

PRÓLOGO

1. La traducción de la presente obra en lengua castellana ha sido promovida por la Universidad Nacional Autónoma de México, gracias al interés del ilustre amigo Jorge Carpizo, director del Instituto de Investigaciones Jurídicas. Quisiera, por lo tanto, expresar mi más grata y sincera estima por esta generosa iniciativa, así como por la obra de los traductores, José Luis Cascajo y Jorge Rodríguez-Zapata: dos ilustres juristas, muy queridos y cercanos a mí desde que los conocí, en Bolonia, en el inolvidable Colegio de España. Tanto uno como otro han cumplido su trabajo con conmovedor empeño, amén de con los recursos de quien domina perfectamente la materia. Gracias a la traducción española, tengo por mi parte el privilegio, que tanto me honra, de conocer también el ambiente de los juristas de América Latina y de la prestigiosa sede mexicana de la que tengo directo y admirado conocimiento. Sin embargo, sé positivamente que me dirijo a estudiosos que siguen con amplio y constante interés la doctrina europea. Por esto aprovecho la ocasión para introducirles en la lectura del texto con las observaciones desarrolladas a continuación sobre los criterios y las líneas maestras de lo tratado. Algunas reflexiones me han sido sugeridas por mi actual experiencia de miembro de la Corte Constitucional italiana, a menudo encargada de cuestiones que se refieren a la aplicación del derecho internacional en el ordenamiento interno.

2. Publicada en 1961 con el título *Constitución y adaptación al derecho interno del derecho internacional*, la obra había sido ya terminada, en edición provisional algunos años antes. La problemática, objeto de mi investigación monográfica, todavía tenía que ser, en aquella época, organizada sobre la base de la vigente Constitución italiana que se remonta a 1948. Esta carta fundamental es del tipo rígido y abarca la materia que he considerado bajo múltiples aspectos. Lo mismo puede decirse de otras constituciones coetáneas, como, por ejemplo, la Ley fundamental de Bonn. Inmediatamente después del último conflicto mundial florece, en efecto, un nuevo e intenso momento del *constitution-making*. Descubierta nuevamente el valor de la “racionalización del poder”, inspiradora de no pocas constituciones entre las dos guerras, se persigue también la exigencia, puesta ya de manifiesto por los grandes ingenieros constitucionales de los años 20, de introducir en los esquemas del texto fundamental las relaciones entre el ordenamiento

interno y el derecho de gentes. De esta manera el Estado adquiere un perfil decididamente internacionalista. Esta perspectiva desvela a los estudiosos una gran cantidad de problemas, y el más delicado e importante de éstos es el de establecer qué garantías, en el sistema de la Constitución rígida, exige el cumplimiento de las normas internacionales. ¿La ley ordinaria está vinculada al respeto de estas normas? ¿Si es emitida en violación del límite configurado de esta manera, está sujeta a un cierto control de constitucionalidad? He aquí, en mi opinión, el punto en el que el tema, como suele decirse en Italia, de la “adaptación” —a saber, de la eficacia otorgada al derecho internacional en la esfera del Estado—, se enfoca bajo la lente del constitucionalista. El problema del control de constitucionalidad, al que ahora aludía, es considerado —casi no hace falta añadirlo— con exclusiva atención a cuanto dispone a este respecto el ordenamiento positivo. Éste puede ser resuelto por el intérprete sólo después de haber reducido cumplidamente a sistema los datos que ayudan a la construcción del fenómeno. Para alcanzar este resultado, precisamente, es necesario haber definido la función y la tipología de la adaptación; además, es necesario haber establecido si las normas internacionales se aplican en el orden interno “en cuanto tales”, o si por el contrario adquieren eficacia interna mediante la producción de las correspondientes normas estatales, con la ulterior consecuencia de que, entonces, debe ser identificado el rango de esas últimas normas en la jerarquía de las fuentes. Los cuatro capítulos de la obra están, en el orden lógico en que los he expuesto, reservados respectivamente a los temas antes mencionados. En el texto, y más ampliamente en las notas a pie de página, he tenido en cuenta hasta donde era posible, otros ordenamientos, diferentes del italiano, pero igualmente relevantes, desde varios puntos de vista, para el desarrollo y la comprobación de mis tesis. El derecho comparado, como se sabe, es útil de una manera especial para esclarecer los nexos entre las disposiciones internacionalistas y el orden característico de la Constitución rígida y racionalizada; y de este preciado auxiliar metodológico me he servido después en otro trabajo: “L’art. 10, comma secondo, della Costituzione italiana ed i controlli di costituzionalità”, en *Giurisprudenza italiana* de 1936, pp. 777 y ss., sacando la inspiración de una sentencia de la Corte Constitucional italiana para desarrollar e integrar las observaciones del cuarto capítulo. De cualquier modo tengo que precisar que cuando ha aparecido la presente monografía la Corte Constitucional tenía, en Italia, pocos años de experiencia. Existía sólo, por decirlo de alguna manera, un primer brote de jurisprudencia constitucional. Pocas sentencias tocaban directamente la materia internacional. Por el contrario, hoy día hay un cuerpo nutrido que ha estimulado, a su vez, copiosas investigaciones científicas con especial atención a algunos sectores del derecho internacional convencional. Me refiero a los tratados institutivos de las

Comunidades Europeas, a la normativa que deriva de ellos, así como al sistema convencional referente a los derechos fundamentales del hombre. En la economía del trabajo los problemas planteados por la adaptación a estas fuentes, no revisten por lo tanto la importancia que merecerían en el estado actual de la doctrina. Por otra parte, no habría podido —con respecto a éstos, o a otros aspectos más generales del tema— actualizar el texto con el material bibliográfico y jurisprudencial más reciente. La obra ha suscitado, en efecto, en la literatura científica posterior, un eco francamente superior a mis previsiones. No obstante, confío que —también con la estructura y concepción originarias, sin adiciones o apéndices, que serían incompatibles con las exigencias de la presente traducción— conserve un interés actual para el público de lengua española. Las conclusiones a las que he llegado rigen todavía, a mi parecer, en buena parte, en el banco de pruebas de la jurisprudencia constitucional. Y por mucho que me interese una madura y extensa reflexión de las críticas o de las adhesiones de otros escritores, me inclino, sin embargo, a mantener firmes mis tesis, por lo menos en su núcleo esencial. Quede claro que no querría pecar de presunción. Me sea permitido por lo tanto explicar más de cerca, como mejor pueda, las razones por las que sigo juzgando correcta la sistematización que he dado al fenómeno en el presente libro.

3. Un primer hecho destacado —si vuelvo a considerar la época y el contexto de la elaboración doctrinal en el que se inserta mi investigación— es que el estudio de la adaptación había sido hasta entonces, si no de exclusiva asignación, principal mérito de los internacionalistas. También, después, las contribuciones aportadas al tema por los cultivadores de esta disciplina han sido amplias y considerables. Pero, paralelamente, se ha difundido un interés interdisciplinario por la materia, ampliamente justificado. Se trata, en fin, de investigar cómo las normas internacionales reciben ejecución en el ordenamiento del Estado. Aunque sólo fuera por lo ilimitado del posible contenido de tales normas y por su creciente volumen en derecho convencional, el problema interesa necesariamente a teóricos y prácticos de muchas ramas del derecho. Las investigaciones de los internacionalistas conservan, con todo esto, un merecido título de prioridad, por haber dispuesto el terreno y forjado el método de toda investigación que tenga por objeto las relaciones entre ordenamientos. Mi mismo análisis parte precisamente de algunas premisas, que considero verdaderos fundamentos de las doctrinas elaboradas en su tiempo por la insigne escuela italiana de derecho internacional. A continuación hago una rápida exposición de estos fundamentos:

a) El criterio de exclusividad, en virtud del cual las normas de otros ordenamientos originarios, diferentes del ordenamiento estatal, que en cada caso es tomado en consideración por el intérprete, no adquieren

relevancia como tales normas, sino que permanecen relegadas al plano del hecho;

b) La configuración del reenvío como mecanismo de producción jurídica. Según el resultado de este esquema conceptual, también es una norma sobre las fuentes aquella disposición del derecho interno, la cual, de una vez para siempre, hace operante el derecho internacional —consuetudinario o convencional— en la esfera del Estado. En el ordenamiento italiano, tal es el caso del artículo 10, apartado segundo, de la Constitución, que se refiere únicamente a las normas “generalmente reconocidas” del derecho internacional. Análogos dispositivos se encuentran en la Constitución austríaca (artículo 9), alemana (artículo 25) y, entre las que ya no están en vigor, en las Constituciones de Weimar (artículo 4) y de la segunda república española (artículo 7). Función de tales normas es la de conectar a los procedimientos de producción, modificación y extinción, de las normas internacionales que se contemplan en ella, la idoneidad —y como ha sido precisado autorizadamente por otros estudiosos, la cualidad de “hecho idóneo”— para verificar la producción, modificación y extinción de las correspondientes reglas internas en la esfera estatal;

c) La clasificación de las técnicas de adaptación en tres figuras 1. el procedimiento automático, que exige un dispositivo del tipo recordado en b); 2. el procedimiento especial, como se pone de manifiesto en la práctica italiana, con especial referencia a los tratados; 3. el procedimiento ordinario, que se concreta en la emanación, por parte de los órganos estatales, del acto exigido por el derecho interno, según sus reglas constitucionales de competencia, para la regulación de la materia, a que se refiere la norma internacional.

