

CAPÍTULO III

LAS NORMAS DE ADAPTACIÓN EN EL SISTEMA DE LAS FUENTES

1. El problema del valor o rango de las normas introducidas por el artículo 10 de la Constitución. Consideraciones generales . 248
2. Análisis crítico de las soluciones posibles: *a)* Refutación de las dos opiniones extremas, según las cuales el artículo 10 tiene el significado de una norma solamente pragmática o, por el contrario, la función de insertar, en el ordenamiento interno, normas de naturaleza “supraconstitucional” 267

CAPÍTULO III

LAS NORMAS DE ADAPTACIÓN EN EL SISTEMA DE LAS FUENTES

SUMARIO: 1. *El problema del valor o rango de las normas introducidas por el artículo 10 de la Constitución. Consideraciones generales.* 2. *Análisis crítico de las soluciones posibles: a) Refutación de las dos opiniones extremas, según las cuales el artículo 10 tiene el significado de una norma solamente programática o, por el contrario, la función de insertar, en el ordenamiento interno, normas de naturaleza “supraconstitucional”. 3.b) Demostración de la tesis según la cual las normas introducidas por el artículo 10 tienen la misma eficacia que las normas constitucionales.* 4. *El fenómeno de las fuentes “atípicas” en nuestro ordenamiento: su importancia para la colocación de las normas de adaptación en el sistema de las fuentes.* 5. *El artículo 10 y la adaptación del ordenamiento interno al derecho internacional convencional.* 6.a) *Tesis que extienden a los tratados el dispositivo de adaptación automática, instituido por el artículo 10. Nuestras observaciones.* 7.b) *Crítica de la opinión según la cual el artículo 10 contempla la subordinación de las leyes ordinarias a las normas ejecutivas de los tratados.* 8. *Valor de las reglas de adaptación al derecho internacional convencional: a) Equiparación, en términos generales, de dichas reglas a las leyes ordinarias. 9.b) Casos en que las normas ejecutivas de acuerdos internacionales resultan superpuestas a las leyes ordinarias, pero subordinadas a las reglas constitucionales, y pueden reconducirse a la categoría de fuentes atípicas: aa) Las normas de ejecución de los tratados relativos a la condición jurídica del extranjero (artículo 10, párrafo 2º constitucional). (En nota: referencia a las normas de ejecución de los Pactos Lateranenses [artículo 7, parágrafo 2 constitucional]). 10.bb) Las leyes de ejecución de los tratados relativos a materias incluidas en la competencia normativa de la región.* 11. *El artículo 10 y la importancia de las derogaciones, mediante tratado, de las normas de derecho internacional general: a) Notas sobre la extensión del esquema conceptual de la norma dispositiva al derecho internacional.* 12.b) *Inclusión, en el ámbito de aplicación del artículo 10, de las reglas convencionales que derogan las normas de derecho internacional general.*

1. *El problema del valor o rango de las normas introducidas por el artículo 10 de la Constitución. Consideraciones generales*

Las diversas construcciones del fenómeno de la adecuación, en las que nos hemos entretenido, no resuelven un problema que, a los fines de la siguiente investigación, puede definirse como central. Ninguna de aquellas parece capaz de determinar o individualizar la posición en que las normas introducidas, mediante los procedimientos de adaptación, son colocadas dentro del marco de las fuentes del derecho interno.

La siguiente investigación será precisamente dedicada en gran medida a dicho problema.¹

¹ Se observa, en primer lugar, que la solución del problema objeto del presente capítulo debe ser recabada del examen del derecho positivo: precisamente de aquella regla o conjunto de reglas que permiten al intérprete precisar a qué nivel las normas de adaptación se insertan en el sistema de las fuentes. El fundamento de esta premisa es tan evidente que no sería necesario señalar aquí su importancia, si la doctrina no hubiese —por diversos caminos más o menos consciente y explícitamente— intentado argumentar sobre la naturaleza o rango de las normas introducidas con base en elementos extraños al ordenamiento positivo o, bien a erradas y equívocas interpretaciones de cánones hermenéuticos y principios deducidos por cierto del ordenamiento interno, pero que con el problema aquí considerado no tienen una relación directa. Para acallar la confusión antes señalada entre criterio de adaptación automática y prevalencia de las normas introducidas sobre las otras fuentes de derecho interno (*cf. supra*, p. 185, nota 45, 216) convendrá indicar aquí siempre *in limine* al examen de nuestro derecho positivo, alguno de los intentos que nuestra doctrina (y, menos recientemente la extranjera) han concluido en el sentido arriba indicado y que, en nuestra opinión se deben rechazar firmemente.

Se advierte, por ejemplo, la posición crítica de Dencker tal A. afirma (*op. cit.*, pp. 62 y ss.) que, hasta que el fenómeno de adaptación sea entendido según el esquema conceptual de la transformación, el problema del rango, o sea el problema que consiste en establecer a qué nivel de la jerarquía de las fuentes (internas) van insertas las normas “transformadas” (*op. cit.*, p. 64) está destinado a permanecer insoluble. Según D., el modo corriente de entender la transformación es “heteronomológico”: la doctrina no habría encontrado un criterio que ofreciera la posibilidad de valorar con un “metro común” las normas a transformar y las normas del ordenamiento interno. El A. opina que se debe resolver el problema sustituyendo los esquemas habituales por un criterio “autonomológico” (*op. cit.*, p. 63) que permita al intérprete colocarse, por así decir, dentro de los dos ordenamientos considerados. Dicho de otra forma; la solución de D. consiste en deducir el “rango” atribuido a la norma internacional, una vez que ésta sea eficaz internamente, de los caracteres que la norma misma reviste (más exactamente de la disposición que ocupa) en el sistema normativo del derecho internacional. A tal fin advierte D. que se necesita en primer lugar, construir una jerarquía de valores entre las normas generalmente reconocidas (obsérvese que él asume como objeto de la propia investigación las *anerkannte Regeln*, evocadas por el artículo 4 de la Constitución de Weimar); entre éstas hay algunas que constituyen en la esfera del derecho internacional consuetudinario un marco necesariamente restringido de normas y principios fundamentales; y otras, en cambio, de menor importancia (las normas que llama D. de “todos los

Antes de enunciar la tesis que parece preferible, conviene, sin embargo, formular las distintas soluciones posibles. Comenzaremos liberan-

dias”, *op. cit.*, p. 65). El A, aclara además el significado y consecuencias de esta distinción poniendo de relieve (*op. cit.*, p. 70) que las últimas normas indicadas se crean por distintas vías del proceso formativo de las otras reglas consuetudinarias: el elemento psicológico que debe cualificar el comportamiento del que es posible inducir la existencia, no es la *opinio juris ac necessitatis*, sino la *opinio commodi sive utilitatis*.

Partiendo de estas premisas argumenta después que la interpretación más atendida del artículo 4 de la Constitución de Weimar es la de colocar en el mismo plano de las normas constitucionales dentro del ordenamiento estatal aquellas reglas consuetudinarias que son cualificadas no sólo por el reconocimiento general, sino también por la *opinio juris*: con la consecuencia de que la eficacia interna de estas reglas no se podría extinguir mediante simple ley ordinaria. Diversa sería, en cambio, la situación de las otras normas consuetudinarias, que, fundadas sobre la *opinio commodi*, tienen menos importancia y a las que por tanto se necesita asignar, según D., rango inferior al de cualquier norma interna (*op. cit.*, p. 80).

A nuestro parecer el error fundamental de esta construcción (que no carece de interés o actualidad para el estudioso del ordenamiento italiano dada la analogía, quizá no solamente literal, entre el artículo 10 y la correspondiente fórmula weimariana) consiste en haber intentado resolver el problema del “rango” con base en un criterio que está fuera de cualquier contacto con la realidad del ordenamiento positivo. Está bien que el intérprete pueda o deba tener en cuenta la conexión jerárquica en que se encuentran las reglas a transformar (y aquí también las observaciones de D., como pronto precisaremos, no dejan de suscitar graves perplejidades). Pero no nos parece que afirmar esta exigencia signifique, como presume D., “descubrir” un criterio “inmanente” y conaturalizado con las reglas internacionales que el intérprete pueda arbitrariamente sobreponer o sustituir al principio o principios adoptados por el ordenamiento interno a fin de establecer la jerarquía de las *proprias fuentes normativas*: principios de los que obviamente no se puede prescindir cuando se trata de colocar en el sistema de las fuentes los valores normativos en los que se traducen las normas internacionales que recaen dentro del dispositivo de adaptación. Verdaderamente el propio D. parece advertir los límites de la propia tesis, cuando se formula la eventualidad (*op. cit.*, p. 78) de que el derecho interno acoja un criterio diverso e incompatible con el propugnado por él (poniendo por ejemplo una regla que ignorase las distinciones introducidas por D. en el sistema del derecho internacional consuetudinario, o que explícitamente subordinase todas las normas consuetudinarias —incluidas las que nuestro A. considera expresión de principios fundamentales— a la Constitución o incluso a las leyes ordinarias). D. intenta superar esta grave dificultad con una observación que no conviene: cada vez que el derecho positivo se aparta del exacto planteamiento teórico que él estima haber dado al problema aquí considerado, no significa, siguiendo sus palabras, que el criterio “autonomológico”, hasta aquí abandonado por la doctrina, se manifieste carente de fundamento, sino por el contrario, que el legislador... ha incurrido en error (*op. cit.*, p. 80).

Conclusión que revela (por si fuera necesario demostrar este aspecto) cómo la tesis de que tratamos se encierra en un círculo vicioso: lejos de explicar los datos del ordenamiento positivo, de hecho trata inútilmente de deformarlos y plegarlos de forma o modo que resulten compatibles con sus presupuestos teóricos. El esfuerzo, notable e interesante, de realizar una revisión crítica del concepto de transformación y de sustituir un nuevo esquema a la idea de la duplicación o distinción de los

do el campo de una duda que, a nuestro juicio, se pone *in limine* al análisis del artículo 10.

Se trata de ver en qué sentido el ordenamiento interno se adapta a las normas de derecho internacional generalmente reconocidas, como

valores normativos, implícita en los argumentos habituales de la doctrina dualista, no parece que pueda influir en la solución del problema del “rango” de las normas introducidas, que se coloca en los mismos términos cualquiera que sea el ángulo elegido por el intérprete; para ello remitimos a las observaciones ya explicadas con referencia al comportamiento de la doctrina monista en relación con los problemas aquí considerados. Con esto no queremos excluir que el intérprete deba, dentro de ciertos límites, tomar en consideración la jerarquía de las normas internacionales, supuesto que sea correcto presuponer un ordenamiento jerárquico de tales normas (*cfr.*, por ejemplo, a este respecto las meditadas reservas de Barile, *Diritto Internazionale e diritto interno*, *cit.*, p. 38). Importa no obstante poner de manifiesto que, en cuanto a la adaptación, el fenómeno de la jerarquía de las normas, internacionales adquiere relevancia pero no en el sentido que expresa D., de que la norma internacional alcance, una vez transformada en norma interna, el valor o grado correspondiente a aquel del que está provista en el ordenamiento aludido. Los criterios que presiden el ordenamiento jerárquico de las fuentes de un ordenamiento, difícilmente se prestan a ser transferidos o superpuestos a otro ordenamiento que puede regular y ordenar diversamente el sistema de las propias fuentes. La jerarquía de las normas consuetudinarias en derecho internacional podría acaso ser considerada si ella implicase la prevalencia o superposición de ciertas reglas consuetudinarias respecto a otras; más precisamente si conllevara la nulidad o invalidez de las reglas subordinadas. En tal caso, se podría pensar que el dispositivo de adaptación automática fuera idóneo para producir efecto solamente en la producción de normas internas, correspondientes a aquellas normas internacionales que no estén en contraste con cualquiera de las reglas imperativas. Sobre el concepto y los límites del *ius cogens* en derecho internacional véase la clara exposición de *Jurt Zwingendes Völkerrecht*, diss. Zürich Wil (St. Gallen), 1933, pp. 18-19 y ss., 28 (conexión entre el i.c. y teoría objetivista del derecho internacional), 57 (reseña crítica de las opiniones que configuran el derecho internacional como derecho voluntario, por lo que se inclinan a negar la existencia del i.c.), 95 (clasificación de las normas de derecho imperativo), 103 y ss. (posición que el derecho convencional ocupa dentro del ordenamiento jerárquico); como referencia a otros perfiles bajo los cuales la distinción entre derecho imperativo y derecho dispositivo es de relieve para la investigación por nosotros dirigida, *cfr. infra* pp. 343 y ss. del presente capítulo. Es claro por tanto que la referencia al orden jerárquico de las fuentes del derecho internacional (de las normas consuetudinarias, particularmente) contribuye a establecer si alguna de las normas deben entenderse insertas o no en el ordenamiento interno pero no precisar el rango que ocupan las normas introducidas en el sistema de las fuentes del derecho estatal. Que D. no haya observado el problema en sus justos términos se explica por la peculiar configuración que A. da al concepto de jerarquía de las fuentes: advierte (*op. cit.*, p. 92) que el criterio en base al cual el intérprete debería discernir entre una norma consuetudinaria y la otra, para poder construir una escala de valores de tales reglas, no se desprende del orden jerárquico, en el sentido corriente de la doctrina, sino que se funda en la importancia que las propias normas tienen como instrumento de resolución de los conflictos internacionales (normas fundamentales) o del alcance de fines comunes a los Estados nacionales (ejemplo típico, las normas institutivas de las uniones internacionales administrativas, de rango inferior a las otras). Prescindiendo de cualquier ob-

también a otras, de las que puede derivar la exigencia de adecuación y que examinaremos a continuación. La investigación precedente nos ha conducido a afirmar que nuestro ordenamiento se adecua al derecho

servación sobre la admisibilidad o la pertinencia de este original criterio, que aquí estaría fuera de lugar, nos limitamos a señalar que D. no parece haber abandonado completamente la noción común de jerarquía de las fuentes, ya que termina por aplicar la contraposición entre *jus dispositivum* y *jus cogens*. Así cuando precisa que la situación en el ordenamiento interno de las normas internacionales instrumentales es la propia de las normas dispositivas, que pueden ser derogadas por medio de una simple ley ordinaria; mientras sería diversa la relación entre el ordenamiento interno y las otras reglas consuetudinarias en las que D. no duda reconocer (con referencia al artículo 4 de la Constitución de Weimar) el origen de un límite inderogable a la soberanía del Estado, y a la competencia del legislador. Últimamente en nuestra doctrina, también Stendardi (*I rapporti...*, cit., pp. 35 y ss.) ha hecho referencia a la jerarquía de las fuentes en los ordenamientos de las Comunidades Europeas, configurando varias categorías de relaciones entre ordenamiento comunitario y ordenamiento interno, según que tales reglas sean introducidas en los tratados institutivos de la Comunidad (en dicho caso distingue posteriormente las normas que en los ordenamientos comunitarios tienen un valor constitucional o sustancial, de las otras: *op. cit.*, pp. 39-40) o estén contenidas en decisiones de los órganos comunitarios; y todavía, según que las mismas entren en conflicto con normas de la Constitución o con leyes ordinarias y fuentes equivalentes y subordinadas a éstas. Dentro de este cuadro general, cada caso de conflicto es susceptible, según este autor, de diversa solución, según el orden temporal en el que intervengan los actos normativos incompatibles y según la eficacia inmediata o diferida en el tiempo de las normas comunitarias consideradas en cada caso. La solución de S., dentro de los límites que aquí conviene indicar, es que las normas constitucionales comunitarias, además de ser ejecutivas en el ordenamiento italiano mediante leyes ordinarias, adquieren eficacia igual a la de las normas constitucionales (*op. cit.*, p. 41) prevaleciendo sobre las normas constitucionales, pero no sobre aquellas emanadas sucesivamente (*op. cit.*, p. 45, donde se precisa que la superioridad de la norma constitucional posterior sobre las normas ejecutivas de los tratados puede integrar los extremos de violación de la obligación internacional, algunas veces explícitamente —*cf.* art. 86 del tratado de la CECA— impuesto a cada Estado miembro, de abstenerse de cualquier comportamiento que perjudique la ejecución del tratado) y, *a fortiori*, prevalecen sobre las normas estatales deformes, puestas con ley ordinaria (*op. cit.*, pp. 49-50).

Estas últimas normas y las reglas comunitarias que no revisten carácter constitucional son, dice S., fuente de igual grado, con la consecuencia de que sus relaciones vendrán reguladas siguiendo el principio de posterioridad (*lex posterior derogat priori*). (En torno al conflicto entre normas comunitarias y reglas dotadas de eficacia inferior a la ley formal *cf.* *op. cit.*, pp. 52 y ss.) Por lo que se refiere a las normas dadas por los órganos comunitarios, S. (espec. p. 53) asimila las decisiones de la Alta Autoridad de la CECA a las leyes formales o a los actos administrativos, según el contenido que les sea propio, siendo la forma en cualquier caso la de un acto de la Alta Autoridad: sobre este punto y sobre el fenómeno conexo de la ausencia de división de poderes de los ordenamientos comunitarios *cf.*, además de Sereni, *Le organizzazioni internazionali*, cit., pp. 222 y ss., Migliazza, *Il fenomeno dell'organizzazione e la comunità internazionale*, Milán, 1958, espec. pp. 79 y ss. Pero, si se consideran los argumentos con que S. justifica las soluciones antes mencionadas (*op. cit.*, pp. 38-45), no se puede dejar de afirmar que la superioridad

internacional general, introduciendo a través del artículo 10, una serie de correspondientes normas internas. Pero ésta no es la única forma de adaptación posible, y la experiencia de los ordenamientos extranjeros

de las normas ejecutivas de los tratados comunitarios es argumentada por este autor en base al art. 11 de la Constitución (*cf. supra*, p. 165, nota 28). Y de hecho es sobre la base de este artículo como se logra explicar que las normas comunitarias, aun diferentes de la Constitución, puedan adquirir eficacia interna por el trámite de una ley (ordinaria) de ejecución.

