durante la vigencia del Estatuto albertino, excluía la eficacia interna de las normas internacionales en materia de inmunidades: *vid.*, también, Quadri, *Diritto internazionale pubblico* (3), *cit.*, p. 62; Monaco, *L'adattamento...*, *cit.*, p. 197, que parece entender el principio de la adaptación automática, admitido implícitamente por el Estatuto albertino y explícitamente en nuestro nuevo texto constitucional, como una de las normas de la Constitución en sentido material).

Miele precisa, ulteriormente (*L'immunità...*, *cit.*, pp. 205-206, 212), que la adaptación al derecho internacional general, en el ordenamiento albertino, no estaba prevista en forma general, pero podría ser deducida con fundamento en la unidad de *ratio* de las normas internacionales relativas a las inmunidades, mediante un procedimiento particular de integración analógica (diversos de la *analogía legis* y consistente en argumentar, con base en algunas normas de reenvío expreso, establecidas en ciertas disposiciones de ley anteriores a la Constitución actual, la extensión de la adaptación a todo el sector de las inmunidades).

³⁹ *Cfr.*, Barile, *Diritto internazionale e diritto interno*, *cit.*, *esp.*, p. 84. Según Barile, la apreciación directa por parte del juez interno del derecho internacional consuetudinario, es posible en los sistemas jurídicos del *Common Law* por la homogeneidad (más bien, identidad: Barile llega a la solución monista de las relaciones entre derecho internacional espontáneo y derecho, igualmente, espontáneo de los ordenamientos anglosajones, aunque se trata de un monismo muy distinto del kelseniano), de estos sistemas y del derecho internacional consuetudinario. En los ordenamientos de la Europa continental, en cambio, la aplicación del derecho internacional general, se produciría, en todo caso, "a través del fino mecanismo técnico de la regla automática de adaptación que, implícita o explícitamente, forma parte de todos los sistemas jurídicos que pretenden el monopolio del derecho" (*op. cit.*, p. 125). Barile, parece, por tanto, excluir en los ordenamientos en los que predomina el establecimiento formal (y el monopolio estatal) el derecho; puede apreciarse la existencia de un margen residual para la adaptación "espontánea" al derecho internacional. En consecuencia, las reglas que por algunos se consideraban introducidas, en el ordenamiento albertino, en virtud de una norma consuetudinaria, serían para Barile, inevitablemente, el resultado de una previsión normativa formal, aunque no explícita (*cfr.*, también, en el sentido de que el Estado de derecho tiende por su estructura, a reducir o eliminar el ámbito de la adaptación en

la opinión a que nos referimos conduce a considerar que la formulación explícita de la adaptación automática es más una superestructura superflua o una limitación al proceso de apreciación de la costumbre internacional, que una técnica que se corresponda con la naturaleza del derecho consuetudinario. No sirve objetar que la solución adoptada por el constituyente con el artículo 10 es útil, al menos desde uno de los puntos de vista a que nos hemos referido, en cuanto ha servido para transferir al plano constitucional normas de adaptación que se presumían

vía consuetudinaria, Miele, *La costituzione... cit.*, p. 21; *L'immunità... cit.*, pp. 207-208; y allí la distinción entre la hipótesis de la costumbre como fuente de las normas de adaptación y la uniformidad o coincidencia eventual en los comportamientos de los órganos a los que el Estado pide, en ausencia de un sistema de adaptación automática, la ejecución, caso por caso, de las normas internacionales). Barile manifiesta, además, que la técnica de la reflexión propia del derecho formal, puede restringir o condicionar el proceso de relevancia directa del derecho internacional (*op. cit.*, p. 125), que se produce sin impedimento en los sistemas de la *Common Law*, ofrece, sin embargo, excepto estos últimos, mayores garantías, ya que inserta las normas de adaptación en el sistema de las fuentes y las dota de eficacia igual o superior a la de las leyes formales (*op. cit.*, pp. 128 y ss., en donde se precisa que, en los sistemas anglosajones la *International Common Law* viene a ser desaplicada en los supuestos de conflicto con el derecho estatutario). Resulta además claro que Barile no pretende aquí discutir las ventajas o inconvenientes de cada una de las técnicas que considera, sino, más bien, contraponer el comportamiento del derecho continental en relación a los problemas de la adaptación (comportamiento del que todos los esquemas que hemos considerado son aspectos y expresiones particulares) a la diversa situación en los ordenamientos anglosajones. Si queremos aceptar las premisas de Barile deberíamos afirmar que la técnica de la adaptación automática, en forma no muy distinta a las otras propias del derecho establecido formalmente, constituye más un reflejo de las características estructurales del ordenamiento interno que una derivación de la naturaleza del derecho internacional consuetudinario. Más bien, como afirmábamos, Barile sostiene una neta e inequívoca disparidad cualitativa entre este último y el derecho interno establecido formalmente. Si aceptamos el esquema con el que el autor construye las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno, resulta que la enunciación explícita de una norma de adaptación automática por parte del legislador estatal debería considerarse superflua ya sea que se asuma desde el punto de vista del intérprete de la *Common Law*, que puede aplicar directamente la costumbre internacional a las relaciones intersubjetivas, ya, en el seno del ordenamiento caracterizado por el monopolio estatal del derecho, porque en este último, siempre según Barile, existe necesaria e implícitamente, una norma sobre la adaptación cuya función viene descrita correctamente con la noción de transformación automática —peculiar de la doctrina continental y extraña a las construcciones de los juristas anglosajones, incluso a la *doctrine of incorporation*, de la que Barile excluye los elementos formalistas y dualistas que le han sido atribuidos frecuentemente (*op. cit.*, pp. 90, 97 y ss.). Por otra parte, a nuestro juicio, las ventajas que ofrece la técnica de la adaptación establecida en nuestro sistema permanecerán, para Barile, ya fuese implícita la norma de adaptación ya debiese ser deducida por el intérprete ya hubiera quedado explicitado en la forma de un precepto constitucional.

existentes durante la vigencia del Estatuto Albertino.⁴⁰ Razonando así, en efecto, se confunde el fenómeno de la aplicabilidad inmediata del derecho internacional con el del valor o rango de las normas introducidas. El valor y el rango de éstas dependen, no de la técnica escogida por el ordenamiento interno para la producción de estas últimas normas, sino, como precisaremos enseguida, de una previsión normativa distinta y ulterior; la que establece la posición que ocupan las normas de adaptación en el sistema de las fuentes.

Si fuese correcto adecuar la técnica de la adaptación a la naturaleza de las normas internacionales, como presuponen las afirmaciones examinadas, también se podría, a nuestro juicio, y con el mismo fundamento, sostener que el criterio de la adaptación automática sea más apropiado estructuralmente al derecho internacional convencional. Tal es, como sabemos, la conclusión de Kelsen, que hace depender la aplicabilidad inmediata de los tratados de las normas que regulan el ejercicio del *treaty making power*. Conviene recordar que esta afirmación teórica, aunque sea criticable desde la perspectiva que anteriormente hemos intentado señalar, no se manifiesta necesariamente como infundada. Al menos no lo es, en el sentido de que, como afirma Kelsen, si no se puede presumir tampoco se puede excluir que los órganos habilitados del poder de concluir tratados se encuentran implícitamente investidos del poder de ejecutarlos y que de la atribución de estos dos poderes a un mismo órgano descienda la misma consecuencia práctica, que se tendría con el sistema de adaptación automática (la aplicabilidad inmediata de los tratados concluidos en forma regular). En efecto, aunque con escasa

⁴⁰ Así Miele, *La costituzione...*, cit., p. 12, afirma que la formulación expresa del principio de adaptación automática ha servido para extender la adaptación, antes limitada a algunos sectores del derecho internacional general, a toda la esfera de éste. Pero también esta conclusión debe considerarse inexacta si, con la doctrina predominante, sostenemos que el ordenamiento constitucional anterior contemplaba, exactamente, igual que la Constitución hoy vigente, una adaptación completa y continuada al derecho internacional, siendo sólo distinta la fuente (costumbre o constitución en sentido material: *cfr.* la doctrina citada *supra* en p. X, nota 38) de la cual habría derivado ese principio. Aparte de lo que hemos observado en el texto, no nos parecería tampoco exacto afirmar que la nueva Constitución ha situado las nuevas normas de adaptación en un plano superior a aquel que se encontraban en el ordenamiento albertino. En un ordenamiento constitucional flexible, como el del Estatuto albertino, no existe diferencia, al menos desde el punto de vista de la eficacia formal, entre leyes ordinarias y leyes constitucionales; por tanto, nada excluye que el constituyente, al ligar la previsión de adaptación automática a la constitucionalización de las reglas introducidas haya pretendido asegurar a estas últimas la *misma* situación que ocupaba en la jerarquía de las fuentes del ordenamiento anterior.

coherencia con relación a las premisas de que parte, Kelsen llega a afirmar que la enunciación constitucional del principio de la adaptación automática es lógica y técnicamente superflua.

Pero la insuficiencia de los razonamientos que podrían esgrimirse y son adoptados comúnmente para negar la conveniencia del procedimiento de adaptación automática al derecho internacional convencional, sirve aun mejor para demostrar que la elección de una determinada modalidad de adaptación no está conectada necesariamente a las características cualitativas de las normas internacionales.

No tendría así ningún sentido apoyarse en el origen “voluntario” del derecho convencional⁴¹ para inducir que el proceso de adaptación a los tratados no puede, al menos en ciertos casos, prescindir del consentimiento de los órganos legislativos en la formación del tratado y por ello en la utilización de los esquemas normales del procedimiento legislativo.

Como enseña Quadri, este argumento, lejos de servir de prueba, puede ser utilizado con facilidad precisamente para demostrar que la extensión de la adaptación automática al derecho convencional no encuentra obstáculo de orden lógico.⁴² Es evidente que la creación de normas convencionales y la solución de las obligaciones que de ellas derivan son el resultado de un acto de voluntad del Estado. Pero esta comprobación podría aconsejar, que no excluir, todo lo más que la técnica de adaptación a los tratados se desvinculase de las cautelas del procedimiento ordinario y de la intervención puntual del legislador. Debe señalarse, aún, que el “consentimiento” del órgano legislativo es un fenómeno totalmente extraño a la ejecución de los tratados, pese a los esfuerzos poco convincentes de alguna doctrina extranjera que, equivocando aprobación y autorización parlamentaria, querría incluir estos actos en la esfera de la legislación. Se ha observado, en fin, que si se adoptase el principio de la adaptación automática para los tratados, se concluiría con endosar al intérprete la misión de reconstruir el momento del nacimiento y de las sucesivas vicisitudes de los acuerdos internacionales para determinar, en consecuencia, la esfera de aplicación de las normas introducidas en su ordenamiento. En cambio, los sistemas en vigor actualmente en nuestro derecho positivo (comprendida la orden de ejecu-

⁴¹ Mosler, *op. ult. cit.*, quien parece afirmar, aunque implícitamente, que el procedimiento ordinario, a diferencia de los procedimientos automáticos, responde mejor a las exigencias técnicas de la adaptación, cuando se consideran normas internacionales en cuya formación ha participado el Estado “d'une manière constitutive”.