Todos los esquemas doctrinales hasta ahora puestos de manifiesto se encuadran, precisando más, en la concepción “dualista” o “pluralista”, la cual configura el ordenamiento internacional y el interno como distintos, con lo que se contrapone al conocido monismo kelseniano. Por mi parte, no me ocupo directamente de la *vexata quaestio* de las relaciones entre los ordenamientos. Me remonto a la solución dualista y presupongo su validez como *frame of reference* para la investigación del derecho positivo que me he propuesto. Pero respecto a esto había un punto que necesitaba ser aclarado y he intentado hacerlo. El campo en el que nuestra materia interesa más directamente a los cultivadores del derecho constitucional tenía que ser liberado de algunas preocupaciones teóricas, tan difundidas como irrelevantes. Me refiero a la opinión según la cual el problema de la adaptación es exclusiva invención de los dualistas, mientras que, en el ámbito del opuesto sistema kelseniano, no sería ni siquiera concebible. Baste recordar la dicotomía *adoption-transformation*, empleada por no pocos estudiosos para trazar la siguiente discriminación: por un lado estaría la lógica del monismo, para

la cual el derecho internacional es directamente aplicable por los órganos del Estado, y por esta razón es adoptado, no de una manera diversa de como lo serían las normas pertenecientes al mismo ordenamiento interno; por otro lado, está la teoría dualista, que, por el contrario, subordina la eficacia interna de la norma internacional a la emanación de un acto adecuado, en virtud del cual esta norma es transformada en una identidad normativa correspondiente del ordenamiento estatal, de otra manera impenetrable por los preceptos de cada diferente y extraño ordenamiento. Pero un criterio de discriminación semejante sería admisible sólo si Kelsen y sus discípulos hubieran conseguido demostrar que la dependencia del ordenamiento interno del derecho internacional —o la situación contraria, para los monistas que postulen la primacía del derecho interno— tenga como consecuencia necesaria la de asegurar la eficacia automática, además de, y antes incluso que, la prevalencia de las normas de un ordenamiento dentro del otro. Sin embargo, no es así. El maestro vienés censura la teoría de la transformación como una inútil construcción dogmática, superpuesta a la realidad del fenómeno por la óptica deformante del dualismo. Pero es evidente que, tanto para una como para otra escuela, el ordenamiento interno del Estado es siempre el que tiene que determinar los mecanismos por los que se atribuye eficacia al derecho internacional en el seno del ordenamiento interno. Esta afirmación está puntualmente justificada en el texto. Si me refiero aquí a ella, es sólo para poner de manifiesto cómo la exigencia de explicar y estudiar las opciones adoptadas por los legisladores, y a menudo por los mismos constituyentes, en el tema de la adaptación, surge independientemente de las preferencias teóricas que el intérprete quiera asumir sobre las relaciones entre derecho interno y derecho internacional. Ciertamente, monismo y dualismo permanecen irreductiblemente opuestos, por lo menos, en los términos, para entenderlos, en los que son concebidos por Kelsen desde la perspectiva de la doctrina, y por Triepel o, en Italia, por Anzilotti, desde la otra. No obstante, esto no quiere decir que el constitucionalista, cuando se ocupa de la adaptación en su terreno, tenga que ceder a la fácil sugestión de leer las prescripciones del derecho positivo, sea en clave monista, sea en clave dualista, para deducir la confirmación de una tesis o la refutación de la otra. Así hace quien, en nuestro caso, cambia el texto fundamental por el espejo del propio sistema teórico. Pero los datos normativos que aquí se ponen de manifiesto resultan, como afirma la experiencia, igualmente compatibles tanto con la teoría que niega, como con la que afirma la *reductio ad unum* del derecho internacional y del derecho interno. Las soluciones dualistas que he utilizado referentes a la adaptación corresponden a otras, con las que, en el opuesto sistema del monismo, se define, cambiando solamente la óptica del intérprete, el mismo fenómeno. Por lo tanto, no es una ca-

sualidad que, aunque sean diversas las premisas teóricas, los resultados de las dos escuelas coinciden, en la construcción del derecho positivo, para lo que aquí nos interesa. La opción entre dualismo y monismo, permanece en este sentido “neutral”, ante la respuesta que ciencia y técnica de la Constitución pueden dar a nuestro problema. Esta conclusión, que yo sepa, no ha sido erosionada por la doctrina más reciente. Además, permite liberar el campo en el que situó el problema, bajo el ángulo visual del constitucionalista, de las audaces pero infructuosas interferencias en la teoría de los ordenamientos, que, a menudo, había condicionado el acercamiento a nuestro tema de los cultivadores del derecho positivo. No obstante, sobre este punto tendré que insistir más adelante, por lo que concierne a las relaciones entre el derecho de las Comunidades Europeas y el de los Estados miembros.

4. Todo cuanto he observado anteriormente sirve para aclarar mejor ahora otro criterio-clave de mi obra. La tesis del reenvío a los hechos productivos del ordenamiento internacional, que he aceptado en relación con la adaptación automática, y la definición de ésta y de los dos tipos restantes de la adaptación, especial y ordinaria, eran ya valores adquiridos por la doctrina internacionalista italiana, antes de la entrada en vigor de la presente carta fundamental, bajo el imperio del Estatuto Albertino: este último, añadimos rápidamente, representaba una Constitución bastante diferente de la actual, sobre todo, porque era flexible y no rígida. Por lo tanto, la doctrina había sistematizado la materia dentro de los esquemas de los procedimientos normativos cuando el grado de potencialidad de la ley ordinaria todavía no encontraba los límites, introducidos sólo más tarde por la carta republicana. En aquel ordenamiento, la jerarquía de las fuentes se limitaba a una bipartición lineal de impronta decimonónica:

La ley formal (o el acto a ésta equiparado, como el decreto-ley y la ley delegada) ocupaba el plano más elevado de la producción normativa; por su parte, el reglamento constituía la fuente subordinada a la ley. Los tres tipos de la adaptación antes descritos, podían ser, por lo tanto, instituidos y hechos operar mediante ley; también, el procedimiento, que se define como automático, cuyo mecanismo exige la instauración de una norma sobre las fuentes. En régimen de Constitución flexible, una norma del tipo ahora aludida encuentra efectivamente una idónea colocación en la ley ordinaria, así como en el texto constitucional; y tal, sin mencionar otro, es el caso de las llamadas normas de colisión o de derecho internacional privado —también ellas, normas sobre la producción—, establecidas en los códigos y dirigidas a delimitar la esfera de aplicación de la ley nacional respecto a la extranjera. Donde, por el contrario, la Constitución es rígida, se tiene que considerar por pura lógica que la adaptación automática es una materia reservada siempre a la previsión de un precepto constitucional.

Ahora bien, las consecuencias del principio de rigidez son de evidente importancia desde nuestro punto de vista. Los procedimientos de adaptación, que figuran en la tipología de la doctrina internacionalista, se distinguen, según el derecho constitucional, también en base a la esfera de aplicación que se les consiente. En Italia, la adaptación automática está directamente prevista en el texto constitucional y concierne sólo al derecho internacional general, excluyendo el convencional. Cualquier otro modo de adaptación se deja a la ley ordinaria y tiene que ser verificado teniendo en cuenta los límites que corresponden a esta fuente. La orden de ejecución de los tratados, contenida en la ley, no puede, por lo tanto, generalizar una adaptación completa y continua, como es la de tipo automático que opera también en relación a los hechos modificativos de las normas convencionales que se tienen que ejecutar. Aún más: la adaptación al derecho internacional público está sometida a las trabas de la Constitución, mientras que el reenvío correspondiente al derecho internacional privado se rige por el Código, y la norma que lo configura es modificable con el común procedimiento legislativo, aunque provea, no diversamente de la norma reguladora de la adaptación automática, a organizar la creación del derecho, expresándose, a igual título, como norma sobre las fuentes. Es éste un doble régimen del reenvío, que está en el Código o en el texto fundamental, según si el ordenamiento designado es el de un Estado extranjero o de la comunidad internacional, y corresponde, se podría decir, a esta doble perspectiva: la norma de derecho internacional privado se coloca en una esfera que todavía pertenece residualmente a la soberanía de la ley, mientras la producción de adaptación cae bajo los vínculos que subordinan a la Constitución los demás procesos productivos del derecho. Existe un criterio que en un caso es de apertura y en el otro de taxativo rigor, en cuanto a los límites que circundan la producción del *Recht über Recht*. Este desdoblamiento de la función de la ley encuentra su justificación en el cuadro de las concepciones productivistas del reenvío. El órgano de la revisión constitucional mantiene el monopolio de la instauración y de la disciplina de las fuentes, cuando se trata de adecuar el ordenamiento interno a exigencias que, inherentes como son a la subjetividad internacional del Estado, y al ejercicio de los consiguientes poderes, ascienden al plano de la ley fundamental. Otro es el caso del reenvío que toca la materia del Código y de las relaciones privadas.

El sistema que describo vendría a ser, sin embargo, inadecuado, según algunos autores, para las exigencias de aquel moderno Estado internacionalista que el texto constitucional diseña. Cuando la Constitución rígida no ha sancionado y garantizado la adaptación automática a todas las fuentes del derecho internacional indistintamente —respecto a esto se lamenta más de un escritor—, constituye un obstáculo más para

la observancia, en el seno del Estado, del derecho que deriva de estas fuentes. No niego que en opiniones semejantes haya un fondo de verdad. La Constitución rígida representa, en verdad, un sistema tanto de garantías, como de límites. La Constitución flexible ofrece, también, para las finalidades de nuestro fenómeno, ventajas por una parte e inconvenientes por la otra: mayor estabilidad de las soluciones ya adoptadas para tutelar la observancia del derecho internacional, menor facilidad para introducirlas donde, por el contrario, no existen. Estas son, sin embargo, consideraciones de política constitucional y no exigen al intérprete de tener en cuenta el derecho positivo.

A la adaptación, por lo tanto, se provee con los medios comunes de producción del derecho, a no ser que se quieran configurar otros específicos, los cuales, siempre que la Constitución sea del tipo rígido, irán previstos a nivel constitucional, por lo menos cuando esto incida en el número de las fuentes y en la distribución conexa de las competencias entre los órganos legislativos.

Ahora, como anteriormente se ha afirmado, la Constitución italiana no regula la adaptación a los tratados. Lo que explica cómo la atención de la doctrina ha sido solicitada, especialmente en el supuesto de la integración europea, por los problemas que se mueven con referencia a este amplio y creciente sector del ordenamiento internacional. Otros ordenamientos adoptan el criterio opuesto de regular exclusivamente en la Constitución la adaptación al derecho internacional convencional, omitiendo cualquier tipo de referencia a las “normas generalmente reconocidas”. Por lo tanto pongamos atención a los criterios predominantes en los ordenamientos actuales. El constituyente diseña la figura del Estado internacionalista teniendo presente el derecho de gentes en la plenitud de su esfera; pero cuando, por otra parte, se refiere a tenor de lo que expongo a una sola fuente del derecho internacional y no a las otras, he aquí que pone un determinado obstáculo para limitar aquel amplio punto de vista al que quiere reducir el régimen de la adaptación. Es un acercamiento sectorial o selectivo ante el que la doctrina reacciona de una manera diversa. Se han delineado dos tendencias, respectivamente conexas —dirían los constitucionalistas angosajones— con la *broad* y la *strict construction* de la carta fundamental. De esta manera aparecen, en nuestro campo, los dos métodos diversos entre los que la doctrina ha oscilado al leer los textos del constitucionalismo contemporáneo. Algún ejemplo será útil para aclarar mejor cuanto afirmo.

Por una parte, entre los *broad constructionists*, hay quien quiere extender a los tratados el precepto establecido en la Constitución respecto del derecho internacional general, y también quien efectúa la operación lógica inversa, remontándola desde el tratado al derecho internacional general. Otros partidarios de la *broad construction* van en ausencia de un dispositivo de adaptación automático a los tratados, en busca de

puntuales previsiones, sobre las que se pueden apoyar para afirmar, en relación a ciertos tratados históricamente determinados en el mismo texto constitucional, que su eficacia interna es corroborada, o diferenciada, respecto a la de los demás acuerdos internacionales.