Pero hay que preguntarse si una vez aceptado este punto de vista (y aquí sería superfluo repetir las dudas acerca del alcance exacto del art. 11, que antes hemos tenido ocasión de poner de relieve), es justificado presuponer y aplicar la distinción que S. utiliza como criterio relevante y más bien esencial para la clasificación y solución de las relaciones entre los ordenamientos, y que consiste, como se ha visto, en traducir y yuxtaponer al sistema de las fuentes normativas internas, en el plano del derecho estatal, el orden jerárquico de las normas comunitarias. No se alcanza a ver por qué, como afirma S., el art. 11, entendido en el sentido susodicho, pueda ofrecer la base para afirmar la primacía sobre las leyes ordinarias, solamente de las normas que en el ordenamiento comunitario tienen naturaleza constitucional, y no también de otras reglas comunitarias. Otra premisa, aunque no explícitamente formulada por S., es que *solamente* normas y principios constitucionales de las Comunidades realizan aquellas limitaciones de soberanía a las que se refiere el art. 11 y vienen por tanto a gozar de la tutela constitucional reconocida a los procesos con los que se instaura la organización internacional deseada por el constituyente. Pero aparte del relieve que las normas organizativas de los poderes de la Comunidad tienden a agotar los propios efectos en el ámbito de estas últimas y difícilmente entran en contacto con la esfera del ordenamiento estatal, nos parecería igualmente admisible que una reducción de la soberanía del Estado pueda resultar así de las normas institutivas de los tratados como el ejercicio de los poderes de los órganos comunitarios, especialmente en la hipótesis en la que estos últimos sean habilitados para emanar normas que sean inmediatamente eficaces en los ordenamientos de los Estados miembros. No es el caso de repetir que el sistema de las competencias adoptado por la Constitución termine sufriendo derogaciones y limitaciones, aun cuando las normas otorgadas por los órganos comunitarios no entren inmediatamente en conflicto con la Constitución, ni regulen materia constitucional: en este caso se verifica la inserción de normas en el ordenamiento interno mediante procesos diversos de los previstos por la Constitución. Se diría por tanto que, configurado el art. 11 en los términos en que S. parece interpretarlo, es conclusión tal vez inevitable reconocer también a las normas comunitarias que S. subordina a la Constitución eficacia interna superior a la de las leyes ordinarias, precisamente porque recurre a un criterio jerárquico, el del ordenamiento comunitario, que no ha sido todavía tomado en consideración por nuestro ordenamiento positivo. *Cfr.*, para una diligente e informada reseña de las varias interpretaciones, del art. 11 y amplias llamadas a los trabajos de la Asamblea Constituyente, Abdorrahman-Borqumand, *La licéité constitutionnelle de la conclusion des traités instituant une communauté supranationale (these Genève)*, 1956, espec. pp. 163 y ss.

Completamos el cuadro de estas premisas con una advertencia: sería sin duda erróneo estimar que el rango de las normas introducidas pueda ser determinado en base al llamado principio de especialidad. Pretendemos referirnos a la opinión según la cual el derecho introducido para ejecutar las normas internacionales constituye derecho especial y, en cuanto tal, prevalece sobre otras reglas del ordenamiento interno. En tal sentido está orientada una buena parte de la jurisprudencia.

ofrece, al respecto, la ocasión para cualquier comparación interesante. Por ejemplo —siguiendo una autorizada opinión—, la Constitución espa-

Cfr. Cass. Sez. Un. penal, 5 de marzo de 1949, en F.P., 1949, IV, 212 que considera la supervivencia de la convención italo-alemánica de 31 de marzo de 1939, hecha ejecutiva con ley 6 de junio de 1939, no obstante el contraste entre las disposiciones allí contenidas y el art. 10 u.p. Constitución; Cass. Sez. Un. 10 de enero de 1953, en GI, 1953, I, 1, 333 en el sentido que la derogación aportada al régimen del reconocimiento de sentencias extranjeras, permanece limitada a aquellas normas que resultan en contraste con los compromisos internacionales del Estado; Cass. I, 30 de marzo de 1955, en FP, 1955, I, 565-566 (la convención de Bruselas del 25 de agosto de 1924 no ha sido tácitamente derogada con la entrada en vigor del código de la navegación); Cfr. RDN, 1956, p. 103 (cfr. también Cass. 22 de junio de 1954, en RDN, 1954, II, 147 que sin aludir explícitamente al principio de especialidad, afirma la compatibilidad entre la mencionada convención de Bruselas y el ordenamiento interno); Cass. Sez. Un. 6 de junio de 1955, en GCCC, 1955, III, 650 (primacía de las convenciones internacionales ejecutivas en Italia sobre prohibición de quitar la competencia a la jurisdicción italiana a favor de una jurisdicción extranjera o de arbitrajes pronunciados en el extranjero), Cass. 10 de febrero de 1956 (superioridad de la Convención italo-suiza aprobada por ley de 15 de enero de 1933, n. 743 sobre los arts. 798 y 799 del código de rito). También la jurisprudencia ha afirmado que el principio de la superioridad de la convención internacional, no ha sido reproducido en el vigente código de procedimiento, únicamente porque contiene un principio válido, pero sin necesidad de alusión expresa: para una referencia directa al principio de especialidad cfr. la nota de Barile, "Su di un caso d'intervento nel giudizio di delibazione", en RDI, 1957, p. 277; Cass. 10 de marzo de 1956, en FI, 1956, I, 887; Appello Trieste 13 de julio de 1956, en FI, 1957, I, 470; Appello Milán 31 de julio de 1956, en FP, 1956, II, 68 (El protocolo de Ginebra de 24 de septiembre de 1923, relativo a la cláusula de arbitraje, hecho ejecutivo con ley de 8 de mayo de 1927, n. 783, hace excepción a la prohibición de derogación de la jurisdicción del art. 2 Cop. c.); Apelación Florencia 21 de julio de 1956, en RDI, 1957, p. 119; Tribunal de Turín de 15 de diciembre de 1954, en FP, 1955, I, 1350 (superioridad de la Convención 3 de junio de 1930, hecha ejecutiva en la ley de 7 de enero de 1932, n. 45 sobre el art. 98 c.p.c.), Tribunal de Génova 4 de agosto de 1956, en *Diritto fallimentare*, 1956, II, 747; Tribunal de Génova 6 de agosto de 1955 en GI, 1957, I, 2, 734.

Se nota sin embargo, que el principio de la especialidad ha sido impulsado hasta el punto de afirmar que las normas introducidas prevalecen sobre las reglas instituidas posteriormente (*lex specialis derogat generali posteriori*), aunque estas últimas sean introducidas en forma de ley constitucional o incluso contenidas en la Constitución (cfr. la citada sentencia de la Corte de casación del 5 de marzo de 1949 y las anotaciones de Marmo, *Alcuni effetti...*, cit., espec. p. 216 en torno a la distinción introducida por el Supremo Colegio en el análisis de las relaciones entre normas introducidas y reglas constitucionales, según si las primeras hayan intervenido con anterioridad a la Constitución, o fueran emanadas en ejecución de tratados concluidos sucesivamente a la entrada en vigor de esta última; cfr. Perassi, *La Costituzione...*, cit., p. 38), en el sentido de que la superioridad, en este caso, de la norma ejecutiva de la convención permanecería excluida si la instauración del nuevo ordenamiento constitucional comportase la extinción de la convención misma en virtud de la cláusula "*rebus sic stantibus*" (cfr. Marmo, *op. ult. cit.*, p. 218). (Este punto no viene aquí sin embargo en relación directa porque, acogiendo la hipótesis configurada por Perassi, la extinción de la norma ejecutiva del tratado re-

ñola de 1931 habría escogido una fórmula de adaptación sólo parcial

sultaría no de la supervivencia de una norma incompatible y de rango superior, sino de la extinción de una norma internacional, a la que, como se ha dicho, el ordenamiento interno vincula el cese de la eficacia de las normas de adaptación.) Cfr. Jahreis, *Völkerrecht und Bonner Grundgesetz*, en *Staat und Bürger*, en *Festschrift für W. Apelt*. München und Berlin, p. 162, sobre la cuestión, en general de la supervivencia de los acuerdos internacionales respecto a la instauración de un nuevo ordenamiento constitucional.

No parece, sin embargo, que tan larga y frecuente utilización del criterio de especialidad pueda ser acogida con tranquilidad por el intérprete. Ya las divergencias de puntos de vista en torno a la misma noción de derecho especial, deberían recomendar mayor cautela en el empleo de este concepto en el difícil terreno de la relación o coordinación entre normas jurídicas. En particular al aplicarlo al caso que nos ocupa, en el que la naturaleza especial de las normas de adaptación parece presunta, más que demostrada, por ciertas afirmaciones sobre todo de la jurisprudencia. Ahora bien, aparte de las autorizadas advertencias de cuantos parecen negar si no fundamento, sí práctico relieve a la categorías del derecho especial (así Allara, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, I, Turín, s.f. (1953), p. 30), se recuerde que el derecho especial viene descrito por los tratadistas como un cuerpo de reglas y principios establecido en vista de las peculiares exigencias de ciertas relaciones jurídicas, pero “funcionalmente autónomo, a sí mismo”, “con espíritu y directivas propias, un sistema orgánico de normas con sus propias reglas y excepciones”. Cfr. por todos, Ferrara, *Trattato di diritto civile italiano*, I, Roma, 1932, pp. 82-83. Definiciones éstas que de un lado van dirigidas a fijar los caracteres distintivos del derecho especial respecto a otras categorías, con las que podría ser confundido —por ejemplo, el derecho singular o excepcional (véase, por ejemplo, Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milán, 1957, p. 52, el cual advierte que “la relación entre excepción y regla no siempre coincide con la relación entre *lex specialis* y *lex generalis*”, y las claras notas de Enneccerus, Kipp, Woff, *Tratado de derecho civil*³⁹ I, Barcelona, s.f. (1953), pp. 182-183: “la esencia del derecho especial consiste más bien en que aparta a... clases determinadas de la esfera de imperio de una regla general, que en sí misma considerada es también valedera para ellas, para someterlas a una disposición especial, formando así un derecho especial, un *jus proprium* de esas clases, que diverge del *jus comune* aplicable a los demás”, y hace aquí la distinción entre derecho singular y derecho especial (p. 183), entre *derecho común y derecho particular*; en cuanto al carácter excepcional de las normas atributivas de la competencia legislativa de la Región cfr., con particular referencia a las consecuencias que derivan en el tema de la interpretación, Virga, *La Regione*, cit. p. 48); mientras por otro lado, ponen el acento sobre la “sistematicidad” del derecho especial, en el sentido, se diría, que la relación de especialidad deba subsistir entre el derecho común y un cuerpo de reglas divergentes de este último, más bien que entre las normas individualmente consideradas: v. todavía sobre la especialidad de una simple norma, no respecto al sistema, sino a otra regla, Gueli, *Il diritto singolare ed il sistema giuridico*, Milán, 1942, p. 37.

Así expuesto el carácter de especialidad, podría reconocerse a la norma de adaptación sólo en cuanto se encuentre orgánicamente relacionada con un conjunto o sistema de otras reglas: pero no parece que la doctrina haya tenido generalmente presente este aspecto del problema (cfr. Quadri, *Diritto internazionale pubblico*, cit., p. 45, el cual pone de relieve que la eficacia derogada, característica del derecho especial, es atribuida al derecho introducido, en cumplimiento de las obligaciones internacionales, precisamente en cuanto que este último forma una “unidad funcio-

y negativa: una fórmula dirigida a establecer más que una serie de

nal” de reglas; *cfr.*, para una referencia a las doctrinas que, al menos bajo el perfil de la interpretación, acentúan la distancia y diferencia de este marco de reglas respecto al derecho interno, Capotorti, *Sull'interpretazione uniforme... cit.*, p. 18, nota 34). También, cuando después se descienda a considerar la relación entre la simple regla de adaptación y otra norma interna puntualmente considerada, sería preciso ante todo controlar si, como enseña Ferrara (*op. loc. ult. cit.*), la nota característica de la regla, que se asume como norma especial, emerge “del contraste de dos reglamentos jurídicos en relación con la hipótesis de hecho considerada: en el sentido de que el reglamento jurídico dictado por las dos normas permanece idéntico”, y que, “sólo en correspondencia a la individualidad del hecho haya desarrollo y especificación del derecho común” (*cfr.* referente a la insuficiencia del criterio cuantitativo, según el cual la norma común abarcaría en su contenido el elemento de hecho de la norma especial o menos amplia, a distinguir la norma especial de aquella excepcional o singular, Gueli, *op. ult. cit.*, pp. 44, 45, y allí un agudo examen del intento de argumentar la distinción de la norma singular o de la norma especial, sea de la naturaleza, sea de la esfera de aplicación de la norma misma (pp. 46-47), y serias objeciones a la posibilidad de diferenciar la norma especial de la norma excepcional, según que el reglamento jurídico de una regla conste “de todas las disposiciones que constituyen el reglamento” de una norma más amplia, “y además de una o de algunas disposiciones extrañas a esas, relativas a momentos añadidos a la hipótesis de hecho de la norma más amplia” (en cuyo caso tendríamos la antítesis: norma general-norma especial), o bien no se limite a reproducir la disciplina de la norma más amplia pero sustituya a otra, “en todo o en parte diversa, también respecto a los elementos presentes igualmente en la hipótesis de hecho de la norma más amplia (antítesis entre derecho singular (o excepcional) y derecho común (o regular)”. Es dudoso, sin embargo, que la doctrina y la jurisprudencia hayan comprendido y aplicado en estos términos la contraposición entre norma especial y norma general, o si, más bien, no haya concluido con identificar el carácter de especialidad de la norma en la limitación del ámbito de los destinatarios, el que como último elemento no es relevante, en cambio, para la definición conceptual de la *lex specialis* (*cfr.* Enneccerus, *op. cit.*, p. 182; Gueli, *op. ult. cit.*, p. 40); o, peor todavía, hayan eludido el problema del conflicto entre las normas de adaptación y otras reglas internas, señalando a las dos clases de reglas diversa esfera de aplicación, lo que sustancialmente equivale a excluir el principio de especialidad, en cuanto este último presupone concurrencia e incompatibilidad de la norma especial con la norma más amplia (*cfr.* las exactas precisiones de Malintoppi, “L'ambito di applicazione delle norme italiane di adattamento alla Convenzione di Bruxelles”, en *RDI*, 1954, pp. 602-603). Se observa, además, que el carácter especial de las normas de adaptación ha sido afirmado, por otra parte, “también desde un punto de vista más formal, si ellas son introducidas mediante el procedimiento de la orden de ejecución”, es decir, en vista de la “especialidad” del acto de producción del que derivan (Malintoppi, “Diritto uniforme e diritto internazionale privato in tema di trasporto”, en *Annali Camerino*, XI, Milán, 1955, p. 57, nota 58). También a este respecto consiéntasenos adelantar alguna reserva. El acto de producción jurídica con el que viene emanada la orden de ejecución de un tratado, no constituye, considerado en sí, figura especial de acto normativo, porque él, como sabemos, asume los caracteres formales de una de las fuentes típicas de nuestro ordenamiento, según que sea admitido con ley o con decreto. Se puede correctamente discurrir de especialidad si acaso con referencia a la circunstancia de que el legislador, al poner la orden de ejecución, recurre al expediente del reenvío, es decir, a una técnica de formulación indirecta de las normas de adaptación. Perma-

normas correspondientes a las normas de derecho internacional, *un*

nece, sin embargo, por ver si el fenómeno del reenvío pueda considerarse necesariamente asociado a la especialidad de las normas producidas por medio de tal expediente. Bastará señalar, sin entrar en el argumento, que por los estudiosos del derecho internacional privado ha sido aclarado como el carácter de especialidad de las normas introducidas mediante reenvío puede argumentarse, al menos según la opinión que entiende el reenvío como referencia a los hechos y procesos productivos del ordenamiento designado, en base al especial proceso de producción jurídica, al que aquéllos dan valor de fuente en el propio ordenamiento, exclusivamente por la consideración de que el hecho productivo extranjero es reclamado "atribuyendo valor de criterio determinativo a una característica de hecho de la relación de vida real, que tienden a regular": de aquí la consecuencia de que la norma de reenvío, entendida como norma sobre la producción, absorbería la propia función "en relación a cualquier caso y sirviéndose de criterios o momentos de correlación" (así Ago, *Teoría del diritto internazionale privato*, Padua, 1934, pp. 118-119; *cfr.*, para otra explicación sobre la especialidad de la norma de derecho internacional privado, Goldschmidt, *Sistema y filosofía del derecho internacional privado*, I, Buenos Aires, s.f. (1952), p. 215). Pero es fácil observar que si ésta, como precisa Ago, es característica diferencial de las normas de derecho internacional privado (y no han faltado objeciones verdaderamente autorizadas: Quadri, *Lezioni di diritto internazionale privato*, *cit.*, pp. 255 y ss., que rechazan netamente la hipótesis —a su entender unida a la idea de la universalidad, al menos potencial, de la esfera de eficacia del derecho material nacional— según la cual "las normas de derecho internacional privado existentes en los sistemas materiales extranjeros crearían un derecho especial que comprimiría y prevalecería sobre el derecho nacional" (*op. ult. cit.*, p. 256 para indicaciones bibliográficas; para otras críticas deducidas del sistema de nuestra codificación, *cfr.*, del mismo A., *Studi critici di diritto internazionale*, I, 1, Milán, 1958, pp. 33-34) o recientes (Musacchia, *Ricezione ed inserzione...*, *cit.*, p. 257) a esta aseveración), otro tanto no puede afirmarse de las normas establecidas con orden de ejecución o mediante reenvío de cualquier modo al derecho internacional. Tampoco se puede —dicho sea incidentalmente— acceder a la opinión de Fabozzi (*L'attuazione...*, *cit.*, p. 159), que deduce el carácter especial de las normas establecidas con orden de ejecución por la peculiar configuración de esta última como "norma de actuación"; opinión que no regiría si, como estimamos, se debiera rechazar la construcción de F., quien además (*op. ult. cit.*, p. 156) no duda en reconocer inadecuadas las tesis que relacionan el principio de especialidad de las normas introducidas "con una determinada configuración del orden de ejecución", y por tanto se muestran insostenibles "en el caso en que la premisa teórica no sea acogida". Verdaderamente no nos parece que el reenvío a las normas, establecidas con un tratado, obre necesariamente sobre la base de criterios selectivos que condicionan la producción de las normas introducidas al surgimiento de aquellos momentos de correlación de los que, según Ago, estas últimas reglas deducirían su carácter de especialidad. No parece además que la doctrina haya logrado demostrar en base a qué consideraciones el reglamento contenido en la norma internacional deba *presumirse* tal, que cuando esta norma sea hecha ejecutiva en el ordenamiento interno, la correspondiente norma de adaptación venga a ocupar, en el sistema jurídico interno, la situación característica de la norma especial. Queremos decir que, si no se puede excluir, tampoco se puede presumir (la jurisprudencia y la doctrina en cambio han construido con demasiada frecuencia las relaciones entre normas de adaptación y otras reglas internas sobre el presupuesto de esta presunción) que el contenido normativo de un tratado se limite a disciplinar elementos y situaciones de hecho que se añaden o sustituyen a supuestos de hecho, ya incluidos necesaria-

límite a la potencialidad de las leyes ordinarias, prescribiendo la con-

mente en el ámbito de previsión de una diversa y más amplia regla, en relación con la cual la norma de adaptación vendría a configurarse consecuentemente como *lex specialis*.