⁴² Quadri, *Diritto internazionale pubblico* (3), *cit.*, p. 63.

ción) dejarían abierta la posibilidad de que el legislador provea directamente a armonizar el derecho interno con las peculiaridades de cada uno de los supuestos de hecho convencionales.⁴³ La afirmación es, sin duda, exacta; pero estas mismas dificultades de interpretación surgen siempre que la aplicación y la individualización del contenido de las normas internas se haga depender de la existencia, de las vicisitudes y del contenido de normas que pertenecen a otros ordenamientos respecto a las que las primeras se encuentran por tanto en un nexo de correlación. Esto ocurre en cualquier caso o tipo de reenvío, por tanto tam-

⁴³ Cfr. Miele, *La costituzione...*, cit., p. 24; Biscottini, *L'adeguamento...*, cit., p. 224, según el cual el régimen de adaptación a los tratados establecido por nuestro constituyente, ofrece, en definitiva, garantías mayores que las de la adaptación automática. Debe observarse, sin embargo, que Biscottini, llega a tal conclusión no por considerar el procedimiento ordinario o la orden de ejecución como soluciones preferibles a la adaptación automática, sino en cuanto que hace derivar del artículo 10 la obligación constitucional, para los órganos competentes, "de promover o adoptar las resoluciones necesarias para la ejecución de todo tratado" (*op. cit.*, p. 221), incluyendo entre estas últimas la publicación en tiempo del tratado mismo. Sin embargo, es difícil advertir por qué la previsión de esta última obligación, que Biscottini atribuye al constituyente (aunque reconozca que el ordenamiento interno distingue entre la adaptación a los tratados y el procedimiento automático, que queda reservado al derecho consuetudinario, *op. cit.*, p. 223), no debe presumirse, a mayor razón, cuando este último procedimiento sea extendido explícita y textualmente al derecho internacional convencional. Además, como observa Miele (*L'immunità...*, cit., pp. 198-201, al tratar de una opinión de Donati ("Gli organi dello Stato e il diritto internazionale", en *RDP*, 1909, p. 460; *I trattati...*, cit., p. 285), por la cual el ordenamiento albertino imponía a los órganos del Estado la obligación de ejercitar sus propios poderes discrecionales de forma conforme al derecho internacional —salvo en el supuesto de que un interés público se debiera considerar prevalente o absorbente respecto de la observancia del derecho internacional: *cfr.* Biscottini (*op. ult. cit.*, p. 221 y allí la referencia a una construcción análoga efectuada por Jellinek sobre la cual, sin embargo, *cfr.* Donati, *I trattati...*, cit., p. 291, nota 3), la norma de la cual derivaría tal obligación no ofrece, cualquiera que sea la forma en que se configure, una solución directa al problema de la adaptación porque no introduce nuevas entidades normativas o, lo que es lo mismo, no produce variaciones cuantitativas en el ordenamiento interno. Poner de relieve, como hace Biscottini (*op. cit.*, p. 223), que la adaptación se produce también con la simple introducción en el ordenamiento interno de la norma que vincula a los órganos del Estado a ejercitar sus poderes de forma conforme al derecho internacional, no excluye, a nuestro juicio, el fundamento de la afirmación de Miele. El significado de la norma o de las normas que establece el régimen de adaptación no es tanto el de cualificar la actuación de los órganos del Estado cuanto de regular un fenómeno de producción jurídica, estableciendo el modo en el que se insertan o se extinguen ciertas normas del ordenamiento estatal. Una variación cuantitativa, en el seno de este último ordenamiento, se tendría por tanto en el sentido que Miele parece atribuir al fenómeno también en aquellas figuras de adaptación que prevé la eliminación de las normas contrarias del derecho reenviado, sin que por esto opere la inserción de nuevas normas en el ordenamiento interno. *Cfr. infra*, pp. X y ss.

bién en el reenvío al derecho internacional general que en nuestro ordenamiento se opera con el artículo 10, y en el reenvío al tratado que se produce cuando se utiliza la orden de ejecución.⁴⁴

En suma, el uso del procedimiento automático es adecuado técnicamente cuando el legislador (o, mejor, el constituyente, ya que disciplinar la adaptación significa regular un mecanismo de producción del derecho; penetrar en la esfera del ordenamiento constitucional) considere, al elegir entre las distintas modalidades de adaptación posibles en abstracto, que debe hacer prevalecer sobre las demás consideraciones opuestas las exigencias que justifican el expediente del reenvío: en definitiva, la necesidad de la máxima correspondencia posible entre las normas internas y las que dimanar de los hechos de producción llamados.⁴⁵ Es indudable, ciertamente, que la adopción de las técnicas de adaptación que se basan, en medida más o menos trascendente, en el mecanismo del reenvío, puede producir consecuencias tendencialmente incompatibles con ciertos principios de nuestro ordenamiento constitucional; baste recordar la renuncia a las garantías implícitas en las for-

⁴⁴ Ruini, "L'interpretazione delle convenzioni internazionali e delle norme straniere in genere da parte del giudice interno", en *FI*, 1955, I, pp. 518 y ss., quien concluye afirmando la identidad sustancial de los criterios relativos a interpretación de las normas establecidas mediante el reenvío al derecho extranjero y al derecho internacional, precisando que éstas deben ser consideradas por el juez interno en el cuadro conjunto del ordenamiento al que pertenece. La cuestión, como es sabido, es controvertida. *Cfr.*, por ejemplo, Capotorti, *Sull'interpretazione uniforme dei trattati europei*, cit., p. 21, para quien el uso de los procedimientos de adaptación del tratado facilita o, incluso, impone la máxima utilización por parte del intérprete interno de los esquemas y de las categorías interpretativas del derecho internacional. Barile, *op. cit.*, pp. 125 y ss., se ve obligado, ante sus propias premisas teóricas (*cf. supra*, p. 179, nota 39), a afirmar que las normas relativas a la adaptación acaban sometiendo la interpretación del derecho internacional (consuetudinario) al conjunto de los principios del ordenamiento interno.

⁴⁵ *Cfr.* sobre esta cuestión Fabozzi, *L'attuazione...*, cit., p. 30, quien indica, como una de las consecuencias que el procedimiento automático trata de satisfacer la de la prevalencia de la norma introducida sobre las demás fuentes del ordenamiento interno, con lo que se confunde el rango y forma de producción de la adaptación. Tal confusión (sobre la que hablaremos más abajo, en el texto) puede ser explicada si el fenómeno de la adaptación se resuelve en el esquema de la producción jurídica (lo que sin embargo, niega Fabozzi), sobre la base de una doble consideración común en la doctrina: a) que la eficacia de las normas jurídicas resulta conectada al procedimiento con el que son establecidas; b) que regular una forma de producción jurídica significa, en consecuencia, determinar implícitamente la eficacia de las normas que son producidas en tal forma. Este criterio, como veremos más adelante, sufre, sin embargo, algunas modificaciones en nuestro derecho positivo. En particular, no es idóneo para determinar la eficacia de las normas introducidas mediante reenvío al derecho internacional.

malidades del procedimiento legislativo y el crecimiento correlativo de los poderes del intérprete.⁴⁶

Por todo ello, los mismos obstáculos técnicos que condicionan la posibilidad de utilizar la adaptación automática, sirven también para la orden de ejecución.

La adopción de ambas técnicas encuentra un límite, no en la *naturaleza*, sino en la estructura de las normas a aplicar. Como se ha advertido, pueden ser utilizadas indiferentemente para la adaptación al dere-

⁴⁶ El ordenamiento interno tratará de adoptar cautelas para eliminar estas consecuencias: garantías de forma (por ejemplo, el régimen de publicidad y en general los presupuestos a los que el ordenamiento interno puede subordinar la eficacia de las normas introducidas) y límites (la conformidad de las normas introducidas con la Constitución o el orden público) asegurando, también, que tales límites sean respetados mediante el establecimiento de controles jurisdiccionales. Sobre los peligros que derivan de esa “presunción de legislación”, que se presenta cuando se produce el reenvío a los tratados internacionales, ha llamado la atención autorizada doctrina, Bigiavi, “La convenzione sui conflitti di legge in materia di cambiale è penetrata nell’ordinamento italiano?”, *RDCo*, 1937, pp. 9-10 estr.). A este respecto, se podría pensar que, en nuestro ordenamiento constitucional, se encuentra implícito o sobreentendido un límite de orden público que presenta una esfera de aplicación más amplia de aquel o aquellos previstos por el artículo 31 del Código civil (disposiciones generales sobre la Ley). Se distingue en la doctrina, como es sabido, el orden público internacional del orden público interno: *cfr.* entre muchos, sobre este problema Sperduti, “Sul limite dell’ordine pubblico”, en *RDI*, 1960, p. 303; *Ordine pubblico internazionale e ordine pubblico interno*, *ibidem*, 1954, p. 82, donde se precisa que la función del orden público interno es, sobre todo, la de garantizar la actuación de las normas imperativas y, sólo en forma refleja, el reconocimiento del derecho extranjero. Pues bien, el orden público de que venimos hablando valdría también para excluir que, mediante reenvío al derecho internacional, se puedan introducir en el ordenamiento interno normas contrarias a la Constitución. En este sentido parece haberse orientado Mortati, que extrae “de los principios que califica la institución y determinan su esencia” un límite de orden público, “filtro depurador, precisa Mortati, que elimina automáticamente aquellas de entre las normas, llamadas, que resultan contrarias a él” (así, en “I limiti alla legge regionale”, en *DPR*, 1959, p. 2). Nos queda por ver si, construido así el orden público “constitucional” de que habla el ilustre autor, constituye un límite ulterior y distinto de los demás que establece la Constitución a las leyes ordinarias. Esta solución es probablemente la más correcta si se considera que la norma, de la que deriva el límite de que hablamos, va encaminada a eliminar automáticamente del ordenamiento las normas contrarias al orden público constitucional más que a determinar una invalidez de estas últimas, comprobable de los modos previstos para el control de constitucionalidad de las leyes. (Sobre la *automaticidad* del mecanismo por el que se rechazan las normas que contrastan con el orden público, *cfr.* Piccardi, *La pluralità... cit.*, p. 267). Por esta vía, el concepto de orden público constitucional vendría construido sobre la noción de orden público, que resulta presupuesta por el artículo 31 del Código Civil; es significativo que Mortati limite su concepto de orden público a la hipótesis de reenvío por parte del constituyente a otros ordenamientos; *cfr.* La Pergola, *Note sull’esecuzione... cit.*, p. 6 (nota 13).

cho internacional escrito o consuetudinario,⁴⁷ pero a condición de que las normas, ya sean consuetudinarias o convencionales, que determinan la exigencia de la adaptación sean tales que pueda extraerse de ellas en forma inmediata el contenido de las normas correlativas internas. El uso de la orden de ejecución o del procedimiento automático en el otro caso, es decir, cuando las normas internacionales sean incompletas en sus elementos estructurales y requieran por ello ser transformadas mediante el desarrollo de normas más concretas por parte del legislador interno, sólo sería pensable si el intérprete, además de determinar el contenido de la norma a aplicar, pudiese fijar discrecionalmente su mandato. Tal hipótesis es absurda en un Estado de derecho como el nuestro.⁴⁸

Por lo demás, la práctica y la doctrina han puesto de relieve esas afinidades estructurales entre orden de ejecución y procedimiento de adaptación automática de que hemos hablado anteriormente.