En cuanto a la primera hipótesis de *broad construction*, se puede recordar, en la doctrina italiana, la lectura que un autorizado autor, Rolando Quadri, propone con respecto al primer apartado del artículo 10 de la Constitución. Tal precepto se refiere exclusivamente a la adaptación al derecho internacional general; no obstante, Quadri incluye en el ámbito de la previsión el derecho convencional, por considerar que, entre las normas generalmente reconocidas, como textualmente están contempladas en la disposición constitucional, se incluye la norma *pacta sunt servanda*.

El segundo orden de hipótesis reconstructivas se ha producido siempre en el ordenamiento italiano, refiriéndose a la interpretación de los artículos 7 y 10, apartado segundo, constitucionales, los cuales se ocupan, respectivamente, de los Tratados de Letrán y de los tratados relativos a la condición jurídica del extranjero. Mención aparte, en esta segunda serie de ejemplos, merece la jurisprudencia constitucional en el tema de la integración europea. Aquí entra en consideración el artículo 11 constitucional, en el que son autorizadas las limitaciones que, respecto a la soberanía, comporta la *membership* del Estado en el seno de las organizaciones internacionales. La Corte constitucional ha reconocido, en la disposición mencionada, la base constitucional del Tratado de Integración Europea, al que Italia prestó su consentimiento mediante una ley ordinaria. Este precepto constitucional ha sido efectivamente considerado como suficiente para permitir a la ley ordinaria introducir, en ejecución del tratado, las limitaciones de soberanía necesarias, primero para las transferencias de los *jura majestatis* a la organización del Mercado Común, después para la inmediata aplicación en el ordenamiento estatal de las normas por éste emanadas, y, finalmente, para el predominio del derecho comunitario, primario y derivado, sobre las disposiciones internas contradictorias con él. La aceptación de la tesis de Quadri habría justificado la eficacia automática de cualquier tratado y la prevalencia de la producción convencional internacional respecto a la ley interna; con esto disminuiría la necesidad de descubrir algún otro título autónomo que legitime los citados efectos de los tratados comunitarios en el ordenamiento interno. La *broad construction* del llorado internacionalista ha parecido, sin embargo, demasiado radical a la jurisprudencia y a la mayor parte de la doctrina. Algunos de los mismos autores que querrían hacerla propicia, dudan de acoger por entero sus posibles implicaciones. Por mi parte, he creído necesario preferir la tesis opuesta, según la cual el tratado es ajeno al dispositivo de la adaptación previsto en el artículo 10, apartado primero, constitu-

cional: con la advertencia de que el dispositivo del artículo 10, apartado primero, comprende todos los hechos que inciden en la eficacia de las normas generalmente reconocidas, y de esta manera comprende también la abolición de la costumbre por vía convencional.

Por otra parte, hay también un grupo abundante de comentaristas que rechazan las opiniones expresadas anteriormente y otras aperturas semejantes a la *broad construction* del texto constitucional, a propósito de las disposiciones internacionalistas. Las razones de las que se valen estos *strict constructionists* son varias. No obstante, me pregunto si éstas permanecen siempre en los límites del prudente y justificado control de los cánones hermenéuticos. En el terreno de la interpretación se enfrentan efectivamente dos exigencias: garantizar de la manera más eficaz la observancia del derecho internacional; dejar intactas, incluso cuando se navegue en las aguas de este ordenamiento —como dicen los jueces de la Cámara de los Loes en los famosos *Labour Convention Cases*—, los compartimientos estancos, las divisiones existentes en el interior del *ship of State*. Ahora bien, la tarea del constitucionalista es, según mi opinión, la de saber conciliar tanto una como otra instancia en el punto justo. Alguna precisión a este respecto es apropiada, sobre todo por lo que se refiere a la colocación de las normas de adaptación en el sistema de las fuentes.

5. Las normas de adaptación se enmarcan en el sistema de la producción jurídica estatal, según el modo en que se configuran y según el rango que asumen en la jerarquía de las fuentes. En cuanto al primero de estos aspectos, me limito a recordar que en el caso del procedimiento automático, las normas se crean mediante reenvío a la fuente de la que emanan las correspondientes normas internacionales; el procedimiento especial implica, por su parte, que el reenvío incida sobre las normas contenidas en el tratado, al cual se refiere la orden de ejecución, y sobre sus vicisitudes ulteriores, o sea sobre los hechos referentes a esas mismas normas que afectan a su ciclo temporal y a su esfera subjetiva de eficacia. La práctica italiana ya se ha consolidado en el sentido de que la orden de ejecución se inserta, cuando la materia objeto de disciplina exige la intervención del legislador, en la ley emanada para autorizar la ratificación del acuerdo internacional. La adaptación automática se lleva a cabo con reenvío móvil (no a las normas, sino a las fuentes del ordenamiento reenviado), el especial no; tanto uno como otro tipo funcionan sólo para las hipótesis en que la norma internacional se presenta completa en sus propios elementos, y por lo tanto, es susceptible de inmediata aplicación. Por el contrario, este límite de orden estructural no lo encuentra el procedimiento ordinario, el cual, en la esfera reservada a la producción de la ley formal, coincide con el procedimiento legislativo común.

En cuanto al otro problema señalado, la norma de adaptación asume

el rango que se reconoce a su fuente según la capacidad de innovar el derecho preexistente y de resistir a las sucesivas e incompatibles disposiciones del legislador. Se trata de la fuerza activa y pasiva de la ley; tanto una como otra son, en principio, determinadas en base a la forma que reviste el acto en el que la norma está contenida. Este criterio de la eficacia formal puede describirse con una serie de proposiciones: fuerza y forma de ley están conexas; el Poder Legislativo compete exclusivamente al órgano que de él está institucionalmente investido; la ley puede modificar, derogar o extinguir la ley precedente y no puede ser, a su vez, modificada, derogada o extinguida más que por obra de la misma fuente y por ninguna otra de rango inferior. En el fondo de semejantes fórmulas permanece, no obstante, como un prisma de muchas caras, el principio de la separación de los poderes. Bien o mal, el derecho público continental, y especialmente el sistema de la justicia administrativa en ordenamientos como el francés o el italiano, está ordenado basándose tendencialmente en este principio.

Sin embargo, extendido a la normativa de adaptación, el criterio de la eficacia formal perdería el significado que reviste en aquel contexto de orden constitucional, del que él toma origen y fundamento. Los procedimientos del tipo automático y especial son, en cierto sentido, “formas” de actividad o producción legislativa; pero, no obstante, siempre formas diversas de la ley, desde el momento en que, incluso estando previstas, y por así decir “tipificadas” en el texto constitucional, abren el ingreso en el ordenamiento de normas producidas por vías externas al ámbito en el que juegan los presupuestos de la separación de los poderes y de la fuerza de la ley. Diferente es el caso del procedimiento ordinario que desemboca en la emanación de una ley formal. Sin embargo, también aquí se toman en consideración aquellos preceptos de los que la Constitución italiana ofrece algún ejemplo, como antes decía, que impiden que el legislador ordinario varíe lo dispuesto en determinados acuerdos internacionales. Por lo tanto, queda por aclarar el valor de esta particular garantía.

Enfocado el problema de esta manera, las soluciones expuestas en la doctrina fluctúan, una vez más, entre los dos polos de la *broad* y de la *strict construction*.

Consideramos más de cerca el primer tipo de acercamiento. Quien lo adopta valoriza la autonomía de la producción de adaptación respecto al resto de la legislación estatal, hasta el punto de hacer de ella un “sistema” cerrado e intangible desde las otras fuentes internas. Por lo tanto, se mueven en el orden de ideas, hace poco expuesto, también cuantos reconocen la nota relevante del reenvío en la “especialidad” del procedimiento de producción jurídica en el que se concreta, y que sería algo diferente de la especialidad de las normas producidas. Razonando de esta manera, se deduce que es precisamente la técnica del

reenvío la que incide, en nuestro caso, sobre el efecto característico del modo de producción jurídica, en el sentido de que las normas introducidas tengan, *tamquam umbra*, que seguir las mismas vicisitudes que las normas reenviadas. Se añade por esta razón que el cumplimiento de esta función, a la que el reenvío, como fenómeno de producción normativa, está necesariamente vinculado, no puede resultar frustrada siempre que, en el seno del ordenamiento reenviante, sobrevengan disposiciones incompatibles con las introducidas mediante la adaptación. Por esto, existe la convicción de que la ley sucesiva prevalezca, sólo si expresamente ha pretendido derogar las normas de adaptación, desactivando, a tal fin, la relativa fuente de producción.

Ahora bien, semejantes direcciones de la doctrina olvidan que las normas producidas en vía de adaptación son siempre “introducidas”, es decir, “ambientadas” entre los valores normativos del derecho interno. Hasta que se tiene firme esta premisa, no se puede pretender que ellas permanezcan sustraídas a la posible interferencia de las restantes fuentes estatales. Sin embargo, es necesario establecer a *qué nivel* de su jerarquía estas otras fuentes pueden contrastar con la normativa de adaptación. Se añade, también, que no se comprende bien cuál es el título justificativo de la “especialidad”, desde la cual la adaptación sería asistida por el simple hecho de integrar los extremos de la producción mediante el reenvío. La objeción sirve, quiero precisar, para todos los casos en los que un modo productivo de este tipo no está previsto directamente por el texto constitucional. Por ejemplo, se tenga en cuenta la orden de ejecución en la práctica italiana. ¿Sobre qué base las disposiciones del tratado —convertido en eficaz mediante este tipo de adaptación, que no tiene cobertura constitucional— cederían exclusivamente ante modificaciones o derogas expresas, y la ley sucesiva resultaría desposeída de la capacidad, en caso contrario, conexas con su típica *vis abrogans*, de extinguir o modificar también *tacíticamente* la normativa antes vigente?