(Sustancialmente, en el sentido de que las normas establecidas mediante un tratado *pueden* considerarse con frecuencia como normas especiales, pero no *deben* presumirse necesariamente como tales, *cfr.* Kaufmann, "Traité international et loi interne", en *RDI*, 1958, p. 387.)

Incluso la propia doctrina que se ha adherido o aún se adhiere al criterio de la especialidad, ha advertido la necesidad de atemperar sus propias afirmaciones. En unos casos ello se manifiesta admitiendo que la primacía de las normas especiales encuentra un límite en la hipótesis (por lo demás difícilmente realizable: *cfr.* Quadri, *Diritto internazionale pubblico*,³ *cit.*, p. 70) de que la norma general declare expresamente su prevalencia sobre la especial anteriormente establecida (de modo que la presunción de especialidad de las normas introducidas se identifica o en buena sustancia coincide con la presunción de conformidad de las normas internas con lo dispuesto en las reglas internacionales que es otro y bien distinto canon interpretativo: sobre la *Völkerrechtsgünstige Auslegungsregel* *cfr.* Walz, *op. cit.*, pp. 442-443; *cfr.* una inversión del punto de vista más difundido en la doctrina, en Messineo, *op. cit.*, p. 52, quien ha afirmado que la relación entre norma especial y norma general es cronológica y no lógica, excluye el fundamento del principio *lex specialis derogat generali*, salvo la hipótesis en que la propia norma general salve la aplicabilidad de la regla especial, anteriormente instituida (p. 87). En otros casos se manifiesta formulando la hipótesis de que el derecho introducido, aun cuando sea derecho especial, deba ceder frente a la norma común, la cual dicta un reglamento más desfavorable a los intereses extranjeros. *Cfr.* Quadri, *Diritto internazionale pubblico*,¹ *cit.*, p. 45; Mosler, *op. cit.*, p. 681). Finalmente, también admitiendo que otras reglas internas puedan a su vez asumir un grado de mayor especialidad y prevalecer en relación con las normas de adaptación (Fabozzi, *L'attuazione...*, *cit.*, p. 158). Apenas hace falta aclarar que el razonamiento, hecho hasta aquí, se refiere también a las reglas de adaptación al derecho consuetudinario, que en cambio la jurisprudencia frecuentemente ha dejado de considerar en la aplicación del principio de especialidad (probablemente porque la más larga esfera de eficacia subjetiva de la costumbre respecto al derecho convencional difícilmente consentiría sostener la tesis, por otro lado infundada, según la cual el carácter de especialidad de las normas introducidas depende de la referencia de la norma internacional a hechos y relaciones que interesan a un círculo limitado de Estados, las partes del acuerdo internacional).

En el sentido de que la especialidad de las normas de adaptación al derecho internacional consuetudinario, se podría afirmar sólo limitadamente de aquellas relaciones que por su propia naturaleza requieren un "reglamento internacional", v. Melen, *op. cit.*, p. 104 y allí nota 2, que sin embargo establece (*op. cit.*, p. 103): "L'attitude du système polonais (el sistema que el A. asume como objeto específico de la propia investigación) per rapport à cete question n'est nulle part formulée d'une façon dogmatique".

Nuestras conclusiones vienen avaladas por la doctrina más autorizada, Quadri, *Diritto internazionale pubblico*,³ *cit.*, p. 70, observa que las normas instituidas con reenvío al derecho internacional pueden *no* presentar carácter de especialidad *ratione materiae* o bien *ratione personarum*: "por lo que parece imposible deducirlo exclusivamente de tal carácter *presunto*, contrariamente a cuanto dijimos en la primera edición en conformidad con la tesis sostenida al respecto por Anzillotti". También Perassi, *op. loc. ult. cit.* advierte que "el fundamento para estimar que la

formidad de estas últimas a las normas de derecho internacional.² Ape-

norma especial permanezca en vigor, a pesar de estar en contradicción con la norma constitucional, debería buscarse en cualquier otro principio del derecho interno italiano". Por lo que nos consta, la existencia del principio al que P. hace referencia, no ha sido hasta ahora asegurada. (V., sobre esta afirmación de Perassi, las consideraciones de Miele, *Interpretazione e controllo di costituzionalità...*, cit., p. 199, nota 10, quien argumenta la supremacía de las normas ejecutivas del Tratado de Paz sobre la Constitución misma, sea por el carácter de especialidad de tales normas, sea por la existencia de una obligación constitucional, sancionada en el art. 10, p. 1, de "proceder a la emanación de las normas de ejecución de los tratados internacionales". Sobre el fundamento de este último argumento *cf. infra*, pp. 314-315, nota 68. No obstante se nota que el A. concluye en otra parte (*La Costituzione italiana...*, cit., p. 39) en un sentido opuesto, es decir, a favor de la preeminencia de la Constitución sobre la norma de adaptación, cuando estas últimas se refieren a un tratado concluido, después de la entrada en vigor del texto constitucional. El mismo punto de vista expresa una sentencia del Tribunal de Casación (Sec. Un. pen. 5 de marzo de 1949, en FP, 1949, p. 217), pero con una motivación que no persuade (*cf. Marmo, Alcuni rilievi...*, cit., p. 218). En cambio, admitido que el principio de especialidad y la existencia de una obligación a la adaptación, pueden correctamente aducirse, para afirmar la supremacía de las normas introducidas sobre la Constitución —lo que a nuestro parecer debe excluirse—, no se entiende por qué estos mismos argumentos no deberían ser válidos, para la hipótesis en que la conclusión del tratado y la emanación de las oportunas normas de ejecución, tengan lugar después de la entrada en vigor del nuevo ordenamiento constitucional.)

También se hace notar cómo Quadri y Perassi concuerdan en estimar que la preponderancia de las normas de ejecución de los tratados sobre el derecho interno puede solamente establecerse sobre la base del rango que a tales normas asigna el ordenamiento positivo. Aunque también es conocido que ellos llegan a conclusiones divergentes en cuanto a la inclusión del derecho convencional en el ámbito del art. 10, p. I, y respecto a la colocación de las normas ejecutivas de los tratados al nivel de las normas constitucionales. De tales enseñanzas se puede deducir una precisión posterior: el principio de especialidad puede aplicarse también a las relaciones entre normas de adaptación y las otras normas internas, pero en cuanto se demuestre que las primeras tienen efectivamente carácter de normas especiales, y, en cualquier caso, solamente con referencia a las normas que, en la jerarquía de las fuentes, tienen el mismo grado que las normas introducidas. En otros términos, la aplicación del principio de especialidad se reduce a las relaciones entre fuentes de igual grado, por lo que no sirve para individualizar el rango de las normas, pero presupone que el intérprete haya ya establecido a qué nivel se insertan y deba simplemente precisar su situación en el cuadro de las normas equivalentes (*cf. Fabozzi, "Problemi..."*, cit., en CS, VII, p. 666). Que éste sea el ámbito en que puede operar el principio de especialidad es opinión presupuesta, si no erramos, también por la doctrina que sin razón ha intentado sobreponer el principio de especialidad al orden jerárquico de las fuentes, sobreentendiendo o afirmando explícitamente la superioridad de la norma especial sobre la norma común y jerárquicamente superior. Es de hecho pacíficamente admitido que la llamada "prevalencia" de la norma especial se concreta en una particular eficacia derogatoria (de esto trata Messine, *op cit.*, p. 87, tal vez para distinguir este fenómeno de la derogación en sentido técnico, que se caracteriza por operar mediante una norma subordinada a la norma derogable), eficacia que tiene como consecuencia la "comprensión" de la regla general hasta que se mantiene en vigor la norma especial (sobre el alcance y

nas hace falta advertir que, si esta tesis viniese extendida al artículo 10, éste asumiría un significado más restringido del que considera comúnmente. Es decir, se debería sostener que el artículo 10 tiene sólo la función de establecer un límite a las normas del ordenamiento interno, límite que viene determinado mediante la referencia a las normas de derecho internacional general; y no la de introducir las relativas normas de adaptación. Decir que el ordenamiento interno se *conforma* a las normas de derecho internacional generalmente reconocidas equivale de hecho, según la tesis de que tratamos, a excluir toda posible deformidad entre normas internas y normas internacionales.

Queda por ver si el artículo 10, así configurado, podría sin embargo considerarse como norma sobre la producción.³ A tal propósito conviene ante todo observar que la tesis según la cual del artículo 10 se deriva solamente un límite a la potencialidad de las normas ordinarias, puede ser entendida de diverso modo.⁴ Una primera explicación es que el ar-

las consecuencias indirectas de este fenómeno, *cfr.* Quadri, *Dir. Internaz. pubblico*³, *cit.*, p. 69), y, correlativamente, la idoneidad de la regla general para derogar la especial (*cfr.*, para una aplicación de este concepto, "Relazione ministeriale al disegno di legge", n. 2076, en Savatori y Niutta, *La disciplina della libertà di concorrenza e di mercato*, Milán, 1960, p. 11). Se trata por tanto de una relación sustancialmente distinta de la que se instaura entre normas de rango divergente, y que comporta la derogación o la invalidación de la norma subordinada por obra de la norma superior e incompatible, emanada con anterioridad o sucesivamente.

² Ver Morelli, *L'adattamento...*, *cit.*, pp. 5 y ss. Sobre la Constitución española v. Perassi, "La nuova costituzione spagnola ed il diritto internazionale", en *RDI*, 1932, pp. 453 y ss.; Pierandrei, *La costituzione spagnola del 9 de diciembre de 1931*, Firenze, s.f. (1946), p. 36; Lipartiti, "L'adattamento degli ordenamenti interni al diritto internazionale nelle carte costituzionali", en *AG*, 1953, p. 20 estr. y en *ReDI*, 1954, pp. 38 y ss. Legaz y Lacambra, "Les garanties constitutionnelles du droit international", en *ReDI*, 1935, pp. 79 y ss., 81 (acerca de la influencia de las experiencias de otros ordenamientos en la carta constitucional española) y, para indicación bibliográfica, pp. 80, nota 15, y 83, nota 22.

³ La duda ahora indicada sería tanto más seria y fundada cuanto se estimase que no solamente es función esencial de la norma sobre la producción la de disciplinar un procedimiento de creación del derecho, sino también que las características asumidas en concreto por las normas producidas mediante reenvío (por ejemplo, la circunstancia de que se trate de proposiciones normativas, positiva o negativamente formuladas, de normas teniendo carácter de ley en sentido formal, eficacia de ley constitucional y ordinaria, etcétera) sean relevantes para la denotación del concepto de norma sobre la producción. A este respecto la solución preferible parece quizás la solución negativa. No consta, sin embargo, que la doctrina haya considerado hasta el momento estos problemas.

⁴ Debería también considerarse que tal construcción es lógicamente compatible con la tesis monista. Una forma de adaptación parcial y negativa se da cuando el ordenamiento interno haya predispuerto una garantía sólo indirecta para la aplicación de las normas internacionales. Esta eventualidad se toma en consideración por la doctrina monista: para la que, como sabemos, el Estado es perfectamente libre

título 10, en este caso, instituye una sola norma en el ordenamiento interno, la cual introduce un límite, en el sentido antes descrito, a las normas de este último. No se podría sin embargo excluir que, aun concebido en estos términos, el artículo 10 establezca un reenvío al ordenamiento internacional, y precisamente un reenvío móvil,^{4 bis} al menos en el sentido de que el límite del mismo, siempre siguiendo la tesis mencionada, debería ser establecido con referencia no sólo a las normas de derecho internacional generalmente reconocidas, existentes en el momento en que se crea nuestra Constitución, sino también a las sucesivas.

Se debe añadir que la tesis examinada no impide configurar el artículo 10 como norma sobre la producción: dicha configuración sería de hecho admisible si se sostuviese que el constituyente ha entendido colegir de los hechos de producción del ordenamiento internacional (o producir inmediatamente, como dirían los sostenedores de la tesis de la norma sobre la producción automática), la inserción de una serie de prohibiciones dirigidas al legislador o a los otros órganos cuya actividad se pretende limitar. Dicho en otros términos, las normas así insertadas en el ordenamiento interno, tendrán como función establecer un límite a otras normas de este último; dicho límite, o más exactamente el contenido de las normas internas así limitadas, vendría después determinado por referencia a las normas internacionales traídas a colación. Puesta la cuestión en estos términos, vendrían a reproponer los mismos problemas que, como hemos indicado, derivan de la tesis según la cual el artículo 10 representa una norma que introduce en el ordenamiento otras normas, con contenido positivo.⁵

de adoptar uno y otro tipo de adecuación, dejando a salvo la responsabilidad internacional a la que pudiera dar lugar por la eventual no ejecución de sus propias obligaciones.

^{4 bis} La expresión "reenvío móvil" es de Quadri, *Diritto internaz. pubblico*³, cit., p. 61.

⁵ Morelli, *L'adattamento...*, cit., p. 18 indica la posibilidad de considerar el dispositivo de adaptación negativa, del que tratamos en el texto, como un dispositivo que opera "automáticamente". Tal conclusión se argumenta en base al art. 65 de la Constitución española de 1931 —que había adoptado el dispositivo examinado—, configurando la nulidad o la anulabilidad de las leyes emanadas con violación de las obligaciones internacionales, efecto éste que se verificará automáticamente (apenas surgiera el contraste entre el tratado y la ley ordinaria). El carácter automático del dispositivo de adaptación, que normalmente se describe como rasgo característico de la norma *sobre la producción*, se identifica en este caso con el mecanismo mediante el que son eliminadas o invalidadas las normas disconformes con los tratados internacionales, y no solamente en el procedimiento de producción de las normas de adaptación (*cfr.*, sobre este "automatismo" del límite del orden público y de otros límites establecidos por el ordenamiento interno en consideración a las normas externas: *supra*, p. 186, nota 46; *infra*, p. 430, nota 59).

Así, en primer lugar, ha de verse si de una norma sobre la producción, negativamente concebida, derivarían límites en relación con las normas subordinadas a la ley, o respecto a las leyes, o incluso con las leyes constitucionales. Y por lo que concierne al control de constitucionalidad o cualquier otro control sobre la conformidad o divergencia entre las normas introducidas por el artículo 10, así entendido, y las otras normas del ordenamiento interno, la tesis de la que hablamos, no debería llevar a resultados esencialmente diversos de los que se pretende al considerar el artículo 10 como una norma sobre la producción, que provee a la inserción de normas internas, positivamente formuladas.

Tampoco se podría afirmar que la hipótesis de un límite solamente negativo a la potencialidad de las leyes ordinarias sea una construcción lógica carente de todo apoyo en el ordenamiento positivo. De hecho la existencia de un vínculo, negativamente concebido, deriva de la presencia conjunta de diversas esferas de competencia exclusiva: los actos emanados por cada órgano que es investido de dicha competencia, encuentran, sin duda, un límite en las otras esferas de competencia, en el sentido de que no pueden disciplinar materias reservadas exclusivamente a otros órganos. En tal caso, es claro que los actos emanados por cada uno de los órganos no pueden asumir un contenido diverso ni discrecional, respecto a la materia que recae en la esfera de atribución del mismo órgano. Esto, prescindiendo también del hecho de que los otros órganos hayan desarrollado concretamente su propia competencia, y, por tanto, aunque en el ordenamiento no hayan sido aún insertadas las normas emanadas de estos últimos dentro de su propia esfera. En otros términos la atribución de una competencia exclusiva —por ejemplo la competencia legislativa— a un órgano, excluye *eo ipso* que la misma materia pueda ser atribuida a un órgano diverso, y pone un límite a la potencialidad de las normas emanadas por los otros órganos en las respectivas esferas de competencia.

Esta situación puede darse ya sea cuando los órganos dotados de competencia exclusiva se encuentren en una relación de jerarquía, sea cuando se encuentren sobre el mismo plano: baste recordar el límite a la ley regional que, en nuestro ordenamiento, deriva del hecho de que el Poder Legislativo, del que se encuentra investida cada región, también se atribuye a otras regiones, o igualmente dentro de una esfera territorial diversa, relativa a otras materias o a otros sectores de la misma materia, deriva del que se atribuye también al Estado. El límite al que nos referimos, sirve por tanto, en cuanto deriva de la atribución y no del concreto ejercicio de una competencia, incluso en el caso de

inerencia del titular de la competencia, la cual a veces se asume como límite de los actos provenientes de un órgano investido de distinta esfera de competencia.