De la práctica ya consolidada resulta claramente que la orden de ejecución puede ser utilizada, dentro de los límites admitidos por la Constitución, para conseguir los mismos resultados que se obtendrían si se hubiera insertado en el ordenamiento interno un procedimiento de adaptación automática a los tratados. Desde la perspectiva de la economía procesal este fenómeno resulta evidente. La exigencia de reducir al mínimo la emanación de actos, ya sean legislativos o de naturaleza distinta, que deben preceder al momento en que la norma internacional se convierte en una regla aplicable por el juez interno, encuentra la máxima garantía en la fórmula de la adaptación automática, pero es (o también puede ser) asegurada por la orden de ejecución. En efecto, mientras que la adaptación automática no excluye que la introducción de las normas de adaptación a los tratados pueda quedar subordinada a la emanación del acto con el que el legislador autoriza la ratificación del tratado, nada impide (y se ha convertido aun en práctica constante) que la orden de ejecución se acumule en el acto de autorización de

⁴⁷ *Cfr.*, por todos, Perassi, *Lezioni...*, *cit.*, p. 31 en nota, donde aduce un ejemplo de norma de derecho internacional consuetudinario que permanece fuera del ámbito de aplicación del dispositivo de adaptación automática por los motivos que explicamos en el texto.

⁴⁸ Kelsen, *La démocratie, sa nature, sa valeur* (2), París, 1932, p. 42, califica como "procédure d'édition inconsciente" la función de los órganos llamados a aplicar el derecho, en aquellos ordenamientos que están privados de un órgano legislativo, al que se encomiende la creación de normas generales. Este es el caso de los regímenes autoritarios (la "autocratie" en el lenguaje kelseniano) o de los ordenamientos poco desarrollados. En el Estado que haya evolucionado en forma democrática "la fonction de création des normes générales aura toujours tendance à se créer un organe collégial et non individuel".

tal forma que se evite la necesidad de una doble intervención de las cámaras.

Por su parte, la doctrina se ha preocupado de reducir las diferencias entre las dos modalidades de adaptación a las siguientes: mientras que la fórmula de la orden de ejecución permite una adaptación *completa* (en el sentido, ya aclarado, de que es idónea para introducir *todas* las normas necesarias para la ejecución del tratado), el procedimiento automático permite realizar una adaptación no sólo *completa* sino también *continua*. Que la distinción entre las dos técnicas que se examinan se identifique en el fenómeno de la continuidad (trasponiéndose y fundándose así en el plano temporal) revela, si no nos equivocamos, que la orden de ejecución puede ser separada del fenómeno de la adaptación automática sólo sobreentendiendo que resulte desprovista de la actitud, característica de la norma que establece el procedimiento de adaptación automática, de *extender al futuro* el proceso creador de las normas de adaptación. De esta forma, se excluye necesariamente que la orden de ejecución pueda contener una norma sobre la producción y, en cambio, se configura como una norma sobre la producción la disposición que contempla la adaptación automática.

En el análisis precedente hemos tratado de profundizar en las consecuencias que derivan de este criterio de distinción, de cuyo fundamento no se puede dudar ciertamente (al menos en el caso de que la orden de ejecución sea dictada en forma de ley ordinaria).⁴⁹

Sin embargo, puede formularse alguna reserva sobre la compatibilidad de la definición orden de ejecución como procedimiento de adaptación completo y la distinción entre orden de ejecución y procedimiento de adaptación automática en los términos en que ésta se formula por la doctrina que aceptamos. Para poder afirmar que el procedimiento establecido con la orden de ejecución reviste, en todo caso, el carácter de completo, es preciso asumir que sea dictada por el órgano competente para introducir las normas necesarias para hacer eficaz el tratado en la esfera interna. Pero, supongamos que la orden de ejecución viene estructurada en forma tal de adaptar el ordenamiento interno también a los hechos productivos de normas nuevas y distintas respecto a las que inicialmente se contenían en el tratado al que se refiere. Si se presume que la orden de ejecución sea establecida también aquí, en la forma debida (que, en este caso, será la forma de ley constitucional), tendremos como consecuencia que la orden de ejecución adquirirá,

⁴⁹ Cfr. *supra*, p. XX y ss.

como hemos señalado en otra parte, idoneidad para contener una norma sobre la producción y, por tanto, para establecer un procedimiento de adaptación continua.

Si esto es exacto, la característica de la continuidad es y puede ser un corolario del carácter completo de la adaptación, viniendo a desaparecer la distinción entre adaptación continua y adaptación completa, al menos en el sentido en que se admite por la doctrina dominante. En efecto, cuando la orden de ejecución reviste forma de ley constitucional, sólo puede diferenciarse de la adaptación automática por el hecho de que dispone de adaptación a los hechos productivos de las normas establecidas en *un* tratado considerado individualmente más que alterado como fuente de derecho en el ordenamiento internacional. No se puede tampoco excluir que la calificación de norma sobre la competencia atribuida, más o menos conscientemente, por algún autor al precepto constitucional que establece la adaptación automática a los tratados, deba referirse también a la orden de ejecución en la hipótesis que contemplamos. Se trata, en suma, de una diferencia más cuantitativa que cualitativa, como presupone la doctrina que recientemente ha identificado el esquema conceptual de la orden de ejecución con el del procedimiento automático, viendo en este último tipo de adaptación una figura de orden de ejecución elevada al nivel de norma constitucional.⁵⁰

7. Técnica de la adaptación y distintas posturas doctrinales

Es ahora el momento de extraer algunas conclusiones de todo lo efectuado hasta aquí. Hemos sentado como premisa que la posición de un sector de la doctrina monista en relación al problema de la adecuación entre ordenamientos, conduce a resultados no lejanos de aquellos a los que llega la escuela dualista partiendo de concepciones opuestas. El fundamento de esta observación es claro siempre que se considere que, como hemos intentado demostrar, sería sin duda erróneo excluir *a priori*

⁵⁰ Mosler, *op. cit.*, p. 641. Hay que considerar que quien se extiende en el ámbito del dispositivo de adaptación a todo el derecho internacional, aunque el legislador interno haya callado sobre esta materia o haya querido excluir explícitamente cualquier referencia al derecho internacional general o a los tratados, sobreentienden que la técnica de adaptación no se encuentra conectada necesariamente a la naturaleza de las normas internacionales: en particular, que el dispositivo automático se presta a ser utilizado en forma indiferente cualquiera que sea el origen de las normas internacionales que hay que aplicar. En este sentido, y con estos límites, las opiniones a las que nos referimos parten de una premisa fundamentalmente exacta, aunque puedan resultar contrarias a los datos del derecho positivo, como ocurre en el caso de nuestro ordenamiento.

que el problema de la adecuación (entendido como problema de las transformaciones que un ordenamiento debe sufrir para que se haga posible la aplicación en él de normas establecidas en un ordenamiento distinto) puede subsistir fuera de la concepción dualista. En efecto, la concepción monista, al menos en los términos en que se formula por Kelsen y por Verdross, no elimina la distinción entre ordenamientos estatales, de una parte, ni la existente entre cada ordenamiento estatal y el derecho internacional. Por el contrario, la explica recurriendo a una hipótesis en cuya virtud todos estos ordenamientos son concebidos como partes de un ordenamiento único. Ahora bien, el problema de la adaptación puede surgir también en la hipótesis en la que se consideren las relaciones que se establecen entre ordenamientos situados en una posición de coordinación o de jerarquía.

Poco importa que este fenómeno sea explicado, por la tesis monista, sobreentendiendo o postulando la existencia de un ordenamiento y, sin embargo, de una norma superior a todos los ordenamientos considerados o que, siguiendo la orientación opuesta, estos últimos sean concebidos como independientes recíprocamente. El ejemplo del Estado federal o el del Estado de autonomía regional, en el que coexisten ordenamientos parciales dotados cada uno de propia autonomía, representa, como se ha dicho, la prueba más convincente del hecho de que el fenómeno de la adaptación se encuentra también en el terreno de un ordenamiento positivo único. A nuestras consideraciones, evidentes en exceso, se podría objetar que el problema de la adaptación es un problema del ordenamiento positivo. Como tal, puede subsistir ya se asuma como objeto de consideración un ordenamiento único o unitario, descentralizado, ya se consideren dos o más ordenamientos distintos y originarios. Pero, con todo, distinta es siempre la explicación jurídica que de este fenómeno se dará según se parta de la tesis monista o de la tesis dualista.

Se puede afirmar también que la concepción dualista acaba por reducir el problema de la adaptación al esquema conceptual del reenvío, mientras que la explicación más conforme con las premisas de la tesis monista es la que, en lugar del establecimiento de normas mediante reenvío de un ordenamiento a otro, afirma el desenvolvimiento por grados del proceso de producción del derecho, desde un nivel más alto a un nivel más bajo, dentro del ordenamiento universal en el que la escuela vienesa resuelve derecho interno y derecho internacional.

De las observaciones precedentes resulta que la doctrina dualista recurre al esquema conceptual del reenvío simplemente para describir al-

gunas modalidades dogmáticas que, sin embargo, no agotan el fenómeno de la adaptación. Por otra parte, no es en absoluto cierto que este mismo esquema del reenvío sea incompatible necesariamente con la tesis monista.⁵¹

Como se ha visto, Kelsen sobreentiende una forma de reenvío del derecho internacional al derecho interno cuando, al configurar la hipótesis de primacía del derecho internacional sobre el estatal, añade que el primero puede delegar al segundo los poderes inherentes a la organización de las competencias internas. Resulta claro, además, que el esquema del reenvío puede encontrar aplicación también en el cuadro de la concepción monista cuando se trate de describir las relaciones entre ordenamientos coordinados, por ejemplo, entre ordenamientos estatales. No se podría afirmar aquí que, en lugar de reenvío, se está ante el desarrollo o precipitación de una norma desde un nivel más alto hasta un nivel inferior dentro del mismo ordenamiento.

No contradice las premisas del monismo colocar en situación de paridad varios ordenamientos ya que, según tal corriente, la coexistencia de varios sistemas jurídicos sería posible, como señalábamos, en tanto fuese autorizada por una norma superior o por un tercer ordenamiento, respecto del cual los dos primeros que se encuentran en nexo de coordinación vendrían a representar ramas o partes. Y es interesante hacer notar que el mismo Kelsen utiliza el concepto de reenvío para definir la función de la norma de derecho internacional privado.⁵²

Las observaciones anteriores sirven también para eliminar otro equívoco que fácilmente podría surgir si se insistiera en la idea preconcebida de que reenvío y monismo son incompatibles lógicamente. Así no creemos que sea exacto afirmar que si se postula la distinción y pluralidad de ordenamientos jurídicos la única posibilidad de conexión entre ellos consiste en el reenvío que el uno efectúa al otro (más o menos permanente según el mecanismo con el que se opera la norma de reenvío), sin el cual ambos se ignorarían recíprocamente. Que para la tesis monista el reenvío (admitiendo que se pueda hablar de reenvío para describir ciertas situaciones en las que una norma se remite a normas que pertenecen a otro de los sectores en que se articula el sistema jurídico que comprende a todas las normas), representaría simplemente una forma institucional de ser del ordenamiento.

⁵¹ Sobre las posibles configuraciones del reenvío, según la tesis monista y el principio de exclusividad de los ordenamientos, *cfr.* Piccardi, *La pluralità... cit.*, pp. 282-283.

⁵² Kelsen, *Teoria generale... cit.*, pp. 248 y ss.