Una semejante construcción del criterio de especialidad sería más persuasiva, si se tratara de un simple canon hermenéutico, que ayuda al intérprete sólo hasta donde es lícito presumir la conformidad del derecho interno a las obligaciones internacionales. Por el contrario, se habla de la especialidad del modo de producción jurídica. Sin embargo, el problema quizás no ha sido meditado en la doctrina como se necesitaba. Por mi parte, se tendría que reflexionar mejor, siempre por lo que respecta al ordenamiento italiano, sobre el régimen dictado en la Constitución para el caso en que el tratado implique modificaciones de leyes. En efecto, es aquí, y no en otro lugar, donde la práctica de la orden de ejecución puede encontrar algún apoyo en el texto fundamental, del cual resulte, además, justificada la pretendida especialidad del procedimiento. La materia es tomada en consideración por dos pre-

ceptos constitucionales. El artículo 87, octavo apartado, confía al presidente de la República la ratificación del tratado, previa autorización *de las Cámaras*. El artículo 80 establece, por su parte, que la autorización es dada *por ley*. Me pregunto si la expresión *ley* sirva para indicar no la *forma* única del acto legislativo, sino más bien la *ley* en sentido *material*. En este caso, se podría considerar que las Cámaras —después de verificado el control sobre la conducta de los asuntos exteriores— están facultadas, e incluso vinculadas, para emitir las normas de ejecución del tratado, a dictar la ley en sentido sustancial, que recibe en el derecho interno el contenido del tratado con anterioridad respecto al eventual perfeccionamiento y a la entrada en vigor del mismo. Y todo ello en el mismo momento en que las Cámaras prestan su autorización para ratificar; me refiero, por ello, precisamente, a la fórmula de la orden de ejecución, tal como ha sido configurada por la práctica. La solución tendría el mérito de simplificar los procedimientos, evitando una segunda e inútil intervención de las Cámaras para conferir eficacia interna al tratado después de la ratificación, y conferiría a la pretendida especialidad de la orden de ejecución ese seguro fundamento cuya necesidad se advierte hoy día, sobre todo, debemos añadir, ante la afirmación de que los efectos del mecanismo productivo de las normas de adaptación pueden ser rechazados sólo en virtud de una expresa e inequívoca disposición del legislador. Se entiende que la tesis, como la he esbozado, todavía necesita desarrollo y aclaración. No obstante, el punto que, viendo de nuevo el tema, me interesa fijar es que la *broad construction* puede servir perfectamente para justificar y racionalizar los criterios de modificación de procedimiento y al límite de automaticidad de la producción normativa que representan un componente esencial de la adaptación. Pero cualquier tipo de aportación del intérprete a este planteamiento de la problemática tiene que ser atentamente discutido según el resultado de los datos constitucionales.

6. De la exigencia evocada en último lugar son portadores, viceversa, los *strict constructionists*. Al encuadrar las normas de adaptación entre las fuentes estatales, emplean su habitual cautela de intérpretes, presumiendo, también aquí, que la adaptación —hasta donde no está prevista diversamente por disposiciones de rango constitucional— sigue la vía del funcionamiento normal de las fuentes. Ahora bien, la regulación de las fuentes es el núcleo esencial del Estado de derecho y, en definitiva, de todo el ordenamiento que vemos modelado, en gran parte de las constituciones occidentales, bajo la forma de una democracia madura y avanzada. Por lo tanto, ninguno podría negar que con ella se tiene que armonizar todo tipo de prescripción encaminada a asegurar la observancia del derecho internacional. He aquí la razón por la que la actitud de los *strict constructionists* merece, precisamente en relación con el problema que ahora trato, atenta consideración. Si se considera

bien, el *punctum dolens* de la materia, y de la disciplina constitucional a la que ellos querrían someterla, hace referencia, más que a la costumbre interna, al tratado. Aclaremos mejor este punto. El artículo 10 de la Constitución italiana, y de los correspondientes preceptos de las cartas fundamentales de otros Estados, no pretenden, con el reenvío a las normas de derecho internacional generalmente reconocidas, extender la esfera de competencia de esta fuente internacional (y, por lo demás, no lo podrían), ni otorgan competencias a los órganos del Estado. Concebida de esta manera, la previsión que tratamos regula la adaptación sin afectar a la organización constitucional en sentido estricto. Algún reflejo, en punto de competencia interna, puede tener, a lo sumo, la disposición que califica a las normas internacionales “como generalmente reconocidas”. En Alemania, bajo el imperio de la Constitución de Weimar, y últimamente también en Italia, la doctrina se ha preguntado —ante fórmulas de este tipo— si corresponde al Estado manifestar (y eventualmente revocar) el reconocimiento de la costumbre internacional. También se ha discutido si el órgano delegado para esto es el Parlamento, como artífice de un derecho de gentes construido desde abajo, por decirlo así, en adhesión a los postulados del orden democrático. El cuadro se hace, en todo caso, más complejo, cuando se ponen de manifiesto los tratados internacionales. El régimen del acto, en el que se expresa la voluntad del Estado, dirigida a construir el vínculo convencional o a hacerlo operante, afecta, no obstante, al orden de la función legislativa, y puede interferir en la forma de gobierno. Parecidas incidencias serán más extensas y penetrantes para un ordenamiento inspirado en la separación de los poderes o bien estructurado, según los principios del federalismo y de formas estatales análogas que garantizan los poderes de los entes autónomos territoriales frente a los órganos centrales.

Por lo tanto, el tratado ocupa la escena constitucional en cuanto es *acto* jurídico, cuya formación y ejecución concierne a las esferas de varios poderes y necesita una apropiada disciplina que se coloca *naturaliter* en el texto fundamental. Cuando después esté prevista la adaptación automática o incluso la adaptación especial, tanto uno como otro procedimiento son armonizados de tal manera que no hay discontinuidad temporal entre vigencia de la norma convencional en el plano internacional y la eficacia interna de su disposición. Parte de la doctrina considera consecuentemente que aquí se instaura un nexo entre creación y ejecución de la norma internacional, y de ello deduce que los órganos encargados de la formación del acuerdo están implícitamente investidos del poder de hacerlo operante en el interior del Estado, incluso allí donde, a efecto de esto último, se impondría el recurso a una ley. Hay también quien por esta vía llega a construir la hipótesis de un solo y apropiado complejo orgánico, al que se le imputarían todos los

poderes que interfieren en la conducta de los asuntos exteriores. Es una teoría que se remonta a los albores del Estado constitucional. En aquella época, quien le dio una primera y sugestiva formulación fue, efectivamente, Locke. El célebre filósofo británico dedica un espacio, en su sistema científico, al llamado *federative power*, y predica su autonomía respecto de las otras ramas del aparato estatal. Aún queda por demostrar que una concepción semejante pueda adaptarse a la tan distinta realidad institucional del actual Estado democrático. Se entiende que el *strict constructionist* responderá rápidamente que no. Armado de una tenaz unión a su método, este intérprete se inclina por ver cada poder como protegido dentro de sus fronteras; no observa conexiones entre las competencias que los partidarios del *poder exterior* componen, por el contrario, en un esquema unitario; asigna a las disposiciones constitucionales que conciernen a los tratados una doble y distinta esfera de aplicación, según si se pone de relieve el momento formativo o el ejecutivo del acuerdo. Por mi parte, no critico la legitimidad de este punto de vista. Solamente me pregunto si por esto mismo se tiene que considerar como inaceptable la posición de quien, por su parte, encuadra los datos del derecho positivo en la perspectiva distinta del *poder exterior*. Ciertamente, esta categoría autónoma del poder exterior no puede ser concebida como lo había sido en el origen, en el cuadro de una todavía incierta e inestable distinción de los poderes o de la superioridad del Ejecutivo. Si así fuera, se trataría de una tesis seguramente inadecuada incluso para las modernas exigencias de la descentralización, siempre que éstas sean operantes en el ordenamiento constitucional. Pero el *poder exterior* es sólo un esquema construido por el intérprete para imaginar un centro de imputación de las competencias conexas con las relaciones exteriores del Estado. Naturaleza y extensión de las competencias son aquellas objetivamente establecidas por las previsiones constitucionales. Por lo tanto, se tiene que presumir que ellas se concuerdan con la forma de gobierno, de la que el *poder exterior* constituye un rasgo saliente; y, en efecto, así ha sucedido constantemente. En régimen representativo, la dirección de las relaciones internacionales siempre está sujeta al control parlamentario; y ahora ya es una regla, o por lo menos, una neta y consolidada orientación de las democracias occidentales, que, en materia de tratados, las asambleas autoricen, mientras el gobierno decide. Este criterio se ha revelado igualmente compatible con diversas formas de gobierno: omitiendo otras, con el régimen presidencial y con el parlamentario, aunque se tiende a dar importancia al papel codecesional de los órganos legislativos allí donde la iniciativa política corresponde al *Chief Executive*, y a ampliar el margen de maniobra del Ejecutivo, donde, por lo contrario, el gabinete responde ante las Cámaras. Análogo relieve sirve para los Estados federales o descentralizados. El *poder exterior*, si se entiende correctamente, también es

compatible con los ordenamientos de este tipo y aquí puede encontrar perfectamente una colocación racional. Por lo demás, una de las primeras previsiones de la adaptación automática se encuentra en la *supremacy clause* de la Constitución estadounidense, en la que sucesivamente se han inspirado otros ordenamientos federales. En esta cláusula se prevé que los tratados válidamente concluidos por los órganos centrales prevalecen, al igual que las leyes federales, sobre el derecho de los Estados miembros. Más en general, un análisis atento del derecho comparado permite afirmar que a los órganos centrales corresponde concluir todos los acuerdos internacionales, o bien, en otros casos, sancionar y ratificar los acuerdos que los Estados miembros están habilitados para estipular por su parte (limitadamente, la mayor parte de las veces, a las materias de interés local, y, por lo tanto, excluidas del ámbito de las competencias federales o nacionales). Aún más: los órganos centrales casi siempre están investidos de algún título para intervenir en la esfera reservada a cada una de las unidades autónomas —no importa si son Estados miembros o regiones— incluso, por lo que se refiere a la ejecución de los tratados. A este resultado se llega por vías distintas. No hace aquí al caso pasarles revista. Me limito a recordar que alguna vez los órganos centrales tienen el monopolio de las relaciones internacionales, con todas las competencias anexas. Por el contrario, otras veces está prevista la competencia concurrente de las federaciones y de los miembros (o del Estado o de las regiones). Con todo, este último criterio puede expresarse de diferente modo, quedando claro, no obstante, que encuentra aplicación sólo si el acuerdo internacional que hay que ejecutar toca materias atribuidas a los entes territoriales autónomos y no es susceptible de una inmediata aplicación, ya que en esta última hipótesis, la manifestación de voluntad que a él le atribuye eficacia en el ámbito del derecho internacional sería de exclusiva competencia de los órganos centrales en el momento de la ratificación (o bien de la relativa autorización, o aprobación, parlamentaria). Por lo tanto, el dato que importa resaltar es el siguiente: cuando las competencias están repartidas entre el centro y cada una de las unidades autónomas, con el fin específico de la ejecución del tratado, se adopta un apropiado criterio que —aunque no coincida con el esquema de la competencia concurrente, como puede estar previsto en el ordenamiento positivo para las restantes hipótesis en las que la materia no es objeto de acuerdo internacional—, se adapta necesariamente a las exigencias de la descentralización, de modo que concilia intereses unitarios e instancias de la autonomía. Si queremos considerar el particular régimen de la ejecución de los acuerdos internacionales en los ordenamientos del tipo federal o descentralizado como un momento del *poder exterior*, nos encontramos, sin embargo, siempre ante un fenómeno institucional que se encuadra en las formas de Estado y de gobierno, en el seno de las