Sin embargo no parece que la construcción mencionada se justifique con la letra y el espíritu del artículo 10. Diciendo que nuestro ordenamiento se conforma al ordenamiento internacional, nuestro constituyente ha demostrado querer configurar el dispositivo de la adecuación como un procedimiento no solamente continuo, sino también completo. En resumidas cuentas, si el fin y el objeto de la adaptación es garantizar la conformidad del ordenamiento estatal al ordenamiento internacional, la interpretación adecuada a este comportamiento de nuestro constituyente parece, como ya habíamos señalado y explicaremos mejor a continuación, la de sostener que la adaptación de un ordenamiento a otro significa una postura de nuevas normas, cuyo contenido sea conforme al de las normas internacionales que es necesario aplicar: no simplemente, “comprensión” o “limitación” a las normas existentes en el ordenamiento interno.

Otra cuestión, en cierto sentido también preliminar respecto a las otras, relacionadas con la interpretación del artículo 10, consiste en la individualización de las normas de derecho internacional “generalmente reconocidas”. También aquí la doctrina —monista y dualista— que se ha ocupado de la interpretación de disposiciones análogas al artículo 10 ha buscado, en primer lugar, verificar si por normas de derecho internacional generalmente reconocidas deban entenderse las normas constitucionales, las consuetudinarias o también los tratados a los que se hayan adherido la mayoría de los Estados, o al menos las grandes potencias.^{5 bis} Volveremos sobre este punto en un lugar más adecuado.

^{5 bis} Cfr. Preuss, *International Law in the Constitutions of the Länder...*, cit., pp. 888 y ss.; Jellinek, “Kritische Betrachtungen zur Völkerrechtsklausel”, en *Um Recht und Gerechtigkeit*, Festgabe Für Kaufmann, Stuttgart, 1950, pp. 181 y ss.; Menzel, *Kommentar zum Bonner Grundgesetz*, Hamburg, 1954, p. 2 (comentario al art. 25 BGG); Mangoldt-Klein, *Das Bonner Grundgesetz*, cit., p. 676; Gross, *op. cit.*, p. 66. En la doctrina italiana v. Lipartiti, *L'adattamento...*, cit., pp. 19 y ss. del estr.; Monaco, *L'adattamento...*, cit., p. 195 y ss.; la citada relación de los profesores Ago y Morelli, pp. 67 y ss. Por los comentaristas del art. 25 BGG, se ha intentado también hacer un elenco, si bien a título de ejemplo, de las normas de derecho internacional general que la doctrina reconduce generalmente al ámbito del dispositivo automático. (Cfr. Menzel, *Bonner-Kommentar*, cit., p. 7, n. 2, para una referencia a los trabajos preparatorios de la Constitución de Bonn, durante los cuales se insistió con frecuencia sobre la necesidad de que dichas reglas sean emanación de concepciones o convencimientos prevalentes “en el mundo jurídico occidental”.) Así se ha dicho que desde el punto de vista jurídico, estas reglas se pueden caracterizar exactamente como normas de derecho internacional “de contenido no

Aparte de estas dificultades surgen otras, a las que solamente podemos aludir. En primer lugar, puede resultar poco fácil la misma reconstrucción exegética de la expresión “generalmente reconocidas”, utilizada por el artículo 10.

Como hemos ya indicado, tal frase fue objeto de discusión en el seno de la Asamblea Constituyente. Algunos entreveían en la formulación, que fue después adoptada como texto definitivo del artículo, una referencia al reconocimiento, como base de validez de las normas de derecho

negociable, cuya validez es reconocida por la economía internacional” (*op. loc. ult. cit.*).

Entre ellas entrarían las que concurren a formar la disciplina de algunos institutos jurídicos (por ejemplo, la inmunidad diplomática, la protección a los extranjeros), los mismos principios generales del derecho reconocidos por los estados civiles, a los que se refiere el art. 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia. Siempre que se trate, en todo caso, de normas generalmente reconocidas (a este propósito es admitido pacíficamente que, para que el reconocimiento sea general, no es necesario el consenso explícito del Estado en el que las reglas reconocidas deben valer, sino el de la “gran mayoría de los Estados”). Ello, sin embargo, con la advertencia de que la generalidad del reconocimiento “no debe ser entendida en sentido puramente numérico”, sino que en gran medida puede depender “también de la circunstancia que la norma dada (la regla consuetudinaria que viene considerada a los fines de la aplicación del dispositivo automático) es entendida como realización de una particular disciplina en una materia dada. Es decisivo, por ejemplo, para las reglas generales del derecho marítimo el acuerdo de las potencias marítimas, mientras en otras cuestiones particulares puede incumbir un peso específico a otros grupos de Estados” (*op. loc. ult. cit.*: para afirmaciones análogas sobre la extensión y el progresivo reconocimiento en normas generales de principios creados originariamente en un determinado ámbito regional —la esfera jurídica panamericana o la Europa continental— *cfr. op. cit.*, p. 8).

Se observa todavía, cómo otras veces el catálogo de las normas evocadas por el art. 25 se construye negativamente, al excluir algunos principios que parte de la doctrina desearía incluir. Así Mangold-Klein (*op. cit.*, pp. 677 y ss.) niega que en la situación actual se hayan formado reglas generales en materia de inmunidad jurisdiccional de los Estados, de ejercicio de la jurisdicción sobre actos realizados por otros Estados fuera de la esfera de supremacía, de la relevancia de las modificaciones territoriales del Estado sobre la ciudadanía de los sujetos, y advierte, contrariamente a la doctrina antes citada, que los principios generales del derecho (a los que se refiere el art. 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia) no pueden ser equiparados a las reglas generales del derecho internacional, al menos hasta que no resulte cierto que los mismos hayan adquirido “carácter de reglas pertenecientes al derecho internacional positivo” (*op. cit.*, p. 678). Acerca de la posibilidad de incluir entre las normas de derecho internacional general, reglas de origen convencional, v. *infra*, nota 55.

⁶ *Cfr.* sobre los problemas relacionados con la interpretación del art. 10, Lipariti, *op. cit.*, p. 27 del estr. Sobre las discusiones de la enmienda, Condorelli (quien sugería eliminar del texto del art. 10 la expresión “generalmente reconocidas”, precisamente por las dudas y los sobrentendidos que habría podido suscitar, v. *Atti Assemblée Costituente*, p. 2664. Para una precisión del diputado Perassi, acerca del significado de la fórmula de adaptación acogida en el art. 10, v. *Atti dell'Assem-*

internacional.⁶ Pero una propuesta de enmienda, presentada para eliminar de la dicción del texto la expresión “generalmente reconocidas”, fue después rechazada por la Asamblea. No parece por tanto que nuestro constituyente haya querido, al adoptar esta fórmula en vez de otra, invadir el campo de las especulaciones teóricas y de las definiciones científicas, para sugerir auténticamente que el reconocimiento que le dé el Estado es el fundamento del derecho internacional, o al menos del derecho internacional general. Si esto es verdad, debe excluirse que el artículo 10 refleje o presuponga una concepción voluntarista del derecho internacional. Así se derrumba un argumento que se ha hecho valer en ordenamientos donde figuraba una norma semejante al artícu-

blea Costituente, p. 2429). Los intérpretes del art. 4 de la Constitución de Weimar habían dado una gran consideración al “reconocimiento” de las normas de derecho internacional allí citadas (*supra*, cap. II, nota 11; *cfr.* nuestra *Note sull'esecuzione...*, *cit.*, p. 26, nota 39). La opinión preponderante había establecido con suficiente claridad que el reconocimiento al que se refería el constituyente, debería ser entendido como un requisito *introducido* por el art. 4, con el fin de atribuir eficacia a tales normas internacionales no como un presupuesto de la eficacia de tales normas a nivel del derecho internacional (*cfr.* Scholtisek, *Die allgemeinen Regeln des Völkerrechts im Sinne des Artikel 25 des Grundgesetzes*, diss. Mainz, s.f., pp. 35-36 (en el sentido de que el reconocimiento puede darse aun implícitamente y puede inducirse de la práctica administrativa y judicial); Mieck, *op. cit.*, pp. 71-72, para indicaciones y referencias a las discusiones de la doctrina alemana sobre la configuración del consentimiento del Parlamento como requisito de la eficacia internacional (“teoría internacionalista”) o (“teoría constitucionalista”) de la eficacia interna de las reglas internacionales; según M., la Constitución alemana de 1870 (art. 11³) habría sancionado ambas tesis, requiriendo el consentimiento de la Cámara alta como requisito de la conclusión del acuerdo internacional y el de la Cámara baja como presupuesto o condición de la validez interna del acuerdo mismo —no obstante las indicaciones de la doctrina dominante orientada en el sentido de estimar uno u otro requisito necesario para la validez interna del acuerdo—. De estas premisas se desprendieron corolarios no siempre y no del todo convincentes. Así algunos autores terminaron por identificar el reconocimiento como elemento o factor transformativo de las normas internacionales, extendiendo el ámbito del art. 4 al derecho internacional convencional; y advirtiendo, por otra parte, que mientras el reconocimiento de las normas consuetudinarias se habría podido expresar de cualquier forma, la inclusión del derecho convencional en la órbita del dispositivo automático debería considerarse admisible sólo con referencia a los tratados que establecieran derecho objetivo y hubiesen recibido la aprobación del órgano legislativo (*cfr.* Mieck, *op. cit.*, p. 76, para una aplicación clara de esta tesis: el A. excluye cualquier conflicto entre el art. 4 y el art. 45³ de la Constitución de Weimar —relativo este último a la aprobación parlamentaria de los tratados—, sosteniendo que el art. 45³ se proponía fijar una determinada forma para el reconocimiento de las normas convencionales en un caso particular, sin contradecir o violar por tanto el principio de libertad de formas, que valía para el reconocimiento del derecho internacional consuetudinario, y también, según algunos, de los tratados no sujetos a la aprobación parlamentaria, por ejemplo de los tratados que no disciplinaban materias reservadas a la legislación federal: *cfr.*, sobre el punto, Gross, *op. cit.*, p. 66).

lo 10, a saber: que la adecuación a las normas internacionales estuviera condicionada por la aceptación o reconocimiento de estas últimas por parte del Estado; y que desde dicha situación, pudiese después argumentarse la inclusión en el dispositivo de adaptación del derecho internacional convencional (del que se daría un reconocimiento implícito por el hecho mismo de que el Estado participa en la formación de los tratados mediante sus propios órganos). Como veremos, el problema de si el derecho internacional convencional permanece excluido o no del ámbito del artículo 10, está planteado y resuelto con base en otras y más sustanciales consideraciones.

En este contexto, una consecuencia es relevante aún para la determinación de la esfera de aplicación del artículo 10. Excluido que nuestro constituyente haya querido conferir a esta disposición el significado y alcance, en suma espontáneos, de una auténtica definición del dere-

Se venía así a atribuir decisiva importancia a la “forma” del reconocimiento. Esta conclusión criticable también por otras consideraciones, señaladas autorizadamente en nuestra doctrina (Quadri, en recensión a Dahm, *loc. cit.*) se concilia mal con la hipótesis, pacíficamente acogida por los comentaristas de la Constitución de Weimar, según la cual el acto legislativo se considera, desde el aspecto que aquí interesa, como comportamiento o hecho concluyente del que es posible argumentar el reconocimiento de una regla internacional. Así entendido, el comportamiento del legislador no constituye más que un índice que, eventualmente unido a otras circunstancias, ayuda a orientar al intérprete cuando se trata de establecer si una norma internacional entra o no dentro de las generalmente reconocidas.

(Cfr. una interesante alusión de Donati, *Gli organi dello Stato ed il diritto internazionale, cit.*, p. 462, que se refiere al derecho consuetudinario como producto del “comportamiento conjunto” del Estado.)

La referencia a la forma del reconocimiento sobreentiende, en definitiva, la referencia al legislador en cuanto órgano competente para atribuir eficacia interna a las normas internacionales o a extinguir tal eficacia, precisamente en las formas prescritas por el derecho estatal para el establecimiento o extensión de las reglas correspondientes, en cuanto al contenido, a las normas internacionales que hay que transformar. Razonando así la doctrina alemana había intentado resolver implícitamente el problema del rango de las normas introducidas; de hecho se decía (*cfr.* por todos, Scholtissek, *op. cit.*, p. 35; Gross, *op. cit.*, p. 63), que la forma que se requiere para el reconocimiento de una regla internacional (esto es, forma de ley ordinaria o de ley constitucional, según fuera el contenido de dicha norma) se prescribe también para *revocar* el reconocimiento, o dicho en otros términos, para extinguir la eficacia interna de la norma internacional. La confusión entre el problema de la transformación y aquel, repetimos, posterior y lógicamente distinto, de rango de las normas introducidas, no podría ser más evidente. Parece, por tanto, que la doctrina italiana ha utilizado correctamente los resultados, sin duda notables, de la literatura alemana, acogiendo y profundizando el esquema conceptual de la transformación automática sin caer en la sugestión de construir el acto legislativo como una forma o figura particular de reconocimiento.

(Sobre la distinción entre desconocimiento —es decir violación— de la costumbre internacional por parte del Estado y carencia de formación de la norma interna-

cho internacional citado, se debe estimar que las normas, a las que se refiere el artículo 10, son puestas de relieve por nuestro ordenamiento con las características que las individualizan dentro del ordenamiento internacional. Esta exigencia está en la base del esquema conceptual de toda norma sobre la producción, que —como sabemos— postula que el reenvío operado por el artículo 10 tiene por objeto las normas internacionales en cuanto son válidas en el propio ordenamiento y, más correctamente, tiene por objeto los hechos de producción del ordenamiento internacional.⁷

Se observa, además, que la fórmula de adecuación plasmada en el artículo 10 revela claramente que nuestro constituyente ha intentado recurrir a un procedimiento que garantice una conformidad plena y puntual de nuestro ordenamiento a las normas del derecho internacio-

cional, en el sentido de que sólo en esta última hipótesis haya un límite a la aplicación del art. 10, *cfr.* Capotorti, “Problemi...”, *cit.*, en CS, IV, p. 302.)

Cfr., para una alusión a los problemas aquí considerados, Barile, *Diritto internazionale e diritto interno*, *cit.*, p. 132 y aquí nota 94; Lipartiti, *op. cit.*, p. 63, según el cual el acto legislativo puede considerarse idóneo para manifestar la voluntad del Estado de sustraerse al cumplimiento de la norma internacional o de rechazarla sólo si aquél es establecido en forma de ley constitucional; una voluntad disconforme con la Constitución, es decir, del principio fijado en el art. 10 —siguiendo siempre a LP—, sería ilegítima y no podría ser tanto ser imputada al Estado (en el plano del derecho internacional). El A. parece aquí sobreentender que la referencia del derecho internacional, al sistema organizativo estatal debe extenderse también a las formas o a los actos mediante los cuales los órganos internos expresarían de cualquier modo la voluntad del Estado, sea ésta concordante o contrastante con lo dispuesto por una cualquiera de las reglas internacionales reclamadas por el art. 10. Tal conclusión responde, por otra parte, a las premisas teóricas de Lipartiti, inclinado a limitar el ámbito de eficacia de la regla consuetudinaria a los Estados que hayan manifestado, en cualquier modo, la voluntad de adherirse (*op. cit.* p. 45). Además, el mismo A. deja abierto el problema de si la emanación, con el procedimiento de revisión constitucional, de una norma divergente del derecho internacional reclamado, tenga efecto “invalidante” de la costumbre internacional. De hecho LP. escribe que... “a efectos internacionales”, la consistencia de la costumbre permanece inmutable, general y obligatoria, a pesar del rechazo del Estado, aparte de la culpabilidad y consecuencias de otra clase (pp. 63-64).

Cfr. una alusión sobre la importancia que el contenido del derecho interno asume para la declaración de la existencia de una regla consuetudinaria internacional, en Marmo, *op. ult. cit.*, p. 211.

⁷ De hecho se debe excluir aun cuando sea lógicamente admisible que las normas internacionales sean tomadas en consideración por nuestro ordenamiento, solamente en ciertos aspectos y para algunos efectos, y no con las características formales que las individualizan en base al ordenamiento internacional. La doctrina que ha estudiado la naturaleza de las normas de reenvío ha precisado (aunque no siempre en el mismo sentido) que el reenvío puede ser total o parcial (según concierna a un elemento o al contenido entero de la norma reclamada), o bien presuponer existente una norma que no está ya vigente en el ordenamiento en que se encontraba en el momento del reenvío.

nal general; en consecuencia, la doctrina no sólo ha considerado como rasgo esencial del procedimiento de adaptación automática, el signo distintivo de la continuidad, sino también el de la plenitud.

En este sentido podría decirse que es necesario invertir el punto de partida que hemos asumido para examinar la otra figura de procedimiento especial, a saber, la orden de ejecución. A propósito de esta última, el problema que se plantea es, como se ha dicho, si el legislador ordinario invade el campo reservado al constituyente en la configuración de la orden de ejecución como un tipo de adaptación continua y completa. Por el contrario, en el caso del artículo 10, esta duda no tiene obviamente motivo de subsistir, dada la naturaleza constitucional de este artículo y la voluntad, manifestada claramente por el constituyente, de predisponer un mecanismo de adaptación que sea el más completo posible.

Se necesita, por tanto, adoptar mucha cautela al excluir del ámbito del artículo 10 cualquiera de los hechos que, según el ordenamiento internacional, son idóneos para incidir en la esfera de eficacia de las normas generalmente reconocidas por este último.⁸

2. *Análisis crítico de las soluciones posibles: a) Refutación de las dos opiniones extremas, según las cuales el artículo 10 tiene el significado de una norma solamente programática o, por el contrario, la función de insertar, en el ordenamiento interno, normas de naturaleza "supraconstitucional"*

Después de estas aclaraciones podemos aludir al problema del valor que debe atribuirse a las normas introducidas por el artículo 10 de nuestro ordenamiento.

Una vez resuelto este problema, estaremos en situación de establecer consecuencias relevantes para la solución de otras cuestiones: en particular, el esclarecimiento de cómo puede practicarse un control de constitucionalidad sobre las normas de adaptación.⁹

⁸ Aunque se parta del punto de vista de la doctrina monista, que —como se ha dicho— describe el procedimiento de adaptación automática como la técnica de "aplicación global" (Verdross, *op. loc. ult. cit.*), se debería igualmente sostener que la aplicación de la norma internacional permanezca excluida o suspendida cuando en la esfera del ordenamiento internacional intervenga un hecho capaz de determinar la extinción o la suspensión.