En otros términos, en la concepción monista el reenvío vendría a significar, no ya el ejercicio de un poder soberano por parte de un ordenamiento que decide ponerse en contacto con los demás, aunque también podría ignorar su existencia y permanecer cerrado en sí mismo, sino, más bien, el resultado de un poder de autonomía que presupone lógicamente la existencia de un ordenamiento superior del que el ordenamiento estatal deriva su propia validez, o, según la otra corriente del monismo, un límite de la misma esfera del ordenamiento internacional. Podemos confirmar esta conclusión observando más de cerca el concepto de delegación al que recurre Kelsen para describir y explicar las relaciones entre varios ordenamientos jurídicos que se encuentran en una situación de coordinación o de jerarquía, bien entendido, que siempre en el seno de un mismo ordenamiento. No es necesario insistir aquí, por ser bien conocido, cómo este autor reduce derecho internacional y derecho interno a un sistema unitario. Basta con recordar que, según Kelsen, el error fundamental de los dualistas es el de postular la coexistencia del derecho internacional y del derecho interno sin darse cuenta, sin embargo, que la asunción de un ordenamiento como complejo de normas válidas, como sistema jurídico, excluye necesariamente que esta misma validez pueda atribuirse a cualquier otro ordenamiento. Respecto al ordenamiento jurídico que se asume como criterio exclusivo de valoración, los demás ordenamientos no existen a no ser en los límites en que sean reconocidos por el ordenamiento mismo a través de lo que Kelsen describe como un acto de delegación.⁵³ Kelsen se sirve del concepto de delegación (o del equivalente del “reconocimiento” de un ordenamiento jurídico por parte de otro) para configurar en términos unitarios no sólo las relaciones entre derecho internacional y derecho interno, sino también las que existen entre el ordenamiento del Estado y el de las personas jurídicas, entre derecho y moral, o entre los ordenamientos jurídicos que la doctrina dualista asume como independientes y separados.

En realidad, tal concepto comprende dos aspectos o momentos distintos:

a) La delegación que configura Kelsen tiene, ante todo, el significado de una atribución de competencia; es decir, de la instauración del derecho interno como ordenamiento subordinado al derecho internacional.

⁵³ Como es sabido, también nuestra doctrina se ha planteado el problema de si el reenvío implica atribución o delegación de competencias al legislador del ordenamiento reenviado: *cfr.* Piccardi, *op. cit.*, pp. 286-287.

b) Además, la delegación kelseniana tiene también, como precisaremos enseguida, el significado de un reenvío. El derecho internacional, afirma Kelsen, establece el derecho interno como un ordenamiento subordinado a él, atribuyendo, por tanto, al Estado la competencia de dotarse de una organización propia. Posteriormente, y he aquí el otro momento conceptual de la delegación kelseniana, reenvía a esta organización en todo lo que se refiere a los procedimientos de formación de las normas internacionales convencionales o a los procedimientos necesarios para introducir las normas internacionales, ya consuetudinarias ya convencionales, en el ordenamiento interno. Esta figura de reenvío se comporta con algunas características particulares. En primer lugar, se trata de un reenvío que deriva, por así decirlo, de las mismas características estructurales del derecho internacional. Éste no se encuentra en situación de asegurar a sus propias normas una eficacia superior o distinta de la que le reconoce el ordenamiento interno. Otra característica es que las normas de derecho interno a las que se refiere el derecho internacional son normas organizativas en cuanto que regulan la competencia de los órganos del Estado. El concepto de reenvío, por tanto, no es extraño y no repugna a la tesis monista.

Tras lo expuesto resulta claro que carece de fundamento basar una naturaleza distinta del reenvío en la diversa situación en que ambas doctrinas colocan al ordenamiento estatal. Ya se conciba el reenvío como consecuencia necesaria de la independencia y soberanía del ordenamiento del Estado, que defiende la doctrina dualista, ya se configure como el resultado de un poder de autonomía, constituye en sustancia una de las técnicas con las que el poder legislativo estatal, en cualquier forma que se conciba, puede ser ejercitado. En efecto, a este respecto conviene evitar una petición de principio, como sería la de deducir del hecho de que un ordenamiento reenvía a otro la separación entre ordenamiento reenviado y el ordenamiento reenviante. Pero, por otra parte, se caería en el error opuesto si, invirtiendo el razonamiento señalado, se afirmase que de la separación de los dos ordenamientos deriva necesariamente que sólo puedan entrar en contacto e interferirse a través del reenvío. En efecto, la doctrina dualista ha puesto de manifiesto situaciones y figuras en las que la relevancia que el ordenamiento interno asume en la esfera del derecho internacional se conecta a una presuposición o interferencia recíproca que encuentra su propia base en la realidad institucional de los dos ordenamientos, en lugar de hacerlo en el reenvío que un ordenamiento haga espontáneamente al otro.⁵⁴

⁵⁴ Cfr. Romano (Santi), *L'ordinamento giuridico, cit.*, pp. 144 y ss.; Cammarata,

Prescindiendo de estas consideraciones de carácter general, queda por aclarar el punto que habíamos señalado al principio de estas observaciones. Si se explican una serie de premisas que normalmente quedan sobreentendidas al describir el fenómeno de la adaptación, resulta claro que los resultados alcanzados por parte de los dualistas y de los secua-ces de la corriente kelseniana convergen en no pocos puntos.

8. *Continuación: Delimitación de los problemas en los que, al analizar la técnica de la adaptación y los demás fenómenos hasta aquí contemplados, se observa que las corrientes dualista y la monista llegan a resultados convergentes*

Tratemos ahora, en los límites en que podemos hacerlo, de señalar en qué casos las distintas orientaciones doctrinales coinciden en el terreno de la elaboración dogmática del concepto de la adaptación.

1) Ante todo, la distinción entre exigencias directas e indirectas de la adaptación queda presupuesta tanto en los dualistas como en los monistas. En uno de sus últimos análisis, Kelsen, como hemos visto, parece fundar en esta distinción la construcción del fenómeno que, afirma, la doctrina dualista define impropriadamente como transformación del derecho internacional en derecho interno. Recuérdese la hipótesis de la que parte este autor para demostrar la carencia de fundamento del concepto de transformación, entendido como repetición del contenido de una norma internacional en una norma interna y como consecuencia necesaria de la concepción dualista. Es la siguiente: las partes negociadoras de un tratado han dispuesto que las normas de éste sean aplicables en forma inmediata a sus propios súbditos, pero no se han comprometido expresamente a modificar su propia Constitución para el caso de que ésta no consienta la aplicación inmediata de las normas internacionales. Es justamente, en cuanto distingue esta hipótesis de la otra en la que cada una de las partes ha asumido explícitamente la obligación de reformar su propia Constitución, donde Kelsen rechaza decididamente el esquema conceptual de la transformación. Según que los Estados negociadores se hayan empeñado o no en modificar sus respectivos ordenamientos constitucionales, las normas necesarias para la aplicación del tratado deberían construirse como aplicación inmediata del tratado mismo o como desarrollo del proceso creativo de la norma internacional; pero, en ningún caso, como un procedimiento de transformación. Hemos examinado ampliamente, en otro lugar, el fundamento de esta tesis, por lo que no es necesario insistir aquí. Nos limitamos a observar que la

misma distinción entre exigencias directas e indirectas de adaptación viene acogida por la doctrina dualista, la cual hace derivar de ella más de un corolario; por ejemplo, que la falta de ejecución de una norma necesaria para la aplicación de un tratado o de otras normas internacionales representa sólo uno de los presupuestos para que surja la responsabilidad internacional del Estado y no la violación directa de una obligación internacional, o que la diversidad de contenido entre norma internacional y norma interna es particularmente evidente en el caso en que la exigencia de adaptación deriva inmediatamente de la norma que hay que aplicar.⁵⁵

2) Conectada a esta distinción se encuentra, comúnmente aceptada por la doctrina, aquella otra que diferencia entre obligación internacional y obligación constitucional de dictar los actos de adaptación.

En este punto parecería que existiese una divergencia irreductible entre las opiniones dualistas y las monistas; divergencia enraizada en la diversa solución que unos y otros dan al problema de los destinatarios de la norma internacional. Para los dualistas, como sabemos, sujeto de derecho internacional, y, por tanto, destinatario de la norma de tal ordenamiento es el Estado. Para los monistas, en cambio, cada órgano estatal o la persona particular. Pero también aquí el contraste entre las dos tesis resulta mitigado, si no superado, por la doctrina que en forma más o menos consciente ha aceptado posiciones intermedias. En efecto, que la obligación internacional se dirige tanto al Estado cuanto a los órganos estatales ha sido admitido, implícitamente, por aquella parte de la doctrina dualista que resuelve cualquier obligación internacional en una obligación de los órganos en los que toma cuerpo y se articula el Estado.

Por esta vía se llega a un resultado coincidente con la tesis monista, según la cual titulares de las obligaciones internacionales serán los órganos y no los Estados. Por otra parte, la doctrina monista, aunque parta de la afirmación de que la norma internacional puede al igual que la norma interna dirigirse directamente a los individuos, termina admitiendo, como hemos visto, que destinatario de la norma internacional es el órgano que el ordenamiento interno designa para el ejercicio de los poderes o el cumplimiento de las obligaciones que derivan de las normas mismas. Se podría objetar que de acuerdo con la tesis monista es ad-

Il significato e la funzione del fatto nell'aspettanza giuridica, cit., en Ann, Un. Macerata, V (1929), p. 419, notas 1 y 2.

⁵⁵ *Vid.*, sobre este punto Morelli, *Nozioni. . . , cit.*, pp. 78 y ss.; Sperdutti, *Lezioni. . . , cit.*, pp. 104 y ss.

misible que la norma internacional se dirija directamente a los individuos, a los sujetos privados, en lugar de a los órganos estatales. Esto, en cambio, sería rechazado, en todo caso, por los dualistas. En efecto, se podría dudar si, como parece haber admitido recientemente un defensor de la tesis monista, las normas internacionales que se dirigen a los individuos no asumen en realidad como propios destinatarios los órganos ejecutivos,⁵⁶ o —en el caso de que el ordenamiento interno se oponga a la aplicación inmediata por parte de estos últimos— al órgano competente para modificar la Constitución. El punto de convergencia de las dos tesis viene representado por tanto por aquella opinión según la cual el destinatario de la obligación internacional no es el Estado, abstractamente considerado, y ni siquiera el sujeto privado, sino el órgano del Estado.⁵⁷

Identificar en el órgano estatal el titular de la obligación internacional no significa confundir conceptualmente tal obligación con otras obligaciones de las que puede ser destinatario el mismo órgano en base al ordenamiento interno. Los monistas, con tanta claridad como los dualistas, efectúan esta distinción y advierten que la obligación internacional debe ser distinguida de la obligación interna, dadas las distintas consecuencias que derivan de la violación de una u otra. La transgresión de la obligación constitucional conlleva, en efecto, cuando se encuentre garantizada por una sanción específica, la responsabilidad del órgano al que se debe la transgresión de la obligación misma. Responsabilidad, ésta, que es distinta de la responsabilidad internacional, definida por Kelsen como un tipo de responsabilidad “absoluta”.⁵⁸

⁵⁶ Kelsen, *op. loc. ult. cit.*

⁵⁷ La tesis planteada por Kelsen ha sido defendida, dentro de la doctrina dualista, por Anzilotti, *Il diritto internazionale nei giudizi interni...*, *cit.*, pp. 184 y ss. Sin embargo, no han faltado críticas y objeciones a esta opinión de Anzilotti, en la que se ha querido ver una concesión a los principios del monismo. *Cfr.* Donati, *I trattati...*, *cit.*, pp. 285 y ss., y más recientemente, Miele, *L'immunità...*, *cit.*, p. 198, y Biscottini, *L'adeguamento...*, *cit.*, p. 221, nota 3. *Vid.* también las observaciones polémicas de Kelsen, en *La transformation*, *cit.*, p. 9, nota 1, y p. 10, quien afirma que Anzilotti habría reconocido “detrás de la función del estado personificado” la realidad de los individuos y de los órganos del aparato estatal, pero sin extraer las conclusiones necesarias (es decir, por ejemplo, la identificación del Estado en cuanto sujeto del derecho internacional con el Estado en cuanto ordenamiento interno). La distinción de una doble personalidad del Estado, a la que Anzilotti ha permanecido fuertemente ligado, representaría, según Kelsen, una reafirmación “*sous une forme extrêmement contestable*” de la “*trop fameuse théorie au double aspect ou de la double nature de l'état*”, “*Zwei-Seiten-Theorie*” (*La transformation...*, *cit.*, p. 22), sobre ésta, puede consultarse la aguda exposición de Gueli, en *Stato e atruto...*, *cit.*, p. 121.