cuales éste tiene que ser oportunamente colocado por el intérprete. Por lo demás, los instrumentos del derecho constitucional obedecen, también, en el caso del que hablo, a la ley fundamental del equilibrio entre los centros de poder. De esta manera, donde está previsto que Estados miembros o regiones ejecuten los acuerdos internacionales concernientes a las respectivas esferas de atribuciones, se configura, al mismo tiempo, un especial poder de vigilancia o de control por parte de los órganos centrales, que llega hasta la llamada “devolución de las competencias”, para la hipótesis en la que los entes autónomos hayan dejado de ejercitar esta competencia suya en el momento justo. Por ejemplo, esa es la solución sancionada en el artículo 16, párrafo uno, de la vigente Constitución austríaca. A un análogo resultado se llega por la vía opuesta, donde la competencia que dicta las normas ejecutivas de los órganos está confiada siempre a los órganos centrales. En efecto, comúnmente se considera, y según mi opinión, correctamente, que en esa última hipótesis a los Estados miembros o a las regiones no se les impide necesariamente adoptar los actos o las leyes precisas para la ejecución del acuerdo, siempre que los órganos centrales competentes no hayan previsto respecto a esto diversas e inderogables disposiciones. En definitiva, de esta manera se llega a delinear una especie de competencia concurrente. Al Estado corresponde, en cuanto a la adaptación del acuerdo, dictar un cuerpo de normas uniformes, las cuales —exceptuando las disposiciones que los mismos órganos centrales consideran inderogables, en cuanto que sirven para asegurar la actuación del tratado en todo el territorio nacional— pueden ser adaptadas a sus propias exigencias por cada región. Yo creo que sería diverso el criterio en base al cual el Estado pone la legislación básica y de principio y la región la de desarrollo o de detalle. En nuestro caso los órganos centrales evalúan, hasta donde la adaptación al acuerdo exija, la producción normativa a ellos demandada, y puede también tratarse de prescripciones que no revisten los caracteres de normas básicas. Por otra parte, la autonomía de las regiones está garantizada en toda la esfera residual, en la que la normativa dictada por los órganos centrales se configura como flexible —dispositiva o supletoria— en comparación con la que las regiones pueden, cada una en su propio ámbito, también emanar en ejecución del acuerdo. Esta disposición de las competencias ha sido introducida en el ordenamiento italiano con ley ordinaria en ejecución de las directivas comunitarias. La Corte Constitucional ha aceptado su constitucionalidad y ha declarado infundadas las cuestiones planteadas por algunas regiones, sobre la base que la prevista sustitución del Estado a los órganos administrativos y legislativos de dichos entes autónomos en la actuación de la directiva, implicase un control subrogatorio no previsto en la Constitución, y efectivamente diverso e incompatible respecto a los otros tipos de control, expresamente con-

sentidos según la norma de los artículos 16, 125 y 130 del texto fundamental. La Corte ha disipado semejantes dudas por la consideración de que el control sustitutivo encuentra, en este caso, idóneo y seguro fundamento en las exigencias unitarias, a las cuales debe someterse el sistema, también constitucionalmente garantizado, de la autonomía regional. Pero la conclusión no cambiaría, a mi parecer, si se afirmase que al esquema de las competencias concurrentes adoptado en otras hipótesis por la Constitución aquí se sustituye otro, que permite al Estado asegurar la ejecución del tratado y no obliga por otra parte a la región a abdicar del ejercicio de su autonomía. El concurso de las competencias, de esta manera expresado, exige, fijándose bien, la producción de un acto uniforme y centralizado, que responde a una verdadera y propia necesidad de orden institucional: la de procurar que la organización institucional del Estado, incluso ordenada sobre la distribución territorial y funcional de las competencias, según el principio de la descentralización, contenga algún dispositivo de cierre, gracias al cual se pone coto a la inercia de la región o del Estado miembro, siempre que haya omitido ejecutar tempestivamente el tratado internacional que toque materias de competencia. La autonomía del ente territorial, sin embargo, se salva mientras que éste se adecua espontáneamente a las prescripciones del tratado, siempre dentro de los límites, bien entendido, en que el mismo acuerdo internacional no necesite, por la naturaleza o las estructuras de sus previsiones, la necesaria centralización de las relativas medidas de ejecución. La misma idea de la norma central flexible hace evidente que nos encontramos ante una solución impuesta por la necesidad de conjurar la eventual comisión de ilícito internacional, hasta donde esto sea compatible con el tipo de ordenamiento descentralizado. Así la competencia concurrente, que aquí se viene a configurar, recuerda de cerca otras hipótesis, en las que la legislación puesta por el Estado central, o bien por la Estado miembro (o por la región), permanece firme, hasta que otro de los dos centros de poder intervenga para derogar expresamente el régimen vigente. Como se ve, aludo a la hipótesis de la competencia concurrente —alternativa—. La materia se atribuye constitucionalmente a uno de los dos polos del sistema —el Estado central, o bien la unidad autónoma, Estado miembro o región—; pero al otro se le consiente integrar la disciplina, con ciertas condiciones. Es una categoría empírica, como he observado en otro lugar, nacida de la experiencia de las primeras realizaciones del federalismo occidental y conexas con la exigencia de mantener viva la legislación preexistente a la instauración del Estado federal, hasta que los poderes constituidos en el seno de esta última no hayan comenzado a *funcionar*. Baste pensar en la doctrina del llamado “silencio del Congreso”, elaborada por la jurisprudencia estadounidense para justificar la injerencia de los Estados miembros en los sectores “enumerados”, o sea reservados al legislador central.

En otras Constituciones más recientes —por ejemplo, la vigente Carta de Bonn— ha sido racionalizada como figura autónoma de distribución de las competencias entre *Bund* y *Laender*. En ordenamientos como el italiano el esquema de la concurrencia alternativa no es configurado directamente por el texto constitucional, pero ha sido —también aquí, en cuanto a la hipótesis, que ahora interesa, de la actuación de las obligaciones internacionales— extraído del sistema por obra de la Corte Constitucional, la cual, puedo añadir, no ha dejado de probar la racionalidad incluso en relación con la acogida que había tenido en otros ordenamientos, particularmente en el austríaco.

Otras referencias al derecho comparado serían también útiles para destacar, desde otras perspectivas, cómo la adaptación puede ser reducida al régimen garantizado de la Constitución rígida. No obstante, sólo puedo limitarme a una observación de carácter general. Así el automatismo de la producción jurídica, como la conexas continuidad entre el nacimiento de la norma internacional y la vigencia interna de la norma interna correspondiente, no prejuzgan la observancia de los valores sustanciales de la Constitución, aunque sirvan para simplificar los procedimientos. La adaptación automática está circundada de ordinario por garantías, ora textualmente sancionadas, ora por el contrario introducidas en vía jurisprudencial. Por lo demás, como ponía de manifiesto anteriormente, los constituyentes casi siempre se han preocupado de regular oportunamente aquel fenómeno institucional, que algunos escritores describen con la fórmula del *poder exterior*, en el más amplio diseño del régimen político o de la forma de Estado. Así sucede que Estado de derecho y Estado internacionalista se juntan en síntesis en el sistema de la Constitución.

Las técnicas que se toman en consideración respecto a esto son varias, y diversamente utilizadas de un ordenamiento a otro. He aquí algunas de las más conocidas: el requisito de la mayoría cualificada para la autorización o la aprobación y ratificación de ciertos tratados (como los institutivos de organizaciones supranacionales); el control de constitucionalidad de los acuerdos internacionales, a instancia de ciertos órganos o sujetos, *antes* de la ratificación; la utilización de la segunda Cámara o compuesta de tal modo que pueda reflejar la estructura federal o descentralizada del Estado, a la que se reservan las competencias parlamentarias concernientes al *treaty-making power*, o bien, en ausencia de tal estructura bicameral y alguna vez en adición a ella, la consulta obligatoria a los Estados miembros y a las regiones cuya esfera toque el tratado en vía de conclusión, o incluso la consulta colegiada entre órganos centrales y singulares unidades territoriales, en las formas ya características del llamado *federalismo cooperativo*; y así sucesivamente. Esta simple ojeada nos muestra cómo, ante la hipótesis que la norma internacional, una vez confeccionada, se convierta inmediatamente eficaz en la esfera del Estado, las garantías se remontan a una fase que precede al

nacimiento de tal norma y por lo tanto sean de tipo preventivo. Los criterios que gobiernan su ejercicio se definen, no obstante, con prudencia, para no volver a introducir en el plano de los controles, la complejidad de procedimientos que con la adaptación automática se querría eliminar de la escena de la producción del derecho. Ciertamente, el costo de procedimientos de las soluciones antes detalladas —y así, por ejemplo, de la consulta (especialmente la colegiada) a las regiones o a los Estados miembros antes de la conclusión de los tratados concernientes a su esfera de autonomía— puede ser gravoso. Por otra parte, se trata de una solución que, según el punto de vista, ofrece ventajas respecto a las otras posibles dentro de la gama de todas las hasta aquí experimentadas para satisfacer ora la exigencia de la autonomía, ora las instancias centrales. Es menos limitativa, en cuanto al ejercicio de los poderes estatales derivados de la subjetividad internacional, de la que se tendría, pongamos por caso, con la adopción de la llamada *federal clause*, es decir, de una reserva dirigida a librar al Estado de la responsabilidad por el eventual incumplimiento de las obligaciones convencionales pertenientes a las materias atribuidas a los entes autónomos y es, evidentemente, más respetuosa con la posición de los Estados miembros o de las regiones de cuanto lo sería un régimen de total e incondicionada centralización del *treaty-making power*. El discurso no cambia si se considera la hipótesis del control preventivo de constitucionalidad. Es una vía ingeniosa para transferir el control a la fase formativa de la norma a la cual el ordenamiento interior tiene que adaptarse. Pero ¿hasta qué punto una semejante previsión es justificable, si el tratado puede estar sometido a control, en los modos previstos por el juicio de inconstitucionalidad incidental, incluso sucesivamente a su entrada en vigor? Estos y otros problemas de política constitucional, se plantean y se resuelven por lo tanto, bien pensado, en el mismo momento en que se opta por la fórmula de la adaptación automática.