⁹ También a este propósito, en el curso de las observaciones siguientes, se pondrá de relieve que las diferentes soluciones sobre el valor de las normas introducidas han sido propuestas por la doctrina monista y dualista, sobre la base del derecho positivo, y no afirmando apriorísticamente la supremacía de las normas interna-

Comenzamos por observar que, dentro de la gama de soluciones posibles, se deben considerar dos tesis opuestas, pero, en nuestra opinión, igualmente infundadas. De un lado se ha dicho —pronto veremos en

cionales (*rectius* de las normas de adaptación a estas últimas) sobre las normas internas o viceversa. Esta conclusión se desprende de cuanto hemos ya intentado demostrar en otra parte. Una nueva prueba puntual del fundamento de los resultados a que hemos llegado, puede deducirse de constatar que las varias tesis a que aludiremos en el texto son compatibles con las premisas teóricas del monismo y del dualismo, y se encuentran, de hecho —si no todas, las más importantes—, mantenidas indiferentemente en uno u otro campo de la doctrina. Sabemos que un comportamiento bastante difundido entre los autores monistas es el de reducir con expedientes, sin duda ingeniosos, pero no siempre convincentes, al área dentro de la que pueda darse un conflicto entre las normas internacionales y las normas internas. Por otra parte la doctrina dualista llega por la vía opuesta, a resultados aún más radicales: si se desenvuelve hasta sus consecuencias lógicas, el principio de la separación de los dos ordenamientos, se concluye no sólo por reducir, sino por negar directamente la posibilidad lógica de un conflicto entre normas internacionales y normas internas (v. Anzilotti, *Corso...*, *cit.*, p. 565, y más recientemente Sereni, *Diritto internazionale*, Milán, 1956, I, pp. 214-215. Para una *reductio ad absurdum*, de la tesis dualista, v. Kelsen, *La transformation...*, *cit.*, p. 21, según la cual es un *contradictio adiecto* postular de un lado la distinción de los dos ordenamientos y admitir, por otro lado, que normas internacionales y normas internas pueden entrar en conflicto y que la validez de unas deba valer según la medida de las otras. Si se consideran conceptualmente distintos los dos ordenamientos, se deriva necesariamente que tratado o costumbre internacional y la ley interna no pueden considerarse como entidades conmensurables. Puestos después frente a la hipótesis del conflicto antes aludido, los sostenedores de las dos tesis llegan a soluciones convergentes. Esto parece claro con sólo pensar en el hecho de que la doctrina monista no puede menos que reconocer que la eficacia de las normas internacionales en la esfera del ordenamiento estatal, viene determinada exclusivamente por este último; y que la doctrina dualista, por su parte, afirma que la violación de una norma internacional comporta la responsabilidad del Estado; *cf.* Ago, *Le délit international*, Rec. C., 1939, II (Vol. 68), pp. 419 y ss.; Triepel, *Les rapports entre le droit international et droit interne*, Rec. C., I, 1923, p. 108). Así pacíficamente se admite que el conflicto entre normas internacionales y normas internas se traduce, en el plano del derecho internacional, en juicio de ilicitud del comportamiento del Estado que se ha hecho responsable de la violación de una obligación internacional, no en la invalidez de la norma interna cuya emanación haya implicado la infracción de la norma internacional y la consiguiente responsabilidad del Estado. *Cfr.* Vita, *La responsabilità dello Stato per atti legislativi*, Milán, 1953, p. 8 (y bibliografía allí citada, pp. 53 y ss.).

Puesto que también para la doctrina monista el ordenamiento interno disciplina la esfera de eficacia de las normas internacionales, se desprende de ello otra consecuencia. Es de hecho fácil comprender cómo sea proclive a atribuir a las normas internas que de un lado u otro inciden sobre la eficacia de las normas internacionales, relieve aún mayor que aquel que a las primeras tienden a reconocer los sostenedores de la dirección dualista. Piénsese, por ejemplo, en lo que K. sostiene a propósito de las normas de ejecución a las que el ordenamiento estatal condiciona la eficacia de los tratados: la norma internacional no surgiría hasta que no hubiese sido “transformada” en norma de derecho interno. Para la doctrina dualista, en cambio, la norma internacional debe entenderse perfeccionada de que hayan sido ema-

qué sentido— que el artículo 10 es una norma solamente programática.¹⁰ De otro, se podría sostener —tesis ésta que no ha sido tomada en mucha consideración por nuestra doctrina, pero que goza de un cierto favor fuera de Italia— que las normas introducidas en el ordenamiento por el artículo 10 tienen un valor superior al de la propia Constitución: es decir, son, dicho en otros términos, normas superconstitucionales.¹¹

La primera de las opiniones antes indicadas, suscita, ante todo, el problema de la definición y de la propia admisibilidad del concepto de norma programática, sobre el que la doctrina está aún dividida. Si, como parece opinión común y más autorizadamente sostenida, por norma programática se entiende un tipo de disposición constitucional que se dirige a los órganos (o, al menos, al legislador), pero no a los sujetos del ordenamiento, la tesis según la cual las normas introducidas por el artículo 10 son normas programáticas vale sólo hasta un cierto punto y

nadas las relativas leyes de ejecución, las cuales presuponen, de hecho, que el tratado haya concluido. Por este lado parece claro cómo la tesis monista, desplazando al acto de la aplicación el momento en que la norma internacional se crea, termina por restringir el ámbito de la responsabilidad internacional del Estado (y, en definitiva, de la vigencia de las normas internacionales de las que esta última deriva), excluyéndola en aquellos casos en que la misma es por el contrario reconocida por los sostenedores de la tesis dualista.

¹⁰ Cfr. Levi, *Teoria generale del diritto*, Padua, 1953, p. 85.

¹¹ Cfr. Costantopoulos, "The Relation of the Law of Nations to Constitutional Law and the New Constitution of Germany", in *RHDI*, 1952, pp. 42 y ss.

La misma solución es acogida o al menos tomada en consideración por los seguidores de la corriente dualista. V. por todos, en la doctrina italiana, Mortati, *Corso di lezioni di diritto costituzionale italiano e comparato* (lit.), Roma, 1958, pp. 164-165.

Atribuye naturaleza supraconstitucional a la norma que instituye el procedimiento de adaptación automática también Blondeau, *La subordination des constitutions aux normes internationales*, p. 581 (sobre el significado y algún ejemplo histórico de la penetración e interferencia del derecho internacional en la organización constitucional del Estado), p. 548 (varias explicaciones teóricas de los límites a la soberanía del Estado), pp. 585 y ss. (diversos efectos de la subordinación, según que la norma internacional se dirija directamente al constituyente, o bien se limite a exigir del Estado un determinado comportamiento: en este último caso la subordinación del ordenamiento interno no implicaría la revisión y la adecuación de la Constitución al tratado, sino solamente la imposibilidad, por parte del Estado, de oponer lo dispuesto en la propia Constitución para sustraerse al cumplimiento de las obligaciones internacionales incompatibles con la propia Constitución), pp. 589 y ss. (figuras de conflicto entre Constitución y tratado), p. 594 (obstáculos constitucionales a la ejecución de las obligaciones internacionales), p. 609 (distinción en las relaciones entre Constitución y normas internacionales, entre la incorporación de las reglas de derecho internacional y subordinación a estas últimas de las normas de derecho interno), pp. 611 y ss. (desarrollo del concepto de subordinación total en el ordenamiento interno al derecho internacional); en *Redi* (v. recensión de Baldoni, 1932, p. 603).

en un sentido particular, limitado a la hipótesis de que las normas internacionales por aplicar sean estructuralmente incompletas, de modo que si se transforman en normas de derecho interno, resulten también ser normas de carácter programático.¹²

¹² La afinidad estructural entre estas normas internacionales y la figura de las normas programáticas ha sido ya, por lo demás, señalada autorizadamente. Cfr. Calamandrei, *L'illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Padua, 1950, pp. 81 y ss. El ilustre autor observa que el art. 136 de la Constitución (en virtud del cual la ley declarada inconstitucional por la Corte Constitucional deja de ser eficaz desde el día siguiente a la publicación de la decisión) podría explicarse solamente en el sentido de que normas constitucionales y leyes ordinarias tienen diversos destinatarios (las primeras van dirigidas al legislador, las segundas a los sujetos privados), y de esta manera no pueden entrar en conflicto: en efecto, ellas se encuentran en una relación análoga a la que se instaura entre normas internacionales y normas internas. Para una construcción afín a ésta, cfr. Papalambrou, *op. loc. ult. cit.* Un parangón entre normas internacionales y normas constitucionales en régimen de Constitución flexible ha sido trazado por Kelsen en "La garantie juridictionnelle de la constitution", en *ReDP*, 1928, pp. 55-56 del estr. "Une Constitution dont les dispositions relatives à la législation peuvent être violées sans qu'il en résulte l'annulation des lois inconstitutionnelles a, vis-à-vis des degrés inférieurs de l'ordre étatique, le même caractère obligatoire que le droit international vis-à-vis du droit interne."

Sobre el concepto de norma programática o norma de eficacia diferida que aparece normalmente contrapuesto al de norma preceptiva o de eficacia, véase: Azzariti, *Problemi attuali di diritto costituzionale*, Milán, 1951, pp. 97 y ss.; Crisafulli, *La costituzione e le sue disposizioni di principio, cit.*, pp. 32 y ss., 42 y ss. del mismo autor; "Le norme programmatiche della costituzione", en *Studi di diritto costituzionale in memoria di Luigi Rossi*, Milán, 1952, pp. 59 y ss.; "Incostituzionalità o abrogazione?", en *GC*, 1957, pp. 271 y ss.

Naturalmente, cuando se habla de plenitud o falta de plenitud estructural de la norma internacional, a efectos de la adaptación, no se pretende con esto afirmar que la norma, de la cual deriva la exigencia de la adaptación, sea, en la esfera del propio ordenamiento, una norma incompleta. Se quiere simplemente decir que, si semejante norma, sin una intervención ulterior del legislador que especifique y concrete el contenido, fuese transferida al ordenamiento estatal, la regla interna que resultase de la transformación no sería inmediatamente aplicable por el juez, sino que podría, a lo sumo, contener o fijar algunos principios o directrices para el desarrollo de las normas integrativas. La referencia a la figura de la norma programática debe entenderse dentro de estos límites. En efecto, está claro que sería posible y técnicamente correcto aplicar el esquema corriente de la norma programática a las normas internacionales, en tanto en cuanto se demostrase que la norma internacional puede dirigirse indistintamente a varias esferas de destinatarios (el Estado, los órganos estatales, los individuos). En tal caso podría admitirse como hipótesis un proceso de concretación o de individualización de las normas internacionales, no diverso del desenvolvimiento del derecho en los sistemas estatales, de manera que se distinguieran también en el sistema normativo internacional, las reglas que tienen un mayor grado de abstracción que otras, que individualizan a sus propios destinatarios. La hipótesis es aún difícilmente conciliable con las tesis más seguidas en la doctrina, según las cuales la norma internacional se dirige necesariamente o al Estado, abstractamente considerado, o al individuo.

Pero ya se ha visto cómo el procedimiento automático no es idóneo para introducir normas incompletas en nuestro ordenamiento.¹³ Parece de hecho probable que el constituyente, al establecer el artículo 10, haya querido distinguir entre las normas internacionales aplicables, cuáles sean estructuralmente susceptibles de inmediata ejecución y cuáles no: prescindiendo, en el primer caso, de prescribir la adaptación automática y diferiendo la aplicación de las normas internacionales (o la introducción de las normas internas correspondientes) hasta el momento en que éstas sean emanadas, por los órganos competentes, en las formas del procedimiento ordinario.

En todo caso, la consecuencia que se desprende de la opinión que estamos examinando es clara. Para aplicar en el ordenamiento interno las normas de derecho internacional generalmente reconocidas es necesaria la intervención del legislador o de los otros órganos competentes para emitir oportunamente las normas de adaptación. Dicho esto, es fácil intuir cómo en la base de esta opinión está la preocupación de que, si se admite el principio de la introducción automática de las normas internas de adaptación, se acaba por atribuir al artículo 10 el efecto de una derogación al sistema de las competencias previas en nuestro ordenamiento interno; y esto es así porque la producción automática de las normas de adaptación es un fenómeno que, como sabemos, se desarrolla fuera de los procedimientos ordinarios de normación. Pero se trata de una preocupación infundada: basta constatar que el artículo 10 es una norma constitucional, para eliminar la duda de que el proceso de normación, por ella establecido, está falto de base en nuestro ordenamiento.

Tampoco tendría mayor fundamento la objeción que establece que debería ser tarea del intérprete, en todo caso, la de configurar armónicamente las normas contenidas en la Constitución y, por consiguiente, en la hipótesis que nos interesa, la de dar al artículo 10, hasta donde sea posible, una configuración que no contraste con el sistema de las otras disposiciones que disciplinan los procedimientos de normación.

De las observaciones precedentes resulta claramente que nuestro constituyente, al formular el artículo 10, ha querido prescindir de cualquier utilización del esquema ordinario de normación, o sea del procedimiento legislativo: en otros términos, las exigencias de la adaptación son tales que la fórmula elíptica y abreviada, prevista por el artículo 10, aparece como el instrumento más idóneo para garantizar su realización,

¹³ V. *supra*, p. 707, y la literatura allí citada en nota.

Además la opinión en cuestión incurre en un equívoco que es conveniente disipar. Ella sobreentiende que por el simple hecho de ser introducidas automáticamente las normas internas adquieren valor constitucional, ya que el procedimiento de adaptación automática debe considerarse —necesariamente, y prescindiendo de cualquier investigación de derecho positivo— como una derogación de los procedimientos de formación de las normas jurídicas. Ahora bien, que la introducción automática de las normas de adaptación se acompañe con frecuencia de la atribución a las mismas de un valor de normas constitucionales es una coincidencia que se encuentra frecuentemente en los ordenamientos técnicamente más avanzados, y que quizás no es del todo casual. Se puede, de hecho, presumir que el ordenamiento que sancione el principio de la adaptación automática, pretende reducir al mínimo los obstáculos que pueden derivar del respeto a las obligaciones internacionales, o de la aplicación de normas internacionales con contenido eventualmente disconforme respecto a las normas de derecho interno; y que por consiguiente, a consecuencia de la introducción automática, el ordenamiento haya también acogido el otro principio de la prevalencia de las normas introducidas sobre otras normas del mismo, o incluso, sobre la propia Constitución.

Sin embargo se trata simplemente de una coincidencia, que no puede ser considerada como rasgo característico y esencial del principio de la adaptación automática.

Incluso cuando se llegara a la conclusión de que nuestro ordenamiento coloca las normas introducidas a través del artículo 10 al mismo nivel que las normas constitucionales, está claro que tal afirmación debe argumentarse en base a la *ratio* del artículo 10 y no puede hacerse derivar, como corolario inevitable, del mero hecho que dicho artículo haya establecido un procedimiento de adaptación automática.

Por el contrario, se puede sostener la tesis, según la cual, las normas de adaptación no tienen necesariamente el valor de normas constitucionales, sino el que tendrían según la forma del acto normativo que se emplease, para su emanación, aunque al artículo 10 se atribuya naturaleza de norma preceptiva y no simplemente programática.

En el otro extremo de la gama de teorías que pueden mantenerse, respecto al rango o valor de las normas de adaptación, encontramos la tesis según la cual estas normas no sólo se introducen automáticamente, sino que tienen eficacia superior a la de las mismas normas constitucionales. Esta tesis ha sido afirmada tanto por dualistas como por monistas, y entre estos últimos, también, por autores que sostienen

el primado del derecho estatal.¹⁴ Circunstancia ésta que, lejos de ser una paradoja, representa, si no nos equivocamos, una nueva prueba de la irrelevancia de las premisas teóricas a efectos de la solución del problema de derecho positivo que nos interesa.

Según la citada tesis, el artículo 10 se situaría en nuestro ordenamiento al mismo nivel que las normas superconstitucionales. Para valorar las consecuencias que se derivan de esta afirmación, conviene observar que el fundamento de las normas superconstitucionales se ha razonado diversamente por la doctrina: en primer lugar, desde el propio texto de la Constitución, en la hipótesis de que ésta haya sustraído explícitamente del procedimiento de revisión constitucional una o más normas determinadas. Tal sería el caso de la forma republicana de gobierno, cuya inmodificabilidad resulta de lo dispuesto textualmente por el artículo 139 de la Constitución.¹⁵ Desde otro punto de vista, podrían considerarse superconstitucionales los principios de la “Constitución en sentido material”,¹⁶ tal como ha sido definida por autorizada doctrina.

Otra hipótesis avanzada recientemente por la doctrina extranjera (con referencia específica a normas que, como el artículo 10, sancionan el principio de prevalencia del derecho internacional sobre todas las *normas* del ordenamiento estatal) es la de que este último principio corresponde a una exigencia institucional de toda comunidad estatal.¹⁷ La inserción del Estado en la comunidad internacional representa, según esta opinión, una exigencia institucional no menor de cuanto lo sea la organización de los poderes públicos o de las estructuras constitucionales a través de

¹⁴ V. atrás p. 163, nota 11, y literatura allí citada.

¹⁵ Cfr. art. 89, párrafo último, de la Constitución francesa de 1958: “La forme républicaine du gouvernement ne peut faire l’objet d’une révision”. En el ordenamiento federal de los Estados Unidos, la intangibilidad de la forma de gobierno (*republican form of government*) está prescrita como requisito de la organización constitucional de los Estados miembros. No obstante la Corte Suprema de los Estados Unidos ha renunciado a declarar en concreto el respeto de este requisito por parte de los Estados miembros, aduciendo que se trata de una cuestión política y por ello cerrada al examen de los órganos judiciales (*political and non justiciable question*). La cuestión ha sido debatida por la jurisprudencia y la doctrina americana. Cfr. *Luther v. Borden*, 7 How. (1849); *Pacific Tel. v. Oregon*, 223 U.S. 118. En la doctrina, v. Finkelstein, “Judicial Self-limitation”, en *HLR*, 1924, pp. 338 y ss., y del mismo autor, “Further Notes on Judicial Self-limitation”, en *HLR*, 1925, p. 221; Weston, “Political Question”, en *HLR*, 1925, p. 296.