⁵⁸ Kelsen, *La transformation...*, *cit.*, p. 14, opone a las otras la figura de res-

3) Pero es precisamente en la clasificación de los varios tipos de adaptación donde puede encontrarse la convergencia quizá más significativa entre las dos orientaciones de la doctrina, como se advierte claramente si examinamos los distintos procedimientos ya vistos y se considera la postura que monistas y dualistas han asumido respecto a ellos.

Comencemos con el procedimiento ordinario, que consiste en la emanación de una ley ordinaria de ejecución. Como hemos dicho, la opinión de Kelsen y de otros ilustres defensores de la corriente monista⁵⁹ es la de que tal procedimiento representa una técnica inútil, que sólo se justifica si se parte de la tesis dualista. Es más, afirman que nos encontraríamos ante el caso de una institución de derecho positivo influida o, incluso, deformada por una errónea solución teórica del problema de las relaciones entre los ordenamientos, o por ciertas concepciones ideológicas o políticas como las del Estado totalitario.

Permítasenos observar, *per incidens*, que esta última afirmación no parece tener ninguna base en la realidad histórica dado que el procedimiento ordinario es compatible también con una forma de gobierno parlamentaria o democrática, y que, incluso, resulta contradicha por el mismo autor que la ha formulado: Verdross.⁶⁰ Afirma, en efecto, que la intervención del legislador para el desarrollo o ejecución de las normas internacionales se encamina a eliminar o excluir la actividad, necesariamente discrecional, de los órganos encargados de aplicar el derecho, la administración pública o el poder judicial. Y que la aplicación directa del derecho internacional por parte de los jueces resulta condicionada históricamente al reconocimiento de la independencia del poder judicial.⁶¹

ponsabilidad que sería típica del derecho internacional, en el sentido de que constituye una responsabilidad objetiva, caracterizada por tanto por el hecho de que las sanciones previstas por el ordenamiento internacional (guerra, represalias, etcétera), no son dirigidas contra los autores de lo ilícito sino contra todos los sujetos del Estado; contra el pueblo en su totalidad. Para una formulación más general de este concepto, *vid.* el mismo autor *Principles... cit.*, pp. 11 y ss.

⁵⁹ Cfr. Guggenheim, *Traité... cit.*, I, p. 33.

⁶⁰ Verdross, *Droit international et droit interne, cit.*, p. 225; "Ce système (procedimiento ordinario), que nous apellons le système de l'application interne *individuelle* du droit international public, était en valeur surtout à l'époque de l'absolutisme. Nous retrouvons un phénomène analogue dans les dictatures modernes". Si se considera que, siempre según los monistas, el procedimiento de transformación del derecho internacional mediante la emanación de una ley de ejecución se asocia con la tesis dualista, resulta claro que este argumento recuerda muy de cerca a la equiparación entre dualismo y autoritarismo de la que muy a menudo hablan los seguidores de la Escuela vienesa.

⁶¹ Verdross, *op. loc. ult. cit.* La falsa perspectiva con la que, a nuestro juicio,

Resulta, sin embargo, que los defensores de la tesis monista reconocen explícitamente la exigencia de un procedimiento ordinario; por ejemplo, Verdross sugiere una clasificación de los sistemas de aplicación del derecho internacional que parece corresponder a la distinción, elaborada por nuestra doctrina, entre procedimiento ordinario y procedimiento especial. Distingue este autor entre el tipo de aplicación incidental (*individuelle*) y el de aplicación en forma general (*globale*) del derecho internacional. Tendríamos la primera modalidad cuando se emane un acto de ejecución puntual por parte del órgano legislativo; Verdross contrapone a éste el otro sistema, en el que los órganos ejecutivos son autorizados por el ordenamiento interno para aplicar las normas internacionales en forma directa. Tal vez Verdross, al adoptar este sistema de clasificación, ha pretendido limitarse a una descripción de los sistemas utilizados históricamente por el derecho positivo, sin comprobar si, y hasta qué punto, este esquema responde estructuralmente a las premisas teóricas de la tesis monista. Lo que importa destacar aquí es que la tesis de este autor, así como las de otros exponentes de la corriente monista, implican que el procedimiento ordinario deba considerarse, cualquiera que sea la premisa teórica de la que se parta, como un momento imprescindible del fenómeno de la aplicación del derecho internacional en el interior de los ordenamientos estatales. En efecto, sabemos que las críticas dirigidas por los monistas a la técnica de la transformación, no son válidas en los casos en los que la norma internacional no es susceptible de aplicación inmediata. Considérese la hipótesis de un tratado que impone a los Estados parte establecer o desarrollar determinadas normas que sólo son enunciadas en sus líneas programáticas. La emanación de una ley para completar el contenido de las normas que el tratado ha dejado incompletas no podría considerarse obviamente, ni siquiera desde la perspectiva monista, como una transformación;⁶² en este

efectúa este autor la referencia histórica a las distintas formas de adaptación, puede explicarse, además que con la asimilación a que antes nos hemos referido entre concepción dualista e ideología totalitaria, también con la consideración de que la legislación, en el periodo histórico a que se refiere el autor, se encontraba concentrada en las manos de los soberanos absolutos. Por tanto, la afirmación de Verdross perdería mucho de su importancia si se refiere a los periodos históricos en los que la titularidad del poder legislativo se transfiere del Soberano al órgano representativo de la voluntad popular.

⁶² Kelsen admite en varios lugares, aunque implícitamente que la transformación es inevitable en los casos en que las normas internacionales a aplicar no sean susceptibles de ejecución inmediata (*vid. La transformation... cit.*, p. 36: v. *supra*, pp. 33 y ss.

No parece, por otra parte, que la doctrina monista haya tomado en consideración

caso, el procedimiento ordinario es el único técnicamente admisible para dar aplicación a la norma internacional. En efecto, los mismos monistas abandonan el consabido argumento de que la ley de ejecución del tratado representa una copia inútil de este último, y admiten, aunque con cautela, que aquí, en lugar de transformación, nos encontramos ante una pura y simple integración del contenido del tratado.

Ahora bien, si se considera que el campo de aplicación más frecuente y, por así decirlo, típico del procedimiento de adaptación ordinaria es justamente el que se refiere a la hipótesis en la que la norma internacional no es susceptible de aplicación inmediata, no se puede dejar de comprobar que a la categoría del procedimiento ordinario se le deba asignar, según la doctrina monista, una esfera de aplicación que coincide con el campo del que, también los dualistas, excluyen la aplicación del procedimiento especial o del procedimiento automático.

Se podría observar, sin embargo, que el contraste entre las dos tesis se mantiene en aquellas hipótesis en las que las normas sean susceptibles de aplicación inmediata. Al menos en el sentido de que, según la doctrina monista, el principio de la aplicabilidad directa del derecho internacional (la que Verdross llama *application globale* del derecho internacional) vendría a ostentar un ámbito más amplio que el que los dualistas reconocen al procedimiento ordinario.

Algunos autores, como Kelsen, sostienen que tal principio rige incluso al margen de la hipótesis de que se haya establecido el procedimiento de adaptación automática, incluso cuando la Constitución se abstiene de prescribir, implícita o explícitamente, la transformación de la norma internacional en una disposición correlativa de derecho interno. Prescindiendo de cualquier observación acerca del fundamento de tal afirmación, de la que ya nos hemos ocupado en otro sitio,⁶³ se podría dudar si es lícito afirmar, como hace Kelsen, en forma general la presunción de que el ordenamiento habría conferido implícitamente a los órganos investidos del poder de concluir tratados, también la competencia de establecer normas, configurando de esta forma el tratado como una fuente de derecho. La duda se plantea precisamente en cuanto que es más

la orden de ejecución como un tipo de adaptación distinto, e intermedio entre el procedimiento ordinario y el automático. Kelsen parece, en efecto, identificar sin reservas la orden de ejecución con el procedimiento de transformación ordinaria, con lo que incurre en el error, a que antes nos hemos referido, de excluir que exista reenvío cuando las normas contenidas en el tratado figuren, como en el caso de la orden de ejecución, colocadas en apéndice del texto legislativo. *Cfr. supra*, p. XX, nota 2.

⁶³ *Cfr. supra*, p. 100.

que discutible presuponer que en el silencio de la Constitución (ésta es, en efecto, la hipótesis de la que parte Kelsen) el poder de concluir tratados se presente en realidad como una competencia normativa que deroga el sistema de competencias contemplado por la Constitución. Nuestra doctrina se ha ocupado de estos problemas, como es sabido, con relación al estudio de la orden de ejecución.⁶⁴

Admitamos que se pueda presumir una asimilación del tratado a las fuentes del derecho interno; siempre se podrá observar que el poder normativo del que estarían, según esta opinión monista, investidos implícitamente los órganos encargados de la conclusión de tratados, no tendría, sin embargo, una esfera de aplicación que coincidiese exactamente con el ámbito en el que opera el procedimiento de adaptación automática. Adaptar el ordenamiento interno a las exigencias que dimanen de los tratados significa, en efecto, no sólo introducir normas equivalentes a las internacionales, sino también dictar normas nuevas o derogar las ya existentes. Todo ello cuando sea indispensable a fin de eliminar antinomias o contrastes entre el ordenamiento interno y las normas internacionales o garantizar la plena y puntual ejecución de estas últimas.

Aunque se acepte que el intérprete se encuentra capacitado para aplicar las normas internacionales (sin o antes de que éstas sean traducidas, por así decirlo, en derecho interno), es difícil concebir que pueda por ello mismo desaplicar las normas internas⁶⁵ que contrasten con el derecho internacional, presumiendo introducidas en el ordenamiento no sólo las normas establecidas por el tratado, de las que se postula su eficacia como normas internas, sino también todas las demás que sean indispensables para la aplicación de las normas internacionales.

Cuanto venimos diciendo demuestra, a nuestro juicio, cómo aun partiendo de la tesis monista debe considerarse indispensable establecer

⁶⁴ Cfr. por todos, Perassi, *Lezioni...*, cit., p. 36.