En conclusión, la exigencia de introducir controles de tipo preventivo en los procedimientos establecidos en la Constitución para la ejecución de los tratados y para la adaptación a las normas internacionales, está íntimamente ligada al dato —reiterativo en la organización de las democracias modernas— sobre el que llamaba la atención al iniciar este trabajo. El tratado, incluso cuando prevalece sobre las leyes interiores incompatibles, no importa si anteriores o sucesivas, está siempre subordinado a los principios sancionados en el texto fundamental: es decir, a los valores irrenunciables e inderogables del ordenamiento constitucional. El *poder exterior*, en otros términos, nunca está exento del respeto a la Constitución. El problema de la determinación del órgano más idóneo para ejercitar los controles sobre la constitucionalidad virtual del tratado podrá ser resuelto de muy diversas maneras, según que el ordenamiento haya aceptado el esquema centralizado o por el contrario el

difuso de control de constitucionalidad. Pero, en los límites en los que al cultivador del derecho comparado está permitido poner de manifiesto las orientaciones que surgen de los más recientes desarrollos del constitucionalismo, se puede observar que la anticipación de los controles, donde está prevista, se justifica en cuanto sirve para verificar la aparición de ese límite, que pasará sobre el poder de decisión de los órganos públicos, y en primer lugar del mismo legislador, cuyos actos, según la Constitución, están vinculados al respeto del derecho internacional. El control preventivo asegura la subordinación del derecho producido mediante la adaptación a los valores fundamentales del orden constitucional; por lo tanto éste es el *presupuesto* para que tal producción normativa pueda prevalecer en relación con la ley ordinaria.

6.1. Las observaciones antes expuestas sobre el *poder exterior* se refieren al punto de vista de aquellos que, entre los *broad constructionists*, configuran la existencia de este poder como autónomo conjunto orgánico del Estado. Ahora quisiera considerar, en cuanto que es útil para el carácter exhaustivo del razonamiento, la perspectiva opuesta de los *strict constructionists*. Como ya he puesto de manifiesto, los seguidores de este último método interpretativo niegan la existencia del *poder exterior*. Y no sólo esto. Su actitud ante el problema de la adaptación les conduce a resolver el problema del rango de las normas de adaptación, incluso el de las introducidas mediante el dispositivo de adaptación automática según el criterio de la máxima adhesión posible a las disposiciones del derecho interno que gobiernan de manera general los procesos productivos del derecho; siempre sobre este tema, se precisa que la adecuación al derecho internacional no debe ni puede implicar “modificaciones”, como suele decirse, en el reparto constitucional de las competencias. Por esto se explica que en el conjunto de estos escritores haya quien quiere colocar rápidamente las normas de adaptación en el mismo plano que la fuente subordinada a la Constitución, es decir, que la ley ordinaria, y quien asigna a las mismas normas el rango de la ley, o del decreto, o incluso del reglamento, según si la materia, objeto de la correspondiente norma internacional, recae en el ámbito reservado por el ordenamiento interno a una u otra de las mencionadas fuentes. Semjantes tesis habían sido formuladas, para más precisión, por la doctrina austríaca, en relación con el artículo 9 de la Constitución federal, antes de que hicieran su aparición en Italia, en la doctrina más reciente; pero en este segundo caso, según mi opinión, sin ninguna correspondencia con los datos del derecho positivo. El artículo 10, primer apartado, de la Constitución, difiere en efecto del artículo 9 de la Constitución austríaca en esto, a saber, que prescribe la *conformidad del ordenamiento interno* a las normas reconocidas generalmente por el derecho internacional, allí donde en este punto la citada disposición de la *BVG* se limita a establecer que estas normas del derecho internacional, aun iden-

tificada con la propia fórmula idéntica recogida en el texto italiano (“*Die allgemeine ammerkannten Regeln des Völkerrechts*”), “valen como parte integrante del derecho federal” (“*gelten als Bestandteile des Bundesrechtes*”). El texto austríaco está calcado además del introducido por primera vez en la Constitución de Weimar (artículo 4). Según algunos intérpretes éste reflejaría la elección hecha por el constituyente en orden al rango de las normas introducidas, en el sentido, se dice, que tales normas son equiparadas al derecho federal ordinario, y no constitucional, en conformidad con otra prescripción de la carta fundamental austríaca (artículo 44,1), según la cual las leyes constitucionales o las singulares disposiciones constitucionales contenidas en las leyes ordinarias tienen que ser formal y expresamente rubricadas como tales, además de votadas con la observancia de los requisitos específicos de procedimiento. Ahora bien, admitido incluso que la tesis referida hace poco sirva para la Constitución austríaca (pero, por lo que sé, las opiniones de la doctrina están divididas), lo mismo no puede decirse si se tiene en consideración el ordenamiento italiano. El artículo 10, primer apartado, establece que este ordenamiento se conforma —y aquí considero, que “se conforma” significa, sin ninguna duda, que se subordina— al derecho internacional general. El rango del derecho adaptado se establece en virtud del precepto así formulado, que se alinea idealmente con el señalado a su tiempo en el artículo 7 de la Constitución de la segunda república española, y con la disposición del artículo 25 de la vigente Constitución de Bonn: tanto una como otra disposición sanciona el doble concepto de la aplicación inmediata del derecho internacional y de su predominio en relación con las leyes internas incompatibles. El intérprete no puede descuidar la exactitud de semejantes previsiones constitucionales, ni reducir su significado. La previsión del artículo 10, como dice Carl Friedrich, brota del mismo espíritu que inspira las restantes disposiciones internacionalistas de la Constitución italiana, y de las cláusulas análogas de la ley fundamental de Bonn. El neto rechazo del nacionalismo y de la política de agresión territorial, del que se había nutrido la dictadura en Alemania e Italia, significa también que el constituyente de los años cuarenta apreciaba lúcidamente el valor instrumental del derecho y de la organización internacional para fundar de nuevo el orden democrático en el seno del consorcio de las naciones. El gran politólogo de Harvard, hábil y agudo observador de la escena europea, añade otro razonamiento: la cándida y vibrante pasión pacifista que había animado a los arquitectos constitucionales inmediatamente después del primer conflicto mundial cede su puesto, en la Carta de Bonn y en la italiana, a un desencantado empirismo, que también vislumbra la protección para nuevas y robustas formas de uniones y pactos interestatales, como tendrían que ser los sistemas de seguridad colectiva, dispuestos finalmente de tal manera que puedan man-

tener la paz. Por lo tanto hay un sentido de medida y equilibrio, que también se refleja en el régimen dispuesto para garantizar la observancia del derecho de gentes. Los derechos emanados para los individuos en virtud de las normas internacionales generalmente reconocidas, se hacen inmediatamente operantes en la esfera del Estado, al igual que los otros derechos enraizados en la Constitución; asegurada de esta manera la primacía del derecho internacional en relación con la ley ordinaria, no se prejuzga, por otra parte, el respeto de otros valores fundamentales del ordenamiento constitucional. En el presente volumen desarrollo el examen sistemático de la adaptación desde el punto de vista ahora señalado. Es una perspectiva que se diferencia de las posiciones extremas, hacia las que se inclinan, respectivamente, *broad* y *strict constructionists*: unos, cuando incluso exceptúan de las fuentes estatales el mecanismo de la adaptación; otros, cuando la reconducen, por el contrario, por el cauce de uno o de otro modo típico de creación del derecho, sin considerar cómo la peculiaridad del fenómeno normativo incide en el rango que ocupa en el seno de la jerarquía de las fuentes. Pero el problema sólo se plantea correctamente si se tiene conocimiento del modo en que las normas de adaptación se sitúan en el núcleo de los procesos de producción jurídica: y la clave para reducir a sistema el fenómeno viene dada, según mi opinión, por la noción de *fuentes atípicas*, tal y como es definida y utilizada a lo largo del libro. Esta es una tesis central del libro, y la doctrina la ha discutido después mucho más extensamente de lo que, al trazar su primera elaboración, me hubiera esperado. La sistematización más autorizada y puesta al día del concepto es la de Vezio Crisafulli, quien reconstruye sus vicisitudes en la última edición de sus clásicas *Lezioni di diritto costituzionale* (Padova 1984). El insigne jurista se ocupa ampliamente de la doctrina que niega la categoría de las fuentes atípicas y de la que la acoge, aunque entendida y empleada en distinto sentido. Su esquema definitorio del fenómeno es formulado con la habitual nitidez e incluso encuentra aplicación fuera, más bien más allá, de la esfera de la adaptación. Por mi parte, aquí prescindo de cualquier repetición inútil de desarrollos dedicados al argumento en el texto. Sin embargo, intento explicar qué consideraciones justifican, incluso después de las críticas que me han sido hechas, la autonomía conceptual de esta categoría de las fuentes, y hacen evidente su utilidad para el correcto encuadramiento de los problemas aquí examinados.

6.2. Comienzo rápidamente fijando el punto de partida del razonamiento. La eficacia de la fuente atípica, y por esto el rango de las normas producidas por ella, no se determina en base al mismo criterio de la eficacia formal, que sirve para las fuentes comunes —las típicas para entendernos—, según el cual fuerza (activa y pasiva) y forma de la ley están necesariamente conexas. Los casos en que fuerza y forma

de la ley se separan, es necesario recordar, son múltiples. Hay un primer grupo cuya existencia registra el derecho constitucional desde la fase inicial del gobierno representativo, cuando aparecen el decreto ley y el decreto legislativo (o la ley delegada). Estos actos, como es sabido, tienen la fuerza, pero no la forma de la ley, aunque su eficacia siempre está subordinada al requisito de una manifestación de voluntad del órgano legislativo, que en un caso habilita al Ejecutivo para ejercitar la delegación, y en otro caso convierte en ley el decreto de urgencia. Por lo tanto se trata de actos equiparados o equivalentes a la ley, e introducidos ahora ya, cada uno con su *nomen juris*, en el sistema de las fuentes. Las fuentes atípicas que conciernen a la producción normativa de adaptación se distinguen, por tanto, de las figuras hace poco descritas. A este propósito ayuda la siguiente consideración: la ruptura del esquema formal al que corresponde la eficacia de la disposición normativa implica en nuestro caso la disociación entre fuerza activa y fuerza pasiva que, normalmente, están unidas conjuntamente a la misma fuente y determinan la eficacia de las normas derivadas de ellas. En efecto, la *vis abrogans* de las normas de adaptación es la de la ley ordinaria; no están en grado de modificar, abolir o derogar los preceptos de rango constitucional; sin embargo, su fuerza pasiva corresponde a la de la ley constitucional: resisten a las disposiciones sucesivas e incompatibles del legislador ordinario y por lo tanto no pueden ser anuladas más que mediante el procedimiento de revisión (exceptuando el caso, bien entendido, en que vengan a removerlas o a contrastar lo dispuesto nuevas reglas producidas con el mismo mecanismo de la adaptación). La fuente atípica, aquí, es tal, porque cede ante la misma Constitución, mientras prevalece sobre la ley ordinaria. El criterio, digamos, de la doble eficacia, como lo acabo de enunciar, generalmente es entendido y aplicado con un oportuno margen de elasticidad por los órganos que deciden las contradicciones entre la producción de adaptación y la emanada por las otras fuentes estatales. Consideremos, por ejemplo, la afirmación de que las normas creadas mediante reenvío al derecho internacional consuetudinario no pueden derogar las previsiones de los textos fundamentales (o no pueden, incluso, considerarse admitidas en el ordenamiento interno, si resultan en conflicto con ellas). No obstante, con esto todavía no se ha precisado si la subordinación del derecho de adaptación a las fuentes de rango constitucional sirva indiscriminadamente para cualquier precepto puesto originalmente por el constituyente (o posteriormente por el órgano de revisión constitucional): o si más bien no corresponde al intérprete discernir entre las disposiciones constitucionales en las que se protegen los valores inatacables de la costumbre internacional y las otras, con las que las normas generalmente reconocidas están, sin embargo, coordinadas, porque si no fuese así, carecería de relevancia la apelación que de ellas ha hecho también el