¹⁶ Sobre el concepto de Constitución material cfr. Mortati, *La costituzione in senso materiale*, Milán, 1940, sobre todo pp. 65 y ss.; pp. 225 y ss.; y las sucesivas formulaciones y aplicaciones de este concepto ad. es. *Istituzioni*⁴..., cit., pp. 53 y ss.

¹⁷ Costantopoulos, *op. loc. cit.*

las que el Estado puede actuar concretamente. La norma *pacta sunt servanda* adquiere así, siempre según esta opinión, la misma función de las normas que instauran los órganos públicos y regulan su oferta de competencia en el ordenamiento estatal. El poder de concluir los tratados respondería, en otros términos, a una vocación institucional del ordenamiento, a semejanza de las otras funciones del Estado, como la función legislativa o la ejecutiva. De lo dicho se hace derivar una consecuencia. Si la participación del Estado en la vida internacional es una necesidad imprescindible, el tratado debe tener una fuerza superior a la ley. El tratado (y, podría añadirse, cualquier otra norma internacional), en cuanto norma jurídica, debe poder comprometer la voluntad del Estado, aun cuando este último pretenda sustraerse a la observancia de la norma misma.¹⁸

Para esclarecer el significado de estas afirmaciones, puede ser oportuno aludir a alguno de los problemas, discutidos por la doctrina, que se refieren a otros supuestos de normas superconstitucionales de nuestro ordenamiento, por ejemplo el del artículo 1º de la Constitución. Como veremos a continuación, hay quien habla de una absoluta inmodificabilidad de tal norma y quien, por el contrario, admite que ésta sea modificable, si bien con un procedimiento agravado, respecto del que es necesario para la revisión de las normas constitucionales.

Debemos advertir, sin embargo, que a este último problema puede darse una solución distinta, si se funda la eficacia de la norma super-

¹⁸ Esto sería, según algunos, un lado débil y contradictorio de la tesis que sostiene la primacía del derecho estatal y en la cual se inspira, como se ha dicho, la opinión referida en el texto. La contradicción consistiría en esto: no se puede postular al mismo tiempo que el derecho internacional tenga su fundamento en el reconocimiento por parte del Estado y que, sin embargo, éste sea obligado a permanecerle sujeto; v. Kelsen, *Les rapports de système...*, cit., p. 294... “Malgré tout, il faut cependant bien reconnaître que, si le caractère obligatoire des traités internationaux repose uniquement sur la Constitution, il dépende d’elle qu’il cesse. De même pour le droit international en général, si l’on en fonde le caractère obligatoire sur la seule reconnaissance par les différents États. L’État pourrait alors, bien évidemment, se libérer à tout moment de ses obligations internationales en rétractant cette reconnaissance, par un procédé adéquat. Si on déclare cette rétraction impossible, on s’engage dans la voie de la fiction; on substitue (en réalité, à la théorie de la primauté de l’ordre étatique) une autre théorie qui déclare le droit international obligatoire pour l’État indépendamment de sa volonté.” Para una aproximación interesante entre la hipótesis del contrato social y el concepto de autolimitación del Estado que está en la base de esta dirección de la doctrina monista, v. Romano, *L’ordinamento giuridico...*, cit., p. 48. Más recientemente, en el sentido de que la autolimitación postulada por los sostenedores del “Reschstaat” corresponde a la hipótesis de la que arranca la concepción voluntarista del derecho internacional; v. Friedmann, *Legal theory*, cit., p. 425.

constitucional, no ya sobre la letra de la Constitución (que con frecuencia nada dice respecto al problema que nos interesa, o cuando regula la adaptación al derecho internacional, olvida aclarar auténticamente, como en el caso de nuestro ordenamiento, el valor de las normas introducidas), sino si se funda sobre otra fuente que precede históricamente a la Constitución, o bien sobre principios que representan el sustrato esencial e imprescindible de la misma. En todo caso, podría decirse, que la doctrina está de acuerdo con atribuir a las normas superconstitucionales una eficacia y fundamento necesariamente distintos de la Constitución en sentido formal.

Así se ha afirmado que la fuente del artículo 1º, o mejor, la base del carácter superconstitucional que cubriría al citado precepto, debe encontrarse en una norma que precede históricamente a la Constitución: El decreto de lugartenencia,¹⁹ que, con vistas a la elección de la Asamblea Constituyente, convocó el referéndum atribuyendo al pueblo (o si se prefiere al cuerpo electoral, pero no a tal Asamblea) el poder de elegir entre forma republicana o forma monárquica de gobierno. Según esta tesis el artículo 1º tendría un valor simplemente reconocitivo y declarativo de la decisión, directamente expresada por la voluntad popular mediante referéndum. Esto significa que la forma institucional de nuestro ordenamiento no podría estar sujeta al procedimiento de revisión contemplado en el artículo 138 de la Constitución, porque no deriva exactamente de una norma constitucional, sino de otra norma que, como decíamos, es antecedente de esta última.^{19 bis}

¹⁹ D. Lt., marzo de 1946, nota 98.

^{19 bis} V., en este sentido, Lucatello, "Sull'inmutabilità della forma repubblicana", en *RTDP*, 1955, espec. pp. 748 y ss. No hemos puesto de relieve en el texto el problema de si el D. Lgt., que convocó el referéndum institucional, puede considerarse como una norma —e incluso como la primera norma— del ordenamiento actual, o bien una norma perteneciente a un ordenamiento diverso, que tendría eficacia sólo si se inserta o recibe en nuestro sistema. Acogida esta última solución, la norma que ha convocado el referéndum debería considerarse, desde el punto de vista del ordenamiento actual, no como un valor o entidad normativo, sino como un simple hecho: viene así puesto de relieve el principio de exclusividad sobre el cual tendremos ocasión de hablar más adelante en el texto, y que, según el sentir general, implica la distinción de los ordenamientos jurídicos desde el punto de vista temporal o espacial. Intermedia entre las tesis que atribuyen al art. 10 naturaleza declarativa y constitutiva respectivamente, parece ser la opinión de Esposito, *La Costituzione...*, cit., p. 6, según el cual el art. 1 tiene valor reconocitivo de la forma de gobierno y, viceversa, creativo o normativo en lo que concierne al carácter democrático de esta forma institucional. Variadas y encontradas son las soluciones dadas al problema de la inmodificabilidad de la forma republicana de gobierno. Aquellas corrientes de la doctrina que atribuyen a la forma institucional el carácter de una superestructura formal, que tiene su propia base y justificación sólo en el

A distinta conclusión se debe llegar cuando se sostenga que la norma supuestamente inmodificable forma parte de la Constitución en sentido material, o bien cuando se estime coesencial a la estructura de todo ordenamiento estatal.

Para volver a la hipótesis que nos interesa directamente podría decirse que la norma *pacta sunt servanda* (u otra equivalente, de la que deriva la obligatoriedad de la costumbre) se manifiesta, desde la perspectiva adoptada por la doctrina que le atribuye el carácter de norma superconstitucional antes indicado,²⁰ como una norma que está dentro y fuera del derecho estatal: de un lado se afirma —en armonía con la premisa según la cual derecho internacional y derecho interno forman parte de un único ordenamiento, el del Estado— que esta norma es inmanente a la misma estructura del ordenamiento estatal; de otro lado, que representa un principio inmodificable por la propia Constitución,

tenor literal de la Constitución, se inclinan a considerar posible la modificación de la forma institucional mediante un doble procedimiento de revisión: que consistiría en eliminar la prohibición señalada por el art. 139 mediante la derogación de este último; y en modificar, después, el art. 1, que establece “Italia es una república”. Sin embargo, se ha objetado justamente (*cf.* por todos, Mortati, *Istituzioni*⁵. . . , *cit.*, pp. 864-865) que el intento de nuestro constituyente (de sustraer la institución republicana al procedimiento de revisión) se vería frustrado si se acogiese esta tesis. Además sería ciertamente injustificado deducir la posibilidad de una modificación (aunque sea a través de un doble procedimiento de revisión y, por tanto, en sustancia, con un procedimiento distinto del contemplado en el art. 138) de la circunstancia según la cual las dos normas —aquella que instaura, según algunos, declara la forma republicana de gobierno, y la otra que prescribe la inmodificabilidad— no se formulan contextualmente sino en disposiciones separadas. De lo que se deduce que el problema en cuestión se habría resuelto de manera distinta si el constituyente, en lugar de colocar la norma que prescribe la inmodificabilidad bajo la rúbrica “Revisión de la Constitución. Leyes constitucionales” (Sec. II, título VI (*sedes materiae* oportuna, ya que el art. 139 configura un límite al procedimiento de revisión), hubiese transferido materialmente el contenido de esta última disposición al art. 1. Lo que es obviamente insostenible. Es evidente por esto que la tesis de la revisión “a dos tiempos” no podría aplicarse al art. 10, incluso aunque éste viniese asimilado al art. 1; la prohibición de modificar el contenido del art. 10 derivaría solamente de esta última disposición. Para otras soluciones véase Esposito, *La Costituzione*. . . , *cit.*, p. 7, según el cual el art. I sería modificable con referéndum convocado por medio de una ley especial (que debe pensarse, ha de emanar con el procedimiento agravado); Biscaretti di Ruffia, “Sui limiti della ‘revisione costituzionale’”, en *Annali Catania*, 1948-1949, pp. 157 y ss.; *Diritto costituzionale*, *cit.*, p. 206, y literatura allí citada en nota.

Cfr., sobre los límites al poder de revisión, en general Esposito, *La validità*. . . , *cit.*, pp. 197 y ss.; 237 y ss.; Mortati, “Concetto limiti, procedimento della revisione costituzionale”, en *Studi di diritto costituzionale in memoria di Luigi Rossi*, espec. pp. 40 y ss.; “Sui controllo di costituzionalità delle leggi costituzionale”, en *FP*, 949, pp. 7 y ss. del extr.

²⁰ Costantopoulos, *op. loc. cit.*, el cual habla de “irrevocable constitutional law” para calificar la norma *pacta sunt servanda*.

por lo que permanece como extraño y anterior lógicamente al ordenamiento estatal. Surge así, claramente, la diferencia entre esta última afirmación y las otras opiniones que explican de modo distinto el fundamento de la eficacia de las normas superconstitucionales.

Después de estas precisiones podemos explicarnos por qué el problema de la modificabilidad de las normas superconstitucionales se resuelve de modo diverso, según la opinión que se adopte como punto de partida.

Acogida una u otra de las tesis antes enunciadas, se colige que la norma superconstitucional debe estimarse modificable en los límites y modos en que tal modificación sea prevista por aquella que se considera como fuente de la misma norma superconstitucional y que, en todo caso, permanece fuera de la Constitución en sentido formal. Por ello se excluye que las normas superconstitucionales, cualquiera que sea su fundamento, puedan ser modificadas con el procedimiento normalmente exigido para la revisión constitucional.

Un ejemplo ayudará a clarificar las observaciones precedentes y a explicar las soluciones de la doctrina. Se ha dicho que la forma de gobierno republicano es inmodificable, en cuanto que el decreto de lugartenencia que convocó el referéndum contemplaba sólo esta forma de consulta popular para la solución de la cuestión institucional, excluyendo con ello la posibilidad de una revisión sucesiva. Cuando se sostenga al contrario que una determinada norma tiene carácter superconstitucional, en cuanto traducción y aclaración de un principio de la Constitución material, será necesario estimar que la citada norma puede desarrollarse, o incluso desaparecer, como consecuencia de una modificación de la Constitución material. Y esto, aunque explícitamente tal norma no pueda ser objeto de revisión según la Constitución formal.²¹

²¹ Recientemente se ha emitido la opinión según la cual, si se adscribe la eficacia supraconstitucional de una norma (por ejemplo de la forma institucional) a un principio de la Constitución en sentido material, el criterio más válido para controlar si ésa puede o no considerarse modificable, debe recabarse de la actitud de las fuerzas políticas que dan vida a la Constitución material (v. Lucatello, *Sull'inmutabilità...*, cit., pp. 767-768). No parece, sin embargo, que este criterio pueda tomarse en consideración sin reservas: admitido que deba tenerse en cuenta la actitud de las fuerzas políticas (de aquellas fuerzas políticas que concurren a determinar el objetivo que individualiza y caracteriza el régimen político en el que se identifica la Constitución material), es necesario, sin duda, reconocer que a un cambio de orientación de estas fuerzas corresponderá una modificación de la Constitución en sentido material. Aunque el constituyente o las demás fuerzas políticas cuya actitud es relevante para la determinación del contenido de la Constitución material hayan pretendido sustraer una determinada norma a la posibilidad de revisión por las vías prescritas por la Constitución formal, nada impide que esta actitud pueda cambiar en lo sucesivo.

Se impondrían diversos razonamientos si el valor superconstitucional de una norma debiese ser fundado en base a que representa un principio implícito en toda organización estatal; o bien, en que el mismo constituyente ha pretendido conferir eficacia superior a la que tienen las demás normas constitucionales, sustrayéndola *expressis verbis* al procedimiento de revisión.

En el primer caso sería posible un cambio de la norma superconstitucional sólo cuando resultaran alteradas las características del ordenamiento estatal, de las que, según la citada opinión, se deriva la inmanencia o inclusión de tal norma en el contenido típico y esencial de toda Constitución.²²

Cuando por el contrario se fundamenta el valor superconstitucional de una norma concreta en una determinación explícita de la Constitución, el criterio para constatar si el constituyente pretendió cerrar del todo la posibilidad de modificar tal norma, o quiso solamente sustraerla del procedimiento de revisión (consintiendo su posible modificación por otra vía), se deberá deducir, obviamente, del contexto de la Constitución en su sentido formal.

Examinemos ahora más de cerca cómo los argumentos mencionados que, en general, se aducen para sostener el carácter superconstitucional de una norma podrían invocarse a propósito del artículo 10.

Empezaremos por preguntarnos si puede aportarse algún elemento literal en el sistema de nuestra Constitución, que permita dar fuerza a la tesis en cuestión. El artículo 10 dice que nuestro ordenamiento se conforma a las normas de derecho internacional generalmente reconocidas. La expresión "ordenamiento" puede entenderse en el sentido de que debe abarcar no sólo las leyes ordinarias, sino también las constitucionales.²³ Así configurado el artículo 10 implicaría la subordinación *in toto* del ordenamiento interno a las normas de derecho internacional general; podría decirse que asumiría un contenido análogo al de la llamada *supremacy clause* de algunos ordenamientos federales, en base

²² Acerca del contenido de la Constitución, *cfr.* Amorth, *Il contenuto giuridico della Costituzione*, Modena, 1946, pp. 5, 7, 11 y ss.; Guarino, *Materia costituzionale...*, *cit.*, espec. p. 40. En torno al problema, en general, del concepto y del contenido típico de la Constitución, nos limitamos aquí a recordar, dentro de la vastísima literatura, a García Pelayo, *Derecho constitucional comparado*⁵, Madrid, s.f. (1959), pp. 102 y ss., y, en nuestra doctrina las investigaciones fundamentales de Mortati, últimamente en *Istituzioni*⁵..., *cit.*, pp. 63, 69 y ss. (y allí la reseña crítica de las direcciones más recientes).

²³ *Cfr.* Legaz y Lacambra, *op. cit.*, pp. 84-85; Menzel, *op. cit.*, p. 10.

a la cual las leyes emanadas de los órganos legislativos centrales prevalecen sobre las leyes locales.²⁴

En apoyo de esta interpretación se podría aducir un argumento literal. Siempre que nuestro constituyente hace referencia al ordenamiento jurídico *sub especie* de relaciones con otro ordenamiento, pretende

²⁴ El parangón entre el art. 10, así concebido, y la llamada cláusula de supremacía que se encuentra generalmente en los ordenamientos federales (art. 6, parágr. 2, de la Constitución de los Estados Unidos); *cfr.* además el principio *Bundesrecht o Reichsrecht bricht Landesrecht* sancionado por el ordenamiento alemán (art. 13 de la Constitución de Weimar; art. 31 de la Ley fundamental de Bonn; v. también art. 19 de la Constitución Soviética) es válido, claro está, hasta cierto punto. El significado de ese principio no es, desde luego, el de la relevancia absoluta de la ley federal sobre la ley estatal: si así fuese, la autonomía constitucional o incluso legislativa de los Estados miembros, como se ha observado autorizadamente (Kelsen, *La garantie...*, *cit.*, p. 60), sería solamente ficticia. En realidad el principio antes citado queda restringido al caso en que, dado un conflicto entre ley federal y ley estatal, una de las cuales se coloca dentro del ámbito de competencia del órgano que la emana y la otra no, de las dos normas prevalece aquella legítima, esto es, la emanada por el órgano competente. (*Cfr.* para una indicación sobre los antecedentes históricos y las posibles reconstrucciones exegéticas del principio *Reichsrecht bricht Landesrecht*, Jellinek, *op. cit.*, p. 187, donde se señala una diferencia entre las disposiciones legislativas antes recordadas y la fórmula del art. 2 de la Constitución Bismarkiana, que habría sancionado la “precedencia” en lugar de la prevalencia del derecho federal sobre el de los Estados miembros; Enneccerus, *op. cit.*, p. 175, que habla simplemente de “efecto derogatorio y clausurante del derecho del Reich”.) Además, para que haya conflicto en sentido propio, es necesario que dos normas sean igualmente eficaces, es decir, en condiciones de disciplinar la misma materia y de incidir, incluso, sobre el mismo supuesto de hecho. *Cfr.* sobre esto, Mazziotti, *Considerazioni sul rapporto tra leggi regionali e leggi statali secondo la costituzione* (extr. provisional), Milán, 1957, espec. p. 7. Presupuesto esto, la extensión de la *supremacy clause* al art. 10 tropezaría con más de una dificultad. En primer lugar se podría objetar que la competencia de los órganos encargados de la creación de las normas internacionales es, desde el punto de vista que aquí importa, ilimitada; al menos en el sentido de que el contenido que esas normas pueden asumir no está predeterminado o circunscrito por ninguna norma superior del ordenamiento internacional. (A esto, dicho sea incidentalmente, parece haberse unido una extensa parte de la doctrina que se ha ocupado de la enucleación del contenido típico de las normas internacionales para recavar, por vía negativa y de exclusión, el concepto de competencia interna (*domestic jurisdiction*). *Cfr.* Kelsen, *The Law of the United Nations*, pp. 769 y ss.; Gosdrich y Hambro, *Charter of the United Nations*², Boston, 1949, p. 110, con amplia referencia al art. 15, parágr. 8 del Pacto de la Sociedad de las Naciones; Mónaco, “Limiti della sovranità dello Stato e organizzazione internazionale”, en *Studi in memoria di L. Rossi...*, *cit.*, pp. 361 y ss., espec. p. 364; y ahora en *Lezioni...*, *cit.*, pp. 28 y ss.; Preuss, L., “Article 7, parag 7, of the Charter of the United Nations and Matters of Domestic Jurisdiction”, en *Rec. C.*, 1949, I (vol. 74), p. 649; Ruini, “La competenza interna nel sistema dell’OUN”, en *ADI*, 1952, pp. 13 y ss. Véase además la literatura citada por Sohn, *Cases and Materials on World Law*, Brooklyn, 1950, pp. 85-86. La dificultad de explicar el concepto de competencia interna según el criterio empleado tradicionalmente para definir la esfera del llamado “dominio reservado” y que con-

designar al ordenamiento interno en su totalidad, es decir, incluyendo las normas constitucionales. Una fórmula de este género se encuentra, efectivamente, también en otra parte del texto de la Constitución, precisamente allí donde el constituyente ha querido referirse a nuestro ordenamiento en relación con el ordenamiento de la Iglesia: Estado e Iglesia, dice la Constitución, son, cada uno en su propio "orden", independientes y soberanos.