⁶⁵ Estas consecuencias derivarían de la tesis de Kelsen, siempre que se considere que el tratado se configura como fuente superior y no sólo paralela a la ley, en el sentido de que las normas establecidas mediante tratado puedan encontrarse en grado de prevalecer sobre todas las demás y de modificar la misma Constitución.

⁶⁶ La solución distinta a la que es necesario considerar que llega la tesis monista con referencia a la aplicación del derecho internacional general deriva, como hemos visto, el hecho de que en esta hipótesis falta la premisa de la que parte Kelsen para argumentar la aplicabilidad inmediata de las normas internacionales; es decir, de los órganos encargados de la conclusión de los tratados también se encuentran investidos de un poder normativo. Kelsen rechaza, en efecto, claramente la tesis por la que la costumbre es creada por la voluntad, aunque sea tácitamente manifestada, de los Estados.

una norma del tipo del artículo 10 de nuestra Constitución para conseguir una adaptación completa y puntual a las exigencias internas que derivan de las normas internacionales.

A todo esto se debe añadir, como se dijo en su tiempo, que la construcción de Kelsen no consigue explicar en todo caso cómo es posible aplicar directamente en el ordenamiento interno normas de derecho internacional general, o consuetudinario, sin que ello esté previsto en una norma que haya instaurado un procedimiento de adaptación automática.⁶⁶

A nuestro juicio, esta última afirmación revela una coincidencia más de los resultados a los que llegan las dos escuelas. Piénsese que, al menos con referencia a la adaptación al derecho consuetudinario, nuestra doctrina sobrepasa las consecuencias a las que llega la tesis monista. Así, al afirmar que, durante la vigencia del Estatuto Albertino, y a falta de disposiciones expresas que lo regulasen, era necesario *presumir* la existencia de una norma de la que fuese lícito deducir la aplicabilidad directa de las normas consuetudinarias.⁶⁷

Por tanto, la doctrina monista admite en todo caso (es más, lo afirma explícitamente) que al describir el fenómeno de la adaptación no se puede prescindir de una referencia a las normas establecidas por el derecho estatal para regular la ejecución del derecho internacional. Incluso cuando los monistas han querido insertar la norma de adaptación en el proceso productivo de las normas internacionales, han precisado que dicha norma debe ser considerada, sin embargo, siempre parte integrante del derecho interno; en otros términos, que el fenómeno de la adaptación consiste en dictar normas estatales, diferentes de las del derecho internacional de quienes dimana la exigencia de la adaptación.⁶⁸ La coincidencia de resultados a los que, aunque partan de premisas teóricas distintas, han llegado las dos escuelas, se explica (tanto con referencia a éste como a otros de los problemas aquí señalados) si se considera que una y otra corriente afirman la libertad de organización jurídica del Estado y el principio conexo de la referencia a tal organización por parte

⁶⁷ Véase, sobre este problema Socini, quien resume los resultados a que llegó la doctrina anterior sobre la adaptación de los ordenamientos estatales al derecho internacional general y sobre la configuración exacta que hay que dar a esta norma. Más que de norma consuetudinaria, el autor se inclina a hablar de un principio institucional (*op. cit.*, p. 102); *cfr.*, Triepel, *op. loc. cit.*, para quien en el ordenamiento interno se formaría, en correspondencia al derecho internacional general, un sector de normas, también consuetudinarias, cuyo contenido queda modelado de conformidad con las normas internacionales.

⁶⁸ Papalambrou, *op. loc. ult. cit.*

del derecho internacional. De ello deriva que para el intérprete monista, así como para los defensores de la tesis opuesta, el legislador estatal es libre de determinar los órganos competentes para la ejecución del tratado y de establecer los procedimientos de adaptación en la forma que considere más oportuna.

4) De las observaciones precedentes podemos extraer otra precisión. Se ha afirmado que tanto monistas como dualistas concuerdan en admitir que la elección de una u otra técnica para ejecutar el derecho internacional en el interior del ordenamiento estatal viene condicionada por la estructura de la norma internacional que hay que aplicar.⁶⁹

El problema al que nos referimos consiste en determinar, precisamente, si existe un límite, por así decirlo, lógico o estructural en la aplicación del procedimiento de adaptación. Para aquellas veces en las que, a pesar de que la norma internacional a aplicar sea completa en el sentido indicado anteriormente, sin embargo, extinga sus propios efectos y su función en la esfera del ordenamiento internacional, sin que, en consecuencia, se haga necesaria la emanación de una norma interna o la ejecución de otras actividades estatales que consientan su aplicación. Según una parte de la doctrina, un ejemplo lo constituiría la norma *pacta sunt servanda*. Como veremos enseguida, tanto por la doctrina monista como por la dualista, se admite generalmente la existencia de estas normas, aunque dentro del dualismo no falten voces discrepantes. Se ha observado, así, que cuando se parta de la distinción entre los dos ordenamientos se debería llegar necesariamente a la conclusión de que cualquier norma internacional, considerada en sí y por sí, jamás se encuentra en grado de producir efectos fuera del ordenamiento en el cual ha sido establecida, y no puede producirles, por tanto, en el ordenamiento estatal.

Pero resulta claro que esta observación, admitiendo que sea exacta, no disminuye ni excluye la importancia que, siempre respecto de la adap-

⁶⁹ Verdross, *Droit international et droit interne*, cit., quien afirma que la fórmula llamada de la *aplicación global* (el procedimiento de adaptación automática quedaría frustrado si “el contenido o el fin de la norma no es idóneo para producir efectos en la esfera del derecho privado”: cfr. p. 230, nota 30 para referencias jurisprudenciales). Con esto, se pretende afirmar claramente que son idóneas para determinar la necesidad de la adaptación sólo aquellas normas internacionales cuyo contenido sea estructural o técnicamente completo; en otros términos, las normas que resultan claramente individualizadas en sus propios elementos estructurales.

⁷⁰ Quadri, *Diritto internazionale pubblico*, cit., p. 46, no invoca la tesis a que aludimos en el texto para adherirse a ella, sino para reducir una *reductio ad absurdum* del argumento por el que normalmente se excluye que el artículo 10 se refiera implícitamente al derecho internacional convencional.

tación, adquiere la distinción entre las normas que desarrollan y agotan sus propios efectos en el ámbito del ordenamiento internacional y las demás. En efecto, la doctrina pretende con tal distinción simplemente aislar dentro del complejo de las normas internacionales aquellas de las que no deriva, de una forma u otra, la exigencia de una adaptación por parte del ordenamiento estatal.

Parece claro que esta distinción también puede ser admitida por la doctrina monista. Basta con reflexionar sobre la construcción gradual del ordenamiento que le sirve para ordenar todas las fuentes del mismo y por ello tanto las normas de derecho internacional como las de derecho interno. Incluso admitiendo, con Kelsen, que no puede existir una separación tajante entre momento de creación y momento de ejecución en el desarrollo del proceso de producción del derecho,⁷¹ existen algunas normas (diríamos las más elevadas en la *Stufenbau*) que sólo se encuentran en conexión inmediata con otras normas de derecho internacional y, en cambio, en conexión mediata con las de derecho interno. Éstas vienen a representar un desarrollo y una precipitación a nivel inferior de la construcción gradual.

La distinción señalada existe, por tanto, en el marco del monismo. También aquí, en suma, se nota más una diversidad de formulaciones y de terminología que una divergencia sustancial y efectiva de conceptos entre ambas escuelas.

5) Nos quedan por analizar algunos otros problemas. Se ha discutido, y se continúa discutiendo, si la necesidad de adaptar el ordenamiento estatal al internacional surge exclusivamente respecto de las normas de este último, de las que deriva una obligación o una situación jurídica de desventaja para el Estado. Según que el problema se resuelva en un sentido o en otro, derivan consecuencias distintas, por ejemplo respecto de la interpretación de las normas de adaptación. La doctrina se se ha ocupado del mismo, sobre todo con referencia a la formulación de los cánones hermenéuticos que deben presidir la determinación de las normas establecidas mediante reenvío, bien con el procedimiento automático o con la orden de ejecución. Según una opinión autorizada, el principio al que debe someterse el intérprete al formular y reconstruir el contenido de estas normas debería ser el de excluir que los procedimientos especiales de adaptación sean idóneos para introducir otras normas que las que sean estrictamente necesarias para satisfacer la exigencia de la adaptación.⁷²

⁷¹ Kelsen, *Teoría generale...*, cit., pp. 134 y ss.

⁷² Prescindimos en el texto de cualquier referencia a los problemas de inter-

De lo que se deduce que:

La pura y simple afirmación y la voluntad manifestada en el acto de reenvío al tratado de ejercitar todos los derechos que derivan del tratado, sería excesiva: ciertamente se puede presumir que el Estado quiera cumplir todos sus deberes hacia los demás Estados, pero no es modo alguno necesario que quiera ejercitar todos los derechos.⁷³

pretación que se conectan a la determinación del contenido de las normas introducidas en el ordenamiento interno mediante los procedimientos de adaptación especial. Las opiniones de la doctrina son extremadamente cambiantes en este punto, describiendo la función del juez como mera ejecución o, en cambio, como actividad creadora, según que se considere como fuente formal de las normas introducidas, los hechos normativos del ordenamiento reenviado o las decisiones de los tribunales "llamados a decidir sobre la materia a la que se refiere el legislador al efectuar el reenvío". En este último caso, se reconocería al juez el poder de sustituir al legislador, como, por ejemplo, ocurre en ciertos ordenamientos positivos (artículo 1 del Código Civil suizo). Sobre estos problemas, *Vid.* Sperduti, *La produzione... cit.*, p. 36, en nota, donde se sugiere una diferencia entre el poder del que resulta investido el juez en el ordenamiento suizo, que implicaría una actividad materialmente creadora de las normas jurídicas, y la actividad que el intérprete desarrolla para determinar el contenido de las normas creadas mediante reenvío; el juez "aunque desarrolle una actividad formalmente creadora del derecho, quedaría vinculado rigurosamente por lo que respecta a la fuente de que puede extraer el material de su propia decisión, al estar constituida dicha fuente por ciertos y determinados actos o hechos normativos del ordenamiento extranjero sobre el que ha recaído el reenvío". El autor parece haber cambiado de opinión, y revisado la configuración teórica del acto normativo continuado. Ya no atribuye a la sentencia del juez que formula el contenido de las normas introducidas la naturaleza de un acto de producción jurídica. Siempre sobre el problema a que nos referimos en el texto puede encontrarse una interesante observación en Malintoppi, "Sull'adattamento dell'ordinamento italiano alla convenzione di Ginevra del 1949", en *RDI*, 1957, pp. 257 y ss., acerca de la posibilidad de que la orden de ejecución relativa a la convención a la que se refiere sea idónea para introducir en el ordenamiento "fragmentos de normas" o normas incompletas, en el caso de que las normas convencionales fueran incompletas en su contenido. Según este autor, las normas de adaptación deben ser incompletas, por lo que debe excluirse la inserción de normas inútiles a los fines de la adaptación. Contra Marazzi, *Norme direttive e norme precettive nel processo di adeguamento alla convenzione di Ginevra sulla circolazione stradale, cit.*, pp. 1039 y ss. La tesis de Malintoppi parece preferible, aunque con la advertencia de que no debe excluirse necesariamente que la orden de ejecución sea idónea para introducir las normas que Malintoppi define como incompletas, cuando el sentido del tratado sea poner claramente a las partes la adopción de normas programáticas; por ejemplo, principios que fijen las grandes líneas directivas de la legislación regional. Sobre la naturaleza de las normas programáticas y de las leyes "quadro" o "cornice", *vid.* Crisafulli, *La costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milán, 1952, p. 28; Virga, *La Regione, cit.*, cap. II, esp. & 3; Mortati, *Istituzioni... cit.*, p. 648; y, por último, Paladin, *La potestà legislativa regionale*, Padua, 1958, p. 222.