texto fundamental. Ahora bien, la jurisprudencia se inclina por la segunda de las soluciones antes expuestas. Así, por ejemplo, la Corte Constitucional italiana ha excluido que la institución de la inmunidad diplomática, establecida en el derecho internacional general para garantizar el ejercicio del otro fundamental derecho de legación, contradiga el principio de igualdad o el derecho de defensa jurisdiccional del ciudadano, sancionados en la Constitución. Análogo resultado se ha conseguido en lo que hace referencia a las normas de adaptación de los Tratados de Letrán, que en virtud de la expresa previsión del artículo 7, segundo apartado, de la Constitución, no pueden ser válidamente contradichos por ninguna ley ordinaria dictada por el Estado en forma unilateral: en cuanto a la *vis abrogans* de la ley de ejecución de estos tratados, la Corte Constitucional ha precisado que no podía cercenar los principios o valores fundamentales del ordenamiento italiano. La jurisprudencia claramente ha entendido cómo las fuentes en discusión prevalecen o ceden respecto a los otros tipos, o grados, de la producción del derecho. No obstante, la fluidez del fenómeno coge de sorpresa al jurista apegado a la clasificación de las fuentes, tal y como nos ha sido transmitida por la doctrina y la práctica del Estado liberal del siglo XIX.

6.3. Este punto merece ser desarrollado. En otro tiempo, existía la *summa divisio* entre ley y reglamento. Con la llegada de la Constitución rígida ha sobrevivido la distinción entre la legislación de rango constitucional y la ordinaria. Hay quien considera, sin embargo, que la escala de las fuentes siempre se tiene que construir sobre los niveles tradicionales, sin escalones intermedios. Y está claro que todos aquellos que profesan esta adhesión a la certeza de las viejas tipologías, tienen que encontrar después un tanto misteriosa y elusiva la colocación alternativa de las fuentes que se sitúan sobre el plano, ora de la ley constitucional, ora de la ley ordinaria. No por casualidad ellos se apresuran a negar que las normas, que a mi juicio brotan de las fuentes atípicas, puedan —como yo considero, en virtud de su grado de resistencia— gozar de algún título de precedencia respecto a la ley ordinaria.

No obstante, la existencia de fuentes intermedias entre Constitución y ley es un producto, me atrevería a decir, frecuente, si no inevitable, del mismo principio de rigidez. Respecto a esto es suficiente el ejemplo de la ley de revisión constitucional. Ésta no puede ser contrastada por la ley ordinaria, pero puede, a su vez, abrogar o innovar el texto constitucional sólo con la observancia sea de las formas prescritas, sea —como enseña Mortati— de los eventuales límites de orden sustancial puestos, expresa o implícitamente, bajo la tutela de normas y principios que el constituyente haya querido sustraer a cualquier tipo de modificación, aunque sea llevada a cabo con el procedimiento agravado. Por

lo demás, el número de las fuentes ha ido creciendo a medida que la Constitución rígida ha penetrado y cubierto materias y relaciones, de las que el texto fundamental no se habría ocupado antes. La realidad actual es, por lo tanto, bastante diversa de la disposición, que la producción del derecho había recibido cuando las cartas constitucionales, al diseñarla con pocos y nítidos trazos, aún reflejaban el clima histórico-institucional del viejo liberalismo. Los factores de esta más compleja y articulada organización de los fenómenos normativos son diversos y merecen la atenta y profunda consideración del constitucionalista, quien tiene que descubrir el nacimiento imprevisto de las nuevas fuentes del derecho en las fórmulas, a veces ambiguas, del texto en el que se ejercita su delicado oficio de intérprete.

No obstante, nos encontramos ante un ciclo evolutivo que ya se había anunciado, por lo menos en algún aspecto, en otras épocas históricas, con el paso de las constituciones breves a las largas. Así, por ejemplo, en el seno de un ordenamiento de antigua formación, como es el de los Estados Unidos, las constituciones de los Estados miembros han respondido desde el siglo pasado a las instancias de la autonomía, y a las necesidades surgidas en la comunidad local, con la producción, ciertamente no poco frecuente, de minuciosos cuerpos de reglas, hasta el punto de robar el puesto de la ley ordinaria; mientras a nivel federal siempre ha permanecido en vigor —enriquecida cuanto se quiera por obra de la jurisprudencia, pero enmendada formalmente sólo pocas veces, una sobria Constitución, que va ya para tres siglos. Se debe a esta abundante floración de la normativa constitucional en los Estados particulares la difundida disciplina del referéndum y de otras autonomías normativas.

Pero prestemos atención al día de hoy. Si consideramos el caso italiano —la afirmación quizá pueda extenderse a otras constituciones europeas incluida la vigente ahora en España—, los problemas que anteriormente mencionaba, en cuanto interesan: el régimen de las fuentes, están relacionados no sólo con la preocupación, claramente advertida por el constituyente, de adecuar el ordenamiento interno a la exigencia de un Estado partícipe de la creciente complejidad de las relaciones internacionales, sino también con el resurgir de las autonomías, territoriales y de otro tipo, que circulan, como savia vital, en el cuerpo de la sociedad; desembocan con frecuencia en la creación de ordenamientos parciales, y, a veces, acaban por pasar de la amplia esfera del Estado-comunidad, en el que se originan, al núcleo del Estado-sujeto, donde reside el aparato de los poderes públicos. La Constitución reconoce las autonomías que se configuran de esta manera y tutela su ejercicio, aunque con diferente grado de intensidad. He aquí la razón por la que, ante el problema de las fuentes atípicas, algunos autores han afirmado que se trata de otras tantas atribuciones sancionadas en el texto cons-

titucional como autónomas y distintas del Poder Legislativo, y garantizadas efectivamente en relación con la ley: no obstante, respecto a las cuales estarían yuxtapuestas y no superpuestas, según un criterio que, se afirma, no es el de la *jerarquía*, sino otro de la *competencia*, es decir, de la *separación* entre las dos fuentes, que se fundamentarían paralelamente en la Constitución. Se trata, ciertamente, de ideas profundas sobre las que se han vertido ríos de tinta. Algunos escritores, al profundizar su desarrollo, llegan a hablar del fraccionamiento de la categoría unitaria de la ley, y configuran un nuevo universo normativo, sembrado, se diría, de esferas de competencia que se condicionan recíprocamente de diferente modo, diferenciándose sólo en razón de la materia reservada a cada una de ellas. Sin embargo, otras veces, el criterio de la competencia no conduce tan lejos. Por diferentes que sean los puntos de vista de sus autores, por lo menos, esto me parece cierto: no se desconoce el fenómeno de las fuentes atípicas; no obstante, se niega que entre fuente atípica y ley ordinaria puede existir jamás ninguna relación de subordinación, o jerarquía, ni siquiera dentro de los límites en que yo los encierro. En efecto, si no me equivoco, el instrumento conceptual de la competencia se utiliza en el sentido de que las fuentes, que corresponden a las autonomías más recientemente sancionadas en la Constitución y que no se ajustan a los esquemas consolidados ya, llegan, cada una en su ámbito, a alinearse al mismo nivel que la ley ordinaria. Razonando de esta manera se quiere excluir que la presencia evidente de nuevos fenómenos normativos haya afectado a la tipicidad y taxatividad de la estructuración jerárquica de las fuentes, consagrada con la fórmula de la Constitución rígida. Pero el problema es siempre el que antes exponía. Se trata, en definitiva, de establecer cuáles son, sobre la base del derecho positivo, los modos de producción del derecho que entran a formar parte de este orden jerarquizado, y cómo se gradúa su eficacia. Después de esto, queda por ver hasta dónde la distinción entre competencia y jerarquía sea útil para la correcta inteligencia y colocación en el sistema de las normas de adaptación y de las restantes hipótesis, que se quisieran inscribir, o han sido ya reconducidas efectivamente, a la categoría de las fuentes atípicas. Llegados a este punto, el discurso corre el riesgo de complicarse y dilatarse. Para limitarme a las anotaciones que resultan apropiadas aquí, sólo quisiera situar el punto de partida en la enseñanza de Crisafulli para poner de manifiesto cómo la distinción entre jerarquía y competencia, sobre la que él ha llamado la atención autorizadamente, es, después de todo, solamente relativa. Consideremos, para aclarar mejor la afirmación, una clásica figura de separación de las competencias. En la base de la ordenación de un Estado de tipo federal o descentralizado, normalmente se afirma que la ley central y la ley local están yuxtapuestas y garantizadas, en sus diferentes y respectivas esferas por la Constitución. Pero

esto sólo sirve hasta donde opera el rígido e inderogable criterio de la competencia exclusiva, en virtud de la cual el ámbito de la fuente central necesariamente está cerrado a la fuente local y viceversa. No obstante, en realidad, las competencias —y sobre todo las legislativas— se distribuyen entre los órganos centrales y las unidades autónomas singulares, incluso —y diría siempre más frecuentemente, en la organización técnica del tipo de Estado aquí considerado— en conformidad con el criterio según el cual la misma materia conjuntamente es regulada por las dos fuentes. Tal es el esquema de la competencia concurrente. Esto puede estar perfectamente delineado de modo que una fuente se subordina a la otra respecto a ciertos vínculos, cuya inobservancia implica la producción de un acto constitucionalmente ilegítimo. Ahora bien, es conveniente observar el mismo resultado, *mutatis mutandis*, también en el círculo de las fuentes atípicas. Entre estas últimas la doctrina enumera algunas, que estarían separadas de la ley mediante la intangible delimitación de las competencias relativas, tal y como asegura el criterio de exclusividad. El caso más conocido es el de los reglamentos internos adoptados por cada rama del Parlamento en el ejercicio de su propia autonomía organizativa, dado que aquí se reconoce una esfera en la que la misma ley no puede inmiscuirse por ningún motivo.