siste en declarar si una determinada materia se regula por el derecho internacional y, por tanto, queda sustraída a la esfera exclusiva de los Estados, se ha puesto claramente de manifiesto cuando, como en el caso del art. 2, pár. 7, del Estatuto de la ONU, se ha planteado el problema de distinguir, no tanto *las esferas de vigencia* del ordenamiento internacional y del ordenamiento interno, cuando la esfera de competencia atribuida a *órganos* diversos en el seno de un único ordenamiento: precisamente, las competencias de la organización internacional y los poderes residuales de los Estados que se adhieren a ella. Prescindiendo del significado, por lo demás bastante discutido, de la expresión *essentially* introducida por el art. 2, par. 7 (sobre la cual v. Kelsen, *op. ult. cit.*, pp. 777 y ss.), parece, en efecto, que la competencia de la organización internacional surge cuando subsisten, en ausencia también de una norma internacional, determinados requisitos (como la amenaza al mantenimiento de la paz y de la seguridad internacional) a los que el art. 2, par. 7, subordina la imposibilidad de los Estados miembros de oponer su propia competencia interna; y, por el contrario, aquella competencia puede no subsistir respecto a una materia regulada por el derecho internacional cuando se logra probar (cfr. Verdross, "Le domaine réservé des États en droit international", en *Aktuelle Probleme des internationalen Rechtes*, Berlín, 1957, p. 33) que tal materia afecta "esencialmente" a la competencia interna de los Estados miembros. Esto demuestra que el problema de la competencia interna, entendida como esfera de poderes que competen al Estado en cuanto miembro de una organización internacional y que resultan de la atribución de una esfera de competencia distinta a esta última, viene situado sobre otras bases; asumiendo como criterio de discernimiento no aquel del contenido de la norma internacional que, como se ha observado justamente, es ilimitado, sino el punto de vista opuesto según el cual la competencia de la organización internacional y la de los Estados miembros están, por decirlo así, recíprocamente limitadas. Una vez aceptada esta conclusión se establece la premisa para que entre ambas esferas de competencia surja el conflicto.

Dado, pues, que el esquema de la *supremacy clause* presupone la presencia simultánea de órganos diversos, cuyas competencias son recíprocamente limitadas y pueden, por tanto, entrar en conflicto, resulta claro por qué dicho esquema no puede extenderse correctamente a las relaciones entre normas internacionales y normas internas, en los términos en que tal relación vendría considerada según la tesis que configura el art. 10 como una norma "supraconstitucional".

Las dudas y perplejidades antes manifestadas no podrían, en efecto, superarse objetando que, una vez acogida la tesis del reenvío a los hechos de producción, se sobreentiende, por esto mismo, que el art. 10 atribuye al legislador internacional una esfera de competencia en el seno del ordenamiento interno; y que subsisten, pues, los extremos para que pueda surgir conflicto entre las normas introducidas por el art. 10 y aquellas fijadas por los órganos legislativos del Estado. Como se ha dicho en otro lugar, la tesis del reenvío a los hechos de producción no implica la atribución de poder alguno al legislador del ordenamiento evocado. Incluso si esto fuese cierto, la competencia atribuida, mediante reenvío, al legislador interna-

Además el constituyente no ha adoptado en el artículo 10 la fórmula de otras cartas constitucionales, por ejemplo, la francesa de 1946 o la Constitución birmana, según la cual es el Estado o la república y no el ordenamiento estatal, quien se conforma al derecho internacional. Y se podría considerar también que la diferencia entre esta fórmula y la adoptada por nuestro constituyente indique, por otro lado, que el artículo 10 se refiere, más que al aparato organizativo del Estado,²⁵ al conjunto de las normas que constituyen el ordenamiento, sin distinguir entre normas constitucionales y leyes ordinarias.

Por otra parte, hay que observar que, a diferencia de cuanto dispone el artículo 139 a propósito de la forma republicana, falta una previsión explícita de la inmodificabilidad del artículo 10. Viene así a invalidarse el argumento textual más importante, del que podría deducirse correctamente que el constituyente pretendió colocar las normas introducidas, mediante el artículo 10, en un plano superior al de la Constitución.²⁶

De cualquier forma, está claro que el solo argumento literal no es decisivo ni suficiente para demostrar el fundamento de la tesis en cuestión. Es necesario por ello verificar si la naturaleza superconstitucional del artículo 10 puede afirmarse también en base a otros argumentos anteriormente indicados.

cional debería estimarse ilimitada en el caso examinado, dado que las normas que él fija pueden asumir cualquier contenido. Dicho de otro modo, si la función de la *supremacy clause* es la de regular un conflicto entre normas, jerárquicamente ordenadas, de un mismo ordenamiento, ésa puede aplicarse sólo si las normas de grado superior están fijadas dentro de una esfera de competencia limitada y el conflicto con las normas subordinadas pueda surgir, precisamente en la hipótesis de que las primeras disciplinen una materia que, en el ordenamiento interno, está reservada a los órganos de los que emanan las normas inferiores. Esto no podría suceder en ningún caso si, como presupone necesariamente la opinión referida en el texto, se sostiene que las normas creadas por el art. 10 pueden asumir cualquier contenido e incluso un contenido disconforme con la Constitución.

²⁵ Tal parece ser al contrario el significado de aquellas normas constitucionales que se dirigen a la República, impersonalmente considerada (*cfr.*, *ad. ex.* arts. 2, 3, 4, 5, 6, 7, en los que se habla de Estado, 29, 31, 32, 33, 35, 37, etcétera); v. para el tema de adaptación al derecho int. general, el preámbulo de la Constitución francesa de 1946 (*La República francesa...*, se conforma a las reglas del derecho internacional público). La Constitución birmana se refiere a principios generalmente reconocidos por el derecho internacional como *regla de conducta* del Estado en los vínculos con los Estados extranjeros. Entre las constituciones menos recientes debe recordarse el art. 7 de la Constitución española de 1931. Véase la diferencia entre estos enunciados constitucionales y el art. 10, Perassi, *Lezioni...*, II, *cit.*, pp. 28 y ss.

²⁶ Acerca de la formulación explícita de límites y prohibiciones a la modificabilidad de las leyes constitucionales, *cfr.* las observaciones de Esposito, *La validità...*, *cit.*, pp. 197 y ss. En el derecho positivo v., además del citado art. 89 de la Constitución francesa de 1958, el art. 79 (3) de la ley fundamental de Bonn.

La opinión según la cual la norma *pacta sunt servanda* constituiría, en el ordenamiento interno, una norma superior a todas las otras, podría extenderse al caso que nos interesa sólo en la medida en que las mismas consideraciones, que se hacen valer para sostener la prevalencia del tratado sobre la Constitución, se refieren también implícitamente a las normas de derecho internacional general, de las que se ocupa el artículo 10, y sobre este punto no deberían existir dudas.

Ante todo hay que notar cómo la citada tesis está viciada por un equívoco: confunde, de hecho, la subordinación del Estado al derecho internacional y el sometimiento jerárquico de las normas que emanan de las funciones que el Estado ejerce en la esfera del propio ordenamiento respecto a las normas que son admitidas por el Estado como desarrollo del poder de concluir tratados, y se debería añadir que también respecto a todo el conjunto de normas sin las cuales no sería concebible esta última potestad, o sea, dicho en otras palabras, respecto al derecho internacional general.²⁷

Se puede decir que, aun antes que la potestad de concluir tratados, la inserción del Estado en la comunidad internacional y su sujeción al ordenamiento jurídico de la misma, corresponden a una necesidad institucional, que no puede ser ignorada y menos aún rechazada por cualquier Constitución.

Ahora bien, ¿se deduce necesariamente de esta tesis que las normas que fija el Estado en la esfera de las relaciones exteriores, deban prevalecer sobre las otras normas del ordenamiento interno? El silogismo que sobreentiende esta tesis es el siguiente. La participación en la comunidad internacional es una necesidad y, como se indicaba, una vocación institucional del mismo Estado. Por otra parte los tratados (y las otras normas internacionales en las que arraiga propiamente el derecho internacional convencional) son, en cuanto emanación o presupuesto del ejercicio de una potestad del Estado, normas jurídicas dotadas de obligatoriedad. Dicho en otros términos, el Estado no puede desvincularse unilateralmente de las normas internacionales, que no serían auténticas normas jurídicas si pudieran ser rechazadas o eliminadas por cualquier miembro de la comunidad internacional. Esto vale también en el supuesto de que la voluntad de sustraerse al respeto de las normas inter-

²⁷ Cfr. sobre este punto Perassi, *op. ult. cit.*, p. 8 en nota, según el cual es necesario evitar cualquier confusión de “dos conceptos muy diferentes entre sí, como son el concepto de la subordinación del derecho interno al derecho internacional o primado del derecho internacional sobre el derecho interno y el de la sujeción de los Estados incluso como gestores de su propio ordenamiento interno, al derecho internacional”.

nacionales se manifiesta por el Estado, en la forma superior y más solemne que pueden asumir las normas del ordenamiento estatal, es decir, mediante una ley constitucional. El salto lógico en esta cadena de deducciones está propiamente aquí. El hecho de que el Estado no pueda liberarse unilateralmente de los propios compromisos internacionales no significa que está obligado a estructurar el propio ordenamiento, de modo que garantice la eliminación de aquellas normas que estén en contra de las normas internacionales; significa, simplemente, que incurre en responsabilidad cuando haya transgredido las obligaciones que se derivan de estas últimas normas. Se puede producir muy bien que las normas dictadas por el Estado en cumplimiento de sus propias obligaciones internacionales, adquieran, en el ordenamiento interno, eficacia superior a la de las otras normas y a la misma Constitución. Pero ello debe resultar de un pronunciamiento del ordenamiento interno y no se puede hacer derivar, como una inevitable consecuencia lógica, de la necesidad que el Estado organice sus propios poderes en vistas a participar en la vida internacional.²⁸ En suma, esta tesis acaba por extender el contenido del derecho internacional más allá de los límites en que se encuentra, al menos en el momento actual y según la opinión prevalente de la doctrina.

Por el contrario, una consideración más atenta conviene hacer de la tesis, según la cual el artículo 10 es una norma superconstitucional, en cuanto puede traducirse en un principio de la Constitución en sentido material. Aunque es dudoso que el nexo entre el respeto a las obligaciones internacionales y los principios que individualizan o caracterizan el contenido de la Constitución en sentido material, sea ciertamente tan estrecho como para justificar la opinión, según la cual el artículo 10 corresponde a un comportamiento político que representa un aspecto esencial de nuestro régimen.

Si se considera, de hecho, la actual realidad institucional del derecho internacional, parece que debe excluirse la posibilidad de que este último penetre o influya sobre el régimen político: mientras que es concebible, e incluso innegable, una interferencia de ciertas organizaciones internacionales, especialmente de aquellas que se asemejan al modelo de la federación, en la forma de gobierno y la organización política de los Estados-miembros.²⁹ Y precisamente es con referencia a la organización

²⁸ V. Socini, *L'adeguamento...*, cit., p. 56, nota 2.

²⁹ Hay, en efecto, una serie de normas y principios en el ordenamiento internacional de los cuales se puede deducir la indiferencia de éste respecto a la organización política de los Estados y a otros de sus destinatarios. Basta pensar en

internacional, desde donde se plantea y considera el problema de la inclusión en la Constitución, en sentido material, de los principios que revelan la actitud de nuestro constituyente, en relación con el ordenamiento internacional.

Planteadas la cuestión en estos términos, está claro que debe resolverse no sólo en base al artículo 10, sino también con el conjunto de las demás disposiciones a las que ya se han hecho referencia: por ejemplo,

los casos en que el ordenamiento internacional hace referencia al ordenamiento interno, *ad ex* para determinar cuáles son los órganos competentes para concluir los tratados, prescindiendo de los criterios con los que en concreto cada ordenamiento estatal organiza el ejercicio de esas competencias; o la tesis según la cual el reconocimiento o adquisición de la subjetividad internacional del Estado no están subordinados a ninguna valoración política del régimen del Estado reconocido por parte del Estado que lleva a cabo el reconocimiento. Cfr. en nuestra doctrina más reciente Sperduti, *Il riconoscimento internazionale di stati e di governi*, Milán, 1953, pp. 10 y ss., y la literatura citada, p. 5, en nota; Venturini, *Il riconoscimento nel diritto internazionale*, Milán, 1946, p. 51. Biscottini, *Contributo alla teoria degli atti unilaterali nel diritto internazionale*, Milán, 1951, p. 94. Kelsen (*Principles...*, *cit.*, pp. 267 y ss.) habla de "political" y "legal recognition", pero simplemente para distinguir los efectos que derivan de una u otra forma de reconocimiento. Véase también, para un análisis cuidadoso y penetrante de la jurisprudencia angloamericana sobre el problema, Jafté, *Judicial Aspects of Foreign Relations*, Cambridge (Harvard University Press), 1933, pp. 79 y ss. Sobre la interferencia entre la organización internacional y régimen político, v. Mónaco, *Lezioni...*, *cit.*, pp. 14-15. Cfr. el art. 4 del Estatuto de la ONU, que subordina la admisión de nuevos Estados a la organización, a algunos requisitos, en los que podría entreverse una referencia directa al régimen político, como, por lo demás, ha resultado del debate, en el seno de la Asamblea General, relativo a la admisión de España (Cfr. Sohn, *op. cit.*, pp. 178 y ss., *cfr.* el dictamen consultivo de la Corte Internacional de Justicia de 28 de mayo de 1948, especialmente las opiniones individualmente expresadas de Álvarez y Acevedo, en Sohn, *op. cit.*, pp. 183 y 185). El ligamen entre el régimen político de los Estados miembros y las organizaciones institucionalmente más evolucionadas es, como se indicaba en el texto, más estrecho y evidente. En cuanto a los ordenamientos federales, algunos estudiosos hablan de una ley de "tendencia" en virtud de la cual la organización de los Estados miembros tiende a modelarse sobre la del gobierno central. Cfr. Friedrich y Bowie, *Studies in Federalism*, Boston-Toronto, 1954, pp. 755 y ss.; Deutch, *Political Community at the International Level*, Nueva York, 1954, *passim*. El fenómeno ha sido advertido también por los estudiosos de la *Commonwealth* británica, los cuales ponen de relieve una correspondencia puntual entre el régimen parlamentario inglés y el adoptado por los *Dominions*: *cfr.* por todos sobre el problema de la homogeneidad de las instituciones políticas de los Estados federados, Wheare, *Federal Government*,² *cit.*, p. 47. Sobre la estructura organizativa que la Constitución de los Estados Unidos exige a todo Estado miembro, v. atrás, nota 15, y en la doctrina, Rizzo, *La repubblica presidenziale*, *cit.*, p. 196, que pone de relieve la afinidad entre la forma de gobierno presidencial y la organización de los Estados miembros. Una disposición constitucional análoga se contiene en el art. 28 (1) de la ley fundamental de Bonn, según el cual "el ordenamiento constitucional de los *Länder* debe responder a los principios del Estado de derecho republicano, democrático y social en el espíritu expresados en esta ley fundamental".

las que contemplan el rechazo de la guerra como instrumento de solución de las controversias, la renuncia a la soberanía y consecuente adhesión a una forma de organización internacional en "condiciones de paridad con los otros Estados". Más aún sería precisamente este último criterio el que, según opinión solvente, constituiría el núcleo de la disciplina que nuestro ordenamiento ha dedicado al problema de las relaciones con la organización internacional.³⁰

³⁰ V. Mortati, *Lezioni...*, pp. 164-165, en el sentido que a partir del sistema de disposiciones aludidas en el texto podría argumentarse la elevación al rango de principio supraconstitucional, del criterio de paridad, al que se refiere el art. 11; según M. tal criterio presupone una igualdad de trato entre varios Estados o al menos excluye situaciones de hegemonía en beneficio de Estados determinados. Sobre el significado del criterio de igualdad en el seno de la organización internacional, v. *supra*, capítulo II, nota 12. De "reciprocidad" habla, por el contrario, el art. 55 de la nueva Constitución francesa, el cual atribuye a los tratados regularmente ratificados o aprobados "... *une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve pour chaque accord ou traité de son application pour l'autre partie*". Sin embargo el sentido de esta disposición es dudoso. Por un lado podría significar que a las normas de un tratado regularmente ratificado o aprobado (la nueva Constitución distingue terminológicamente entre autorización a la ratificación y aprobación, a pesar de que el órgano autorizante sea en ambos casos el Parlamento: v. arts. 53 y 54) debe reconocérsele eficacia superior a la de las leyes sólo cuando todos los demás Estados firmantes atribuyan, por su parte, este mismo valor al tratado en el seno de sus respectivos ordenamientos. Bastaría, pues, que uno solo de los demás Estados firmantes haya adoptado un régimen constitucional diferente para que el artículo 55 no pueda encontrar aplicación y la eficacia interna del tratado decaiga, en consecuencia, al nivel de las leyes ordinarias. El art. 55 podría explicarse, sin embargo, de forma diversa, es decir, sosteniendo que la eficacia de los tratados en el ordenamiento francés (siempre que, obviamente, se trate de acuerdos multilaterales) vendría a escindir-se según se considere de un lado la relación que se instaura entre Francia y los firmantes que hayan adoptado en su ordenamiento una cláusula que se corresponde con la del art. 55, o bien, de otro, la relación con los firmantes que hayan adoptado una solución diferente en cuanto al problema de la eficacia interna de los tratados en su derecho positivo. De este modo, en el primer caso debería reconocerse al tratado la particular eficacia del art. 55 y en el otro no.