⁷³ Anzilotti, *Corso... cit.*, p. 341.

Esta conclusión viene apoyada por el hecho de que sería irrelevante o indiferente para el ordenamiento internacional el que el Estado desarrolle o no las actividades instrumentales, o incluso las indispensables, para el ejercicio de sus propios derechos. Ciertamente es significativo que la opinión de que hablamos haya encontrado fuera de Italia su más autorizado defensor en Triepel, quien parece considerar que el derecho interno permitido internacionalmente —al que él contraponen el derecho interno prohibido o impuesto internacionalmente— se encuentra en la frontera, e incluso puede confundirse conceptualmente con la esfera que siempre desde el punto de vista del ordenamiento internacional debe considerarse como indiferente o irrelevante.⁷⁴

En otros términos, la necesidad de vincular la actividad discrecional de los órganos estatales sólo surgiría cuando de la norma internacional que determina la exigencia de la adaptación deriva una obligación para el Estado; no, en cambio, cuando este último se encuentre autorizado o legitimado internacionalmente para un determinado comportamiento. A esta opinión, recogida recientemente en nuestra doctrina,⁷⁵ se le ha objetado que el ejercicio de un derecho o el de un poder es tan indispensable como el cumplimiento de una obligación.

Desde otra perspectiva, también se ha justificado a la objeción aduciendo como fundamento del artículo 10 la exigencia de que el ordenamiento interno (en razón de su propia dependencia, aunque indirecta, del derecho internacional) haga posible así tanto el cumplimiento de

⁷⁴ Triepel, *Diritto internazionale...*, cit., pp. 377 y ss. La tripartición sugerida por Triepel para calificar las distintas categorías del derecho estatal relevante internacionalmente ha sido aceptada, entre otros por Romano, *Corso di diritto internazionale* (4)..., cit., pp. 50 y ss. Sobre la admisibilidad lógica de la "Rechtliche indiferente" y sobre el principio de exclusión del tercero, cfr. Levi, *Teoria generale del diritto*, cit., cap. V y XVII, esp. pp. 236 y ss.; Donati, *Il problema delle lacune nell'ordinamento giuridico*, Milán, 1910. En sentido negativo, Kelsen, *Principles...*, cit., p. 305; y del mismo autor, *The Law of the United Nations*, cit., p. 771, donde se afirma: "what is legally not forbidden is allowed". Kelsen se sirve de este argumento para configurar la común configuración de la competencia interna ("domestic jurisdiction") como esfera sustraída al derecho internacional; cfr., también, Soriat, *Le problème des lacunes en droit international*, París, 1958, esp. pp. 31, 45, 292 (sobre el nexo entre el carácter completo del ordenamiento internacional y la competencia interna).

⁷⁵ Cfr. Biscottini, *L'adeguamento...*, cit., p. 217. Se ha objetado que, al menos, en el caso del artículo 10 la voluntad claramente expresada por nuestro constituyente es la de que nuestro ordenamiento se adapte a las normas internacionales, sin distinguir según que "estas normas se refieran al Estado, portador del ordenamiento considerado desde el punto de vista pasivo (obligaciones), o bien, desde el punto de vista activo (derechos y potestades jurídicas)": cfr., Socini, *L'adeguamento...*, cit., p. 102.

las obligaciones como el ejercicio de las facultades de las que es portador el Estado en la esfera de este último ordenamiento. Se han formulado también soluciones de compromiso entre las tesis contrapuestas.

Se ha admitido, así (por parte de quien mantiene que la exigencia de la adaptación se plantea sólo para las normas de las que derivan obligaciones internacionales), que puede haber casos en los que el ejercicio de un derecho se presente el presupuesto para el cumplimiento de una obligación o implique una laguna en los intereses nacionales o un perjuicio para el Estado. Desde otra perspectiva se ha tratado de afirmar que la exigencia de la adaptación del derecho interno a las normas internacionales subsisten aun prescindiendo de la circunstancia de que estas últimas creen derechos o deberes, situaciones jurídicas activas o pasivas para el Estado: a este respecto asume importancia particular el problema de la renunciabilidad del derecho.⁷⁶

La solución al problema planteado en el texto podría ser distinta según que de la norma internacional derive un derecho que, desde el punto de vista del ordenamiento internacional, es renunciable o, en cambio, un derecho acompañado de un elemento de deber: un derecho-deber, o un poder, siempre que sea lícito extender estas últimas categorías al derecho internacional.⁷⁷

⁷⁶ Sobre este problema tiene especial importancia la aplicación de las situaciones jurídicas subjetivas que la posibilidad de extender al derecho internacional la distinción entre derecho y poder y, en suma, la clasificación de las situaciones jurídicas subjetivas. *Cfr.*, sobre esto, Sperduti, *Contributo alla teoria delle situazioni giuridiche soggettive*, Milán, 1941, pp. 39 y ss. (con amplias referencias a la doctrina internacionalista), *esp.* p. 39; *Lezioni. . . , cit.*, pp. 97 y ss., donde sustituye a la distinción entre derecho subjetivo y potestad, sugerida por Romano (*Frammenti di un dizionario giuridico*, Milán, 1947, p. 91), otra derivada de la contraposición entre Dürfen e Konnen: Giuliano, *I diritti e gli obblighi degli Stati*, Padua, 1956, pp. 25 y ss.; Barile, *I diritti assoluti nell'ordinamento internazionale*, Milán, 1951, p. 51; Ubertazzi, *Studi sui diritti reali nell'ordine internazionale*, Milán, 1949, pp. 33 y ss.

⁷⁷ *Cfr.* Morelli, *Nozioni. . . , cit.*, pp. 97 y ss. No parece que, para resolver el problema a que nos referimos en el texto, se pueda atribuir una significación decisiva a las disposiciones de nuestro sistema constitucional que configuran el límite del respeto de las obligaciones internacionales por parte del legislador regional. De esta forma particular del derecho positivo, no puede deducirse, en efecto, que la actitud de nuestro constituyente sea la de limitar la adaptación a las normas que crean obligaciones internacionales para el Estado. Como veremos, el establecimiento de este límite ofrece una solución sólo parcial y negativa al problema de la adaptación. (Acerca del significado exacto de tal límite las relaciones con las que se encuentra con los demás límites de la ley regional, *vid. infra*, pp. 327 y ss.; *vid.* también, La Pergola, *Note. . . , cit.*, pp. 1 y ss.) Cualquiera que sea la forma en que se resuelva el problema que nos interesa, debe observarse que se plantea tanto para la tesis monista de la que deriva, en efecto, necesariamente, que la

Cualquiera que sea su fundamento, las opiniones reseñadas pueden servir sólo, como decíamos, para orientar al intérprete, cuando el derecho positivo, al establecer el procedimiento de adaptación, no haya aclarado textualmente si las normas internacionales de las que deriva un derecho y no una obligación para el Estado deben entenderse excluidas de la esfera de aplicación del dispositivo de adaptación. A continuación de una afirmación explícita en tal sentido, debería desaparecer todo motivo de duda.

El mismo problema se plantea a propósito de otros aspectos de la interpretación o de los procedimientos de adaptación: por ejemplo, con referencia al ámbito de aplicación del dispositivo de adaptación automática. Si este tipo de adaptación se refiere a todo el derecho internacional, o bien sólo a los tratados o sólo al derecho consuetudinario, es cuestión que debe ser resuelta según el derecho positivo y en forma independiente de la configuración que el intérprete quiera dar a las relaciones entre ambos ordenamientos.

La advertencia podría parecer superflua si la doctrina no hubiera insistido en la posibilidad, e incluso en la necesidad, de que el dispositivo automático se extienda más allá de los límites previstos eventualmente, incluso en forma expresa, por el legislador. Según la opinión señalada, una vez que el ordenamiento positivo ha acogido el principio de adaptación automática, y aunque lo haya limitado a los tratados o al derecho internacional consuetudinario, debería afirmarse igualmente que se debe incluir en el dispositivo de adaptación todo el derecho internacional. Esta conclusión se fundamenta en que, cualquiera que sea su formulación, la norma sobre la adaptación automática llama a la regla *pacta sunt servanda*. La referencia al principio de obligatoriedad de

fórmula de adaptación deba referirse tanto a las normas internacionales que crean derecho como a las que crean deberes. Ha sido propiamente Kelsen quien ha manifestado que la obligación es el momento esencial del fenómeno de la subjetividad en el seno de la comunidad internacional o de las comunidades particulares organizadas sobre la base de esta última; de ello se deriva, dada la estructura del ordenamiento internacional, el ejercicio del derecho adquiere relevancia sólo y directamente, por reflejo y consecuencia del cumplimiento de una obligación. *Vid.* Kelsen, *The Law of The United Nations, cit.*, p. 85; "Membership in a legal community means to be the subject of specific obligations and rights established by the legal order constituting the community. It is usual to lay stress upon the rights and to ignore the obligations when the concept of membership is defined. This is incorrect, since the primary function of a legal order is to establish obligations. Rights are secondary phenomena. No right of a subject is possible without another subject's obligation". Sobre la configuración que este autor da al esquema conceptual del derecho subjetivo, *cfr.*, de Kelsen, *Teoria generale...*, *cit.*, pp. 75 y ss.

los pactos haría derivar, en efecto, un doble orden de consecuencias opuestas pero, por así decirlo, convergentes. Si el ordenamiento se ha limitado a establecer la adaptación, al derecho internacional general, de la norma *pacta sunt servanda*, que forma parte de este último, derivaría que la adaptación se extiende también a los tratados. En cambio, una fórmula de adaptación que se limitase textualmente al derecho internacional convencional, se referiría, sin embargo, siempre, en primer lugar a la norma *pacta sunt servanda* y, por tanto, al complejo de las demás normas de derecho internacional general sin las que esta última carecería de significado preciso o de valor jurídico. Sin entrar, por ahora, en el examen de esta opinión, nos limitamos a comprobar que ha sido defendida tanto por los monistas como por los dualistas. Lo que, por otra parte, es fácil de explicar, si se considera que, también aquí, las dos escuelas están de acuerdo en que el Estado permanece libre de escoger una fórmula más o menos amplia para adaptar su ordenamiento al derecho internacional. Sentada la exigencia de que el Estado adapte su ordenamiento a las normas internacionales, el legislador permanece, sin embargo, libre de adoptar un procedimiento u otro y, por tanto, de escoger una fórmula de adaptación más o menos amplia para la realización de este fin. Aunque, como veremos, se plantean dudas a este respecto, admitamos, sin embargo, que el reenvío al derecho internacional general implica, aunque en forma mediata, la adaptación también a los tratados que extraen su propia eficacia de la norma *pacta sunt servanda*, y lo contrario, siendo poco importante que el legislador haya pretendido limitarse bien a uno bien al otro de los sectores en que se articula el derecho internacional.⁷⁸

Esta solución no está vinculada necesariamente a la tesis dualista o a la pluralista, sino que deriva del nexo o de las relaciones que existen entre las fuentes y las normas del derecho internacional y de la significación que, como consecuencia de las características estructurales del tal ordenamiento, viene a asumir la fórmula de adaptación acogida en el derecho positivo. Se trata, en otros términos, de una cuestión conectada con la interpretación del “contenido” del derecho internacional: es

⁷⁸ En el sentido de que la norma sobre la adaptación al derecho internacional general prevea, aunque sea mediatamente, la adaptación al derecho internacional convencional, *cfr.* Quadri, *Diritto internazionale pubblico*, *cit.*, pp. 46-48. Sobre la hipótesis contraria, que se plantea en el texto (adaptación al derecho internacional consuetudinario argumentada en forma implícita sobre la norma de adaptación al derecho internacional convencional y de la referencia a la norma *pacta sunt servanda*), *vid.* Van Panhuys, *The Netherlands Constitution and international Law*, *cit.*, pp. 537 y ss.

decir, de un dato objetivo que permanece inmutable, según una enseñanza autorizada, cualquiera que sea el punto de vista en el que se coloque el intérprete para reconstruirlo o explicarlo científicamente.⁷⁹

6) Si se reflexiona bien, también aquella afirmación por la cual las normas de derecho interno representan para el ordenamiento internacional simples hechos, es conciliable con la tesis monista y ha sido, en efecto, aceptada por uno de los máximos exponentes de la Escuela de Viena, que afirma la distinción entre derecho internacional y derecho interno en el marco de un sistema jurídico unitario. Conviene recordar aquí cómo del principio de exclusividad, del que hemos hablado anteriormente, y que es admitido ampliamente por la doctrina dualista, deriva necesariamente que las normas del ordenamiento estatal vengan a representar, desde el punto de vista de otro ordenamiento distinto cual es el derecho internacional, simples hechos.⁸⁰

A cada una de estas afirmaciones corresponde una idéntica o análoga toma de posición por parte de la doctrina monista. En efecto, no contrasta —sino que lógicamente aparece conexa— con la posición monista la tesis por la cual el objeto de la norma internacional es una determinada conducta de hecho que puede, pero no debe, necesariamente manifestarse en un acto legislativo.⁸¹ Los defensores de esta corriente se han visto inducidos a afirmar que, así como el juez interno deba aplicar

⁷⁹ Kelsen, *Principles...*, cit., p. 435.

⁸⁰ Socini, *L'adeguamento*, cit., p. 55. El problema de la actividad material, entendida como distinta y contrapuesta a la actividad jurídica (negocial o no negocial) ha sido estudiada con profundidad, entre los publicistas sobre todo por los administrativistas. Vid. por todos, Romano, *Corso di diritto amministrativo* (2), Padua, 1932, p. 229; Romano, *Frammenti...*, cit., pp. 3 y ss.; Fragola, *Gli atti amministrativi non negoziali*, Milán, 1950, pp. 25 y ss. Señalado esto, conviene advertir que desde el punto de vista del ordenamiento internacional lo que constituye objeto de la obligación del Estado es un determinado comportamiento, no la emanación de una norma. La actividad legislativa es, en otros términos, conexa estructuralmente a la aplicación de las normas internacionales, pero no constituyen su objeto inmediato. Existen, sin duda, casos en los que el derecho internacional impone al legislador estatal dictar o no dictar una determinada norma: la obligación de adaptar el ordenamiento interno deviene, en consecuencia, una obligación directa en el sentido antes señalado (*vid.*, sobre esto, Socini, *op. loc. cit.*).

⁸¹ No estaría justificado, en efecto, considerar que, en los términos en que se señala en el texto, esta opinión resulte conectada necesariamente al principio de exclusividad que ha sido afirmado por la doctrina dualista. Para ésta, como sabemos, las normas de cualquier ordenamiento, distinto del que el intérprete toma como punto de referencia, quedan convertidas en meros y simples hechos. La escuela monista acepta o presupone el mismo principio de exclusividad, aunque Kelsen y algunos de sus seguidores hayan extraído consecuencias distintas: por ejemplo, al afirmar que, precisamente por razón del principio de exclusividad, queda abierta al intérprete la posibilidad de optar entre la hipótesis de la primacía del

las normas de su propio ordenamiento salvo que éste disponga lo contrario y desaplicar las normas internacionales que contrasten con él, así el juez internacional se limita a tomar en consideración las normas internacionales.⁸² Las leyes internas (poco importa si ordinarias o constitucionales), los actos administrativos, las decisiones judiciales del Estado, son susceptibles, por tanto, de ser valoradas desde el punto de vista del derecho internacional como simples hechos y no como valoraciones normativas. Se trata, sin duda, de una coincidencia significativa que, para valorar esta última conclusión, los defensores de las dos escuelas opuestas hayan invocado la misma decisión del más autorizado órgano judicial internacional.⁸³

Concluyendo: la afirmación de que las normas de derecho interno (por tanto, también las normas establecidas para adaptar el ordena-

derecho internacional y la del derecho estatal. *Vid.*, sobre este punto, las observaciones de Balladore Pallieri, *Le dottrine di Hans Kelsen...*, cit., pp. 45 y ss.; esp. 50 y ss., que ponen de relieve, con agudeza, el significado que Kelsen atribuye al principio de exclusividad. Afirmada la juridicidad de un determinado ordenamiento, Kelsen debe excluir necesariamente, advierte Balladore Pallieri, la existencia *sub specie juris* de cualquier otro; sin embargo, el contenido, el material jurídico del que se forma el ordenamiento y que, según Kelsen, comprende las normas internacionales y las normas internas, seguiría siendo idéntico, prescindiendo del hecho de que el intérprete asuma como punto de partida de sus propias investigaciones el derecho internacional o el derecho interno. El principio de exclusividad aceptado por la doctrina dualista implica, en cambio, necesariamente, la configuración como hechos de las normas que pertenecen a un ordenamiento extraño al que se considera. Así, exceptuado el caso siempre posible de un reenvío, el estudioso del derecho interno excluirá del campo de su propia investigación las normas internacionales que forman el contenido de un ordenamiento distinto al suyo (*cfr.*, *supra*, p. 24, nota 17)

⁸² *Vid.* Verdross, *Droit international et droit interne*, cit., p. 221. “Le caractère distinct du droit international public et du droit interne dans le cadre du système juridique unitaire ressort nettement, si nous envisageons les rapports existants entre le droit international public et le droit interne, d’une part, du point de vue d’un tribunal étatique, et, d’autre part, du point de vue d’une Cour d’arbitrage ou d’un tribunal internationaux. En effet, tandis que les tribunaux étatiques, en tant qu’organes du droit interne, ont à appliquer même des lois en contradiction avec le droit internationaux public, les Cours d’arbitrage et tribunaux internationaux, en tant qu’organes du droit international public, ont à appliquer le droit international public. Pour ces derniers, les lois internes, tout come les décisions judiciaires et les actes administratifs d’un État, ne sont donc que des faits susceptibles d’être appréciés à la lumière du droit international public”.

⁸³ *Vid.* la decisión del Tribunal Permanente de Justicia Internacional, de 25 de mayo de 1925, sobre los intereses alemanes en la alta Slesia: “Au regard du droit international, les lois nationales sont de simples faits, manifestations de la volonté et de l’activité des Etats, au même titre que les décisions judiciaires ou les mesures administratives”. *Vid.* Verdross, *op. loc. cit.*, nota 10; Balladore Pallieri, *Diritto internazionale pubblico*, Milán, 1948, p. 50.

miento estatal al derecho internacional) representan simples hechos para este último ordenamiento, es perfectamente conciliable también con la tesis monista. Y esto no sólo en el sentido, antes señalado, de que cada uno de los dos ordenamientos mantenga una propia individualidad y se circunscriba y se distinga por su propia esfera de vigencia y de eficacia dentro de un sistema unitario, sino también porque la emanación de normas internas encaminadas a adaptar el derecho estatal a las exigencias que derivan de las normas internacionales constituye, también para los monistas, una actividad normativa que puede considerarse ejecutiva y subordinada a las normas internacionales que hay que aplicar. Finalmente, como hemos señalado, la construcción gradual del ordenamiento, al menos en los términos en que la fórmula Kelsen, presupone que, si se prescinde de la norma base que es sólo acto normativo, y también del acto material de ejecución, no exista una separación tajante entre creación y ejecución del derecho.⁸⁴ Las normas de adaptación que se insertan entre estos polos extremos, deberían por tanto considerarse al mismo tiempo como actos creadores y ejecutivos, y se acepta la hipótesis de la primacía del derecho internacional, como normas subordinadas a las normas internacionales: respecto de las cuales, como Verdross ha observado con suma autoridad, vienen a representar un mero hecho.⁸⁵

7) Para terminar, conviene mencionar otra opinión, compartida por las dos corrientes doctrinales, que en síntesis puede formularse así: la elección de las técnicas señaladas, bien sea una u otra, no influye en el rango que debe asignarse en el sistema de las fuentes del ordenamiento estatal a las normas de adaptación. Así, el hecho de que se haya escogido el sistema de adaptación automática, no significa necesariamente que las normas introducidas por esta vía en el ordenamiento interno sean, *eo ipso*, superpuestas a las demás fuentes del derecho. Por otra parte no se puede excluir que, allí donde el ordenamiento positivo subordine la aplicación de la norma internacional a una intervención puntual

⁸⁴ Cfr., sobre este punto, Kelsen, *Teoría generale...*, cit., p. 202, quien identifica la función típica de la norma, tanto sea internacional como interna, en la regulación del comportamiento humano. Sobre la relatividad de la distinción y aplicación del derecho en Kelsen, *vid. ibidem*, pp. 134-135.

⁸⁵ Esta afirmación, efectuada por Kelsen (*Teoría generale...*, cit., pp. 136 y ss.), ha sido formulada explícitamente por Verdross, *op. loc. cit.*, "Les représentants de la théorie dualiste invoquent volontiers cette décision (la sentencia del Tribunal Permanente de Justicia Internacional anteriormente citada) de la Cour Permanente de Justice pour justifier leur conception. Mais ils méconnaissent que, du point de vue de la norme du degré supérieur, toutes les normes subordonnées ne sont que de purs faits auxquels la norme supérieure attache des effets juridiques".

de los órganos legislativos, las normas de ejecución tengan eficacia distinta de la que se atribuye normalmente a la ley ordinaria o a otro acto requerido para su emanación.⁸⁶

En la situación que ocupan en el sistema de fuentes del derecho las normas de adaptación deben ser determinadas, por tanto, con independencia de la técnica de adaptación que el ordenamiento estatal haya establecido en concreto y según las normas que, en este último, establecen las fuentes normativas y regulan los procesos de producción del derecho. Este es el problema que trataremos de examinar en el capítulo siguiente.

⁸⁶ En el capítulo siguiente veremos que la ley de ejecución de los tratados internacionales se comporta como una figura particular de acto normativo, cuya eficacia no coincide completamente con la de la ley ordinaria. Para una defensa explícita de la tesis a la que nos referimos en el texto, véase, en la doctrina monista Verdross *op. ult. cit.*, pp. 229-230, según el cual: “il faut une distinction très nette entre le problème de la primauté du droit international public et une autre question avec laquelle il est souvent confondu, à savoir si une norme du droit international public peut s’appliquer immédiatement aux individus”. En la doctrina dualista, últimamente, *vid.* Sperduti, *Lezioni...*, *cit.*, p. 96.