El problema se plantearía en los mismos términos incluso si la expresión *application pour l'autre partie* se entendiera en el sentido de que la prevalencia de las normas, dadas en ejecución del tratado, sobre las fuentes internas, resulta subordinada al hecho de que el mismo tratado haya recibido aplicación en los demás Estados firmantes. En efecto, la posición de una norma disconforme con el tratado, en el ordenamiento interno de otro firmante, podría construirse fácilmente como una hipótesis de falta de aplicación del tratado, e incluirse entre las circunstancias que, *ex art. 55*, excluyen la prevalencia de este último sobre las leyes ordinarias francesas, cuando, siempre en virtud del ordenamiento de otro Estado firmante, la ley ordinaria estuviese en condiciones de extinguir la eficacia interna del tratado. En otros términos, es correcto presumir que el tratado es aplicable en los ordenamientos que hayan adoptado una disposición correspondiente con el art. 55¹ y que, por el contrario, puede no aplicarse en los sistemas en los que no esté prevista la subordinación de la ley ordinaria a las normas ejecutivas del tratado. Una vez ad-

Es evidente, sin embargo, que esta tesis se podría mantener, en tanto los motivos inspiradores de nuestra adhesión a la organización internacional se mostraran compatibles o incluso conexos con los rasgos

mitido que el art. 55 se refiere más a la aplicación concreta del tratado que a la enunciación abstracta del principio según el cual la eficacia interna del tratado es superior a la de las leyes, en los ordenamientos de los otros firmantes, permanece la duda de si tal referencia debe lógicamente extenderse a *todos* los ordenamientos de los demás Estados firmantes o si el constituyente, como decíamos a propósito de otra posible interpretación antes indicada, ha querido escindir los efectos internos del tratado, atribuyéndole fuerza superior a la de las leyes sólo cuando se toman en consideración las relaciones entre Francia y las partes que haya provisto hacer plenamente operantes en la esfera de su propio ordenamiento las mismas normas pactadas que es necesario aplicar en el ordenamiento francés.

Esta relatividad o escindibilidad de los efectos del tratado se pondría de relieve simplemente para determinar la posición que las normas contenidas en él ocupan en el sistema de fuentes del derecho interno; es absolutamente independiente del hecho que el contenido del tratado, en cuanto acto multilateral de derecho internacional, sea "escindible" en el sentido que, cuando las partes firmantes así hayan acordado, incluso mediante reservas, los derechos y deberes de algunos de ellos son distintos de aquellos de los demás (*cf.* sobre este último problema Kelsen, *Principles . . . cit.*, p. 333, y, sobre las reservas, últimamente Vitta, *Le riserve nei trattati*, Turín, s. f. (1975). Sobre las características estructurales de la eficacia que deriva para las partes del acuerdo y sobre la diversidad de la misma respecto al esquema típico del contrato, consúltese Korrmann, *System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte*, Berlín, 1910, pp. 42 y ss.). De las dos tesis antes indicadas la más restrictiva que subordina la aplicación de la cláusula de reciprocidad a la circunstancia de que todos los demás firmantes hayan adoptado una misma regulación, parece que responde mejor a la actitud de cautela que obviamente ha inspirado al constituyente de 1958 al limitar o revisar el régimen y las innovaciones, en apariencia audaces, que la vieja Constitución había sancionado respecto a la eficacia interna de los tratados (v. no obstante las amplias y documentadas observaciones de Preuss L., "International Law in the French Constitution", en *AJIL*, 1950, pp. 658 y ss., quien duda que el art. 28 de la Constitución francesa haya modificado sustancialmente el régimen preexistente). Otro síntoma de esta nueva orientación del constituyente podría encontrarse en el art. 54 del nuevo texto constitucional, que atribuye al consejo constitucional —modelado sobre el comité constitucional del viejo ordenamiento, pero dotado de competencias más amplias y reguladas de forma más detallada— el control preventivo de la constitucionalidad de los tratados, requiriendo explícitamente la forma de ley constitucional para la ratificación o la aprobación de aquellos acuerdos que, a juicio del consejo, impliquen modificación de la Constitución. *Cfr.* Cocatre Zilgien, "Constitution de 1958, droit international, relations étrangères et politique étrangère", en *AFDI*, 1958, pp. 650-651 (para la tesis según la cual el control preventivo de la constitucionalidad de un acuerdo internacional siempre que, en este último caso, la ratificación del tratado, cuya constitucionalidad se duda, deba darse por ley (*cf.* art. 53); para cualquier indicación sobre la diferencia, en general, entre el art. 28 de la Constitución francesa de 1946 y el art. 55 de la actual, así como sobre los significados posibles de la cláusula de reciprocidad introducida en este último artículo (p. 647 y allí nota 3). Semejante disposición faltaba en la Constitución de 1946; y más bien debería considerarse incompatible con el art. 28, si este último se hubiese interpretado en el sentido de que a los tratados debía atribuírseles eficacia incluso superior a la de las leyes constitucionales de la

esenciales y característicos de nuestro régimen, tales como el carácter democrático de la Constitución o el respeto de los derechos individuales.³¹

Se debe añadir que por este camino se acaba por adscribir a la Constitución, en sentido material, una serie de principios que pueden no coincidir con las normas de adaptación al derecho internacional general, de las que se ocupa el artículo 10. Así, de un lado excederían efectivamente de la Constitución material aquellas normas que contrasten con los principios inspiradores del artículo 11: por ejemplo, las normas

propia Constitución. Se diría que el constituyente de 1958 ha tenido en consideración las discusiones bastante vivas que, en la cuarta república, habían precedido al examen en el Parlamento de ciertos tratados, por ejemplo del que instituía la CED y que habían inducido a parte de la doctrina a sugerir un sistema más adecuado de control preventivo de la constitucionalidad de los tratados. (Cfr. sobre estos problemas Scelle, "De la prétendue incostitutionnalité interne des traités", en *ReDP*, 1952, pp. 1011 y ss.). Pero también podría sostenerse que la adaptación de la cláusula de reciprocidad se explica técnicamente bastante mejor si opera en relación a cada uno de los demás firmantes y no respecto a estos últimos en conjunto. Es interesante poner de relieve las divergencias entre las dos redacciones que han precedido al texto definitivo del art. 55. Mientras el proyecto preliminar se limitaba a enunciar la prevalencia del tratado sobre la ley "sous réserve, dans chaque cas, de réciprocité", el comité consultivo constitucional había propuesto sucesivamente la siguiente enmienda: "La disposition (el principio de prevalencia del tratado sobre la ley) qui précède ne peut être opposée par les États étrangers qui ne respectent pas ce principe." Aunque la versión final está lejos de eliminar la dificultad del intérprete, parece que ésta tiene al menos el mérito de una mayor claridad respecto a esta última formulación. Tomada al pie de la letra, la enmienda antes citada habría podido sugerir o avalar la tesis (en realidad poco acorde con la idea de la supremacía del tratado, que ha quedado inalterada en las elaboraciones sucesivas del texto constitucional), según la cual cada uno de los artículos internacionales contemplados por el art. 55, contiene implícita y necesariamente una reserva que tendría como consecuencia aquella de exonerar a Francia —advértase a nivel de derecho internacional— de la observancia de aquellas normas convencionales a las que los demás firmantes no reconocen, en sus propios ordenamientos, eficacia inderogable de las leyes ordinarias.

Así entendido, el criterio de reciprocidad además de servir para individualizar la eficacia interna del tratado, valdría para precisar los límites dentro de los cuales subsiste la obligación internacional del Estado. (Diseños preliminares y texto definitivo de la nueva Constitución francesa se encuentran en Prelot, *Pour comprendre la nouvelle constitution*² (Études et documents), s.f. (1959): para los precedentes legislativos del art. 55 cfr. pp. 140, 141, 143.) Es evidente, desde luego, que la Constitución francesa es todavía demasiado reciente para que se pueda obtener de los comentarios de la doctrina o de las orientaciones de la práctica la solución de los problemas a los que nos hemos referido.

³¹ La inmodificabilidad del art. 11, p. 1, ha sido sostenida también recientemente por Bon (*op. cit.*, pp. 116 y ss.) y considerada como solución posible por Stendardi, *op. cit.*, p. 45.

que presuponen e incluso disciplinan la guerra como instrumento de solución de las controversias internacionales.³²

De otro lado, la citada tesis termina atribuyendo valor superconstitucional a aquellas normas que, en la esfera del derecho estatal, dan ejecución a los tratados constitutivos de las organizaciones internacionales, del tipo previsto en el artículo 11. En otros términos, esta tesis lleva a resultados que exceden los límites de nuestra investigación, la cual consiste, exactamente, en determinar el rango de las normas introducidas mediante el artículo 10. Desde esta última formulación de la tesis antes indicada (es decir, la transportación de sólo algunos de los principios contenidos en el artículo 10, al plano de la Constitución en sentido material) puede surgir, en cierto modo, la ocasión para una útil puntualización.

La afirmación según la cual el artículo 10 contiene normas superconstitucionales es susceptible de varias graduaciones.

Un primer significado podría ser que, reconocida al artículo 10 la naturaleza de norma superconstitucional, se debe necesariamente sostener que tal eficacia trasciende también a cada una de las normas que encuentran la propia fuente en el artículo 10, en cuanto este último contiene una norma sobre la producción.

Ahora bien, la inmodificabilidad del contenido de las normas de adaptación se podría sostener sólo a condición de demostrar que nuestro constituyente al formular el artículo 10 ha pretendido referirse a las normas existentes, ya cristalizadas, por decirlo de algún modo, en un momento histórico determinado. Sería pues necesario excluir la posibilidad de modificación de estas normas, según las variaciones que las normas en cuestión pudieran sufrir como consecuencia de los hechos de producción del ordenamiento internacional.

Es obvio sin embargo que la tesis, así formulada, tropieza con la objeción que significa el entendimiento del artículo 10, como función de adaptación del ordenamiento interno también a las sucesivas variaciones de las normas internacionales: e implica consecuencias no sólo excesivas sino contrastantes con la exigencia de la que parte. No se puede, de hecho, sostener que la conformidad del ordenamiento inter-

³² Cfr. Balladore Pallieri, *Diritto bellico*,² Padua, 1954,, p. 44. Sobre las limitaciones del recurso a la guerra. V., entre muchos, Kelsen, *Teoria generale...*, cit., pp. 336 y ss. (con particular referencia al problema del *bellum iustum*). Para observaciones más generales acerca de la exacta individualización del concepto jurídico de guerra cfr. Stone, *Legal Control of International Conflicts*, London, 1950, pp. 24 y ss.; Sacwarzenberger, *Power Politics*, New York, 1951, pp. 504 y ss., Romano, *Frammenti...*, cit., p. 221.

nacional constituye una exigencia a la que permanece vinculado incluso hasta el órgano de revisión constitucional y limitar, al mismo tiempo, esta afirmación negando que el artículo 10 pueda referirse a las normas internacionales que van naciendo sucesivamente.

Lo que debería ser la máxima garantía constitucional, la elevación del artículo 10 por encima de las otras fuentes del ordenamiento jurídico, se traduciría así, concretamente, en un instrumento inadecuado, no idóneo para producir una adaptación completa y continua al derecho internacional.

Sería más correcto —siempre que se parta de la tesis en cuestión— afirmar que, mediante el artículo 10, se eleva al nivel superconstitucional el principio de la prevalencia de las normas internacionales sobre las normas internas y no el contenido de cada una de ellas.³³ En otros términos, las normas de adaptación, aunque estén sustraídas al procedimiento de revisión constitucional, estarían igualmente sujetas a la posibilidad de una modificación y, precisamente, serían modificables en relación con los cambios de las normas internacionales traídas a colación.

A este mismo resultado se puede llegar igualmente sin por ello tener que sostener que el artículo 10 es una norma superconstitucional. Admitido que las reglas de adaptación se modifican en virtud del mecanismo previsto por el artículo 10 apenas se dé un cambio de las normas producidas por hechos normativos que son objeto del reenvío, no hay necesidad alguna de excluir, como implicaría en todo caso la tesis de la que venimos hablando, que aquéllas permanezcan sustraídas al procedimiento de revisión constitucional. Se puede de hecho sostener,

³³ Análogo orden de problemas surge en relación con el art. 7 de la Constitución. En efecto hay quien sostiene que el constituyente se ha limitado a constitucionalizar el principio según el cual las relaciones entre el Estado y la Iglesia deben ser reguladas por medio de un concordato y no unilateralmente por el Estado —el llamado “principio concordatorio”—. De ahí se desprende que el carácter de norma constitucional no se extendería a cada norma del Concordato, individualmente considerada. *Cfr.*, en este sentido, Mortati, *Istituzioni*³⁵ . . . , *cit.*, pp. 993 y ss., en el sentido de que el art. 7 ha elevado al rango de principios fundamentales, que actúan como límite al legislador ordinario, “los principios informadores” de los pactos; v. Virga, *Diritto costituzionale*,⁴ *cit.*, pp. 679 y ss. (*cfr.* pp. 336 y ss., nota 75).

Se llegaría a idénticas consecuencias si se afirmase, formulando de manera distinta la tesis expuesta en el texto, que el art. 10 ha pretendido conferir una eficacia especial —en este caso una eficacia superior a la de la misma Constitución— al conjunto o al sistema de las normas de adaptación al derecho internacional general, y no a cada una de ellas. Planteada la cuestión en estos términos, se admitiría la modificación sólo de ésta o aquella norma de adaptación que no afectara al conjunto de las demás normas.

para adoptar una expresión difundida ya en la doctrina, que se da aquí una figura de revisión implícita o tácita de la Constitución³⁴ que se sobrepone, pero no sustituye, al procedimiento de revisión constitucional. Esta conclusión resultará más claramente del análisis de las otras soluciones que el problema del valor de las normas de adaptación ha recibido en la doctrina y de las que ahora nos debemos ocupar.

3.b) *Demostración de la tesis según la cual las normas introducidas por el artículo 10 tienen la misma eficacia que las normas constitucionales*

Las otras construcciones del artículo 10 que quedan por examinar pueden formularse en estos términos. Excluido que dicho artículo, o las reglas que él introduce en el ordenamiento interno, tengan valor de normas superconstitucionales, se debería pensar que el intérprete se encuentra en la situación de tener que decidirse por esta alternativa: ¿Se sostiene que las normas introducidas mediante el artículo 10 se colocan al mismo nivel que las normas constitucionales, o bien que adquieren la eficacia y el valor que tendrían si fueren puestas en vigor,

³⁴ Cfr. La Pergola, *Note sull'esecuzione...*, cit., p. 33, nota 44, para indicaciones bibliográficas sobre las tesis que acogen o sobreentienden la configuración de los procedimientos del ordenamiento designado, como procesos productivos "fungibles" o equivalentes a aquellos del ordenamiento que reenvía.

Para una observación sobre la asimilación de la costumbre al derecho introducido mediante reenvío a otros fenómenos de producción jurídica, que es el resultado no de *actos* sino de *hechos*, cfr. Mortati, *Istituzioni*⁵ . . . , cit., p. 913. Para una referencia al *treaty making power* como fuente de revisión implícita de la Constitución cfr. Grottanelli de'Santi, "La delimitazione dei poteri federali e statuali e la giurisprudenza della Corte degli Stati Uniti", en *RTDP*, 1958, pp. 541 y ss.; Pierandrei, "La Corte Costituzionale e 'la modifichie tacite' della costituzione", en *FP*, 1951, IV, pp. 185 y ss., con especial referencia a las derogaciones consuetudinarias; Pugliatti, "Abrogazione", en *ED*, Milán, 1958, p. 151; Biscaretti di Ruffia, "Sull' 'agganciamento' ad altri ordinamenti giuridici di taluni 'limiti' della revisione costituzionale", en *Studi di diritto costituzionale in memoria di L. Rossi*, Milán, 1952, esp. pp. 33 y ss. En general, sobre el problema de la revisión implícita del contenido del acto normativo, cfr., en relación con la cláusula de la nación más favorecida, Morelli, "Norme dispositive di diritto internazionale", en *RDI*, 1932, p. 486; Sperduti, *La produzione di norme...*, cit., pp. 47 y ss., para una clasificación de las figuras de modificación automática de las normas del ordenamiento que reenvía, en los distintos tipos de conexión entre ordenamientos, llevada a cabo mediante reenvío. Cfr., sobre una interesante relación entre adaptación automática, limitación a la soberanía prevista por el artículo 11 de la Constitución, y "elasticidad" de la Constitución, Chiarelli, "Elasticità della Costituzione", en *RTDP*, 1952, pp. 332-333; Pergolesi, *Rigidità ed elasticità della Costituzione italiana*, en *Rendiconto delle Sessioni dell'Accademia delle Scienze dell'Istituto di Bologna* (Classe di Scienze Morali), VIII, Bologna, 1960, pp. 24-25 del extracto.