Las figuras que he tenido presentes al reconstruir el fenómeno no se dejan todas, sin embargo, reducir al paradigma hace poco mencionado. Se considere la hipótesis en la que, para que exista fuente atípica, se necesita que la ley coopere con algún otro “evento” normativo en la disposición de una determinada materia, respecto a la cual precisamente es el complejo y apropiado mecanismo predispuesto cada vez en la Constitución, y no la simple manifestación de voluntad del órgano legislativo, la que constituye la forma prescrita para la producción del derecho. La disciplina que de esta manera se quiere dar a los intereses en juego excede el típico esquema de la ley, pero no prescinde de él.

Distinto problema es cómo se expresa después de la relación entre la ley y este todo componente de la fuente atípica que, para comodidad de exposición, defino como “evento normativo”. La fenomenología que se pone de relieve en la construcción del concepto es multiforme. Al problema que ahora planteaba no puede por lo tanto darse una sola y unívoca respuesta. El hecho es que la ley figura en el cuadro de la fuente atípica a veces como acto que autoriza la producción del derecho gracias a otras fuentes, otras como acto que se limita, por el contrario, a hacer eficaces las normas producidas por diferentes caminos gracias a la intervención unilateral del legislador: en las dos hipótesis, el acto del órgano legislativo no establece directamente la disciplina reservada a la fuente atípica, o por lo menos no agota la producción, aunque puede condicionar la eficacia de dicha disciplina, e incluso el contenido. Piénsese en el régimen dictado en los artículos 7 y 8 de la

Constitución italiana para regular las relaciones entre Estado, Iglesia católica y confesiones religiosas minoritarias. En todos estos casos está previsto que la materia forme objeto de un reglamento pactado entre el Estado y la Iglesia interesada, al que se acompaña, no obstante, la ley estatal: que será la ley de autorización de la ratificación o de la ejecución de los concordatos o tratados entre Estado y Santa Sede, *ex* artículo 7 constitucional, o una ley emanada, como quiere el artículo 8 constitucional, “sobre la base” de un entendimiento subyacente con representantes del culto católico. Otros ejemplos se ofrecen en las previsiones que en los modernos textos constitucionales regulan el ejercicio de diferentes autonomías, reconocidas a los entes territoriales o a sujetos constitucionales, como los partidos y los sindicatos. Las normas que urge señalar demandan una esfera de relaciones para el acuerdo llevado a cabo por estos entes o sujetos entre ellos o con el Estado; a la ley estatal resta, por otra parte, la función de autorizar o integrar el régimen convencional, o de circundarlo con los vínculos consecutivos por la Constitución.

Por lo que hace referencia a la adaptación, el esquema de la fuente atípica se configura de una manera distinta, según el punto de vista que adopte el intérprete para explicar el fenómeno de la producción automática de las normas, la cual, según mi parecer, se imputa tanto a la fuente interna que reenvía a la fuente internacional, como a esta última que produce las normas, de la que se extrae el contenido de las correspondientes reglas internas. Donde exista adaptación automática a los tratados, encontraremos la combinación de la ley y del acuerdo internacional, que constituyen, juntos, la fuente atípica en el sentido que antes mencionaba, con referencia al régimen particular de las relaciones entre Estado e Iglesia católica según la norma de la Constitución italiana. Ahora bien, la eficacia de fuentes ensambladas de esta manera no se puede en ningún caso justificar en comparación con el principio que hace referencia únicamente a la “forma” de la ley. Impide un semejante resultado la simple pero decisiva cuestión de que ya no es el solo acto del legislador el que regula la materia. Efectivamente, la ley no puede ocupar la esfera que estamos indagando, sin el concurso de otros requisitos antes mencionados para que opere el esquema de la fuente atípica, ni puede contradecir la disciplina producida por ésta; igual que no puede regular la materia reservada a la fuente constitucional sin el concurso de todos los requisitos —allí incluido, cuando está prevista, la intervención de otros órganos— a los cuales subordina la revisión del texto fundamental.

La superposición de la fuente atípica a la ley ordinaria tendría por lo tanto que ser evidente. Cuando, para describir este resultado innegable, se prefiere hablar de competencia, y no de jerarquía, se destaca en sustancia, a mi parecer, que la fuente atípica cubre por definición

una esfera limitada respecto a la materia reservada para ella, mientras la relación de jerarquía tendría que subsistir sólo entre la ley y la fuente a ésta superpuesta en toda la esfera potencial de la producción jurídica. Tal fuente sería exclusivamente la ley constitucional, en cuanto que es la misma que ha instituido la fuente ordinaria y podría estructurarla de un modo distinto o incluso extinguirla. Como se puede comprobar, el razonamiento lleva a distinguir entre la esfera del órgano de la revisión, investido de la *Kompetenz-Kompetenz*, y la esfera subyacente del legislador ordinario; pero de esta manera el criterio de la jerarquía se resuelve propiamente en el otro de la competencia, del que, por el contrario, se quisiera distinguir; y he aquí que se repropones, desde otro punto de vista, la relatividad de la distinción introducida entre los dos criterios, a la que antes aludía. No obstante, me pregunto si, precisamente por esta última consideración, para integrar los extremos de la jerarquía no baste que una fuente resista a la otra y comprima su potencialidad productiva, como sucede precisamente en la disciplina de las relaciones entre fuente atípica y ley. Semejante conclusión se diseña más fácilmente con específica atención a las fuentes de la adaptación, en cuanto que de ellas ni siquiera se puede presumir que tengan una esfera de competencia limitada necesariamente a ciertas materias y diferenciada en este sentido de la ley. ¿Acaso no es verdad que el derecho internacional, ya sea consuetudinario o convencional, puede incidir desde cualquier punto de vista en todo el ámbito de las fuentes legislativas internas? Dejando a un lado esto, la jurisprudencia constitucional alienta puntualmente el convencimiento de que hay fuentes intermedias entre Constitución y ley, las cuales se ponen de manifiesto, decía anteriormente, no sólo como *objeto*, sino también como *criterio* del control de constitucionalidad. Puede suceder efectivamente que se denuncie el contraste entre las normas producidas por tales fuentes y una disposición cualquiera del texto fundamental; pero también hay otra hipótesis, en la que se deduce que la ley ordinaria viola la disposición de una fuente atípica y, por esto mismo, la norma constitucional, por la que dicha fuente es garantizada en relación con las disposiciones contrarias del legislador. El título de la inconstitucionalidad hecha valer en este segundo caso será, si acaso, sólo indirecto; pero esto no quita para que la ley se subordine a la fuente interpuesta, como Kelsen había advertido al extraer del sistema de su *Stufenbau* la fecunda idea de una corte específica, llamada a garantizar la subordinación de la ley a los preceptos de rango superior.

Finalmente, añadiría que las fuentes atípicas, como se las quiera construir, se ambientan correctamente en el contexto del ordenamiento constitucional. La mayor parte de las veces se trata de autonomías que brotan y que sin embargo todavía no afloran en el terreno del Estado-persona, en el que las colocan quienes las encuadran, prematuramente,

en el esquema de las “competencias”. Detrás de la fuente atípica hay un fenómeno de “dislocación” del Poder Legislativo, que pasa del Parlamento a otras sedes. Pero es un proceso gradual: la ley, cuando entra en la escena de las fuentes atípicas, cambia de papel y, sin embargo, permanece como centro de imputación formal de efectos productivos que brotan de otras vías, de las que se ha descubierto la huella del Estado-ordenamiento. La autonomía “madura”, y se perfecciona en competencia —y de esta manera se traduce, diría, en fuente típica— cuando el constituyente establece que ella merece ya constituir una distinta articulación del Poder Legislativo. En efecto, ésta ha sido la línea de desarrollo de las autonomías territoriales en la evolución que ha puesto en crisis, en muchos ordenamientos, la vieja estructura del Estado centralizado. No obstante, otras autonomías siguen un curso más lento y accidentado. En el estadio actual, y en síntesis, la fuente atípica es el esquema con el que la Constitución rígida define, garantizando la disposición y el ámbito de aplicación, las relaciones entre la ley heredada del Estado liberal, y las otras nuevas formas que confieren relevancia a otros círculos del Estado-comunidad en la organización de los procesos productivos del derecho. La previsión de semejantes instrumentos tiene profundas raíces en la técnica del derecho público, que desde hace tiempo viene utilizando la figura del acto “no autoritario”, condicionado o unido en cierto modo al consenso de los sometidos a él. Lo que hay de original en la categoría de las fuentes típicas es que la técnica, de la que he expuesto algún ejemplo, se transfiere en el campo de las previsiones constitucionales, y sirve no tanto para diferenciar los tipos de la legislación ordinaria, cuanto para simplificar la solución del problema central de la estabilidad y racionalización del poder, que se concreta en la elección del tipo rígido de la Constitución. Así enseña la experiencia del Estado federal. El principio de autonomía tiene en esta forma de Estado, se diría, su reino, y aquí puede adquirir tal importancia que la ley central y el consenso del Estado-miembro interesado en determinadas modificaciones del ordenamiento constitucional —especialmente en la esfera territorial de la representación en el seno del Senado— se subrogan a las formas, normalmente complicadas, del procedimiento de revisión. Si se dispone de esta manera es porque la manifestación de voluntad de la unidad territorial individual, una vez transferida al órgano Legislativo de la federación, absorbe, sin perjudicar el equilibrio de los poderes o la igualdad de los miembros, todas las garantías conexas con la adopción del procedimiento agravado, de otro modo prescrito para alterar el sistema. No es diferente la importancia del principio de autonomía en la estructura de las fuentes atípicas: el constituyente no ha plasmado en el texto fundamental la materia reservada a esta fuente, y ni siquiera ha querido bajarla al plano de la ley ordinaria. La fórmula que él ha preseleccionado concilia la intervención del legisla-

dor con las restantes instancias en juego: y aquí está su valor y significado de garantía constitucional sobre el que el estudio tiene que reflexionar.

7. Las observaciones últimamente desarrolladas sobre las relaciones entre ley y fuente atípica se profundizan con particular referencia a los fenómenos normativos que se conectan con el reenvío al derecho internacional. Anteriormente he hablado de una fase de transición. El proceso creativo del derecho pasa gradualmente de la esfera de los poderes ya constituidos a la de otros sujetos; y éstos a su vez penetran, por lo menos alguna vez y progresivamente, en la organización constitucional en sentido propio. Mientras que dura esta fase de atipicidad de la fuente, tendremos una autonomía que brota en algunos sectores del Estado-comunidad, a la que corresponde, en el plano del Estado-ordenamiento, el retraimiento de la ley dentro de los límites funcionales, que circundan las posibilidades de intervención en el ámbito reservado a la misma fuente. Semejantes límites son cada vez fijados por la Constitución, y de cualquier modo resultan de la atribución de nuevos y distintos papeles al órgano anteriormente investido del monopolio de la producción legislativa. ¿En qué sentido el esquema que describo encuentra aplicación en el terreno de la adaptación? Volvamos a considerar aquella hipótesis reconstructiva de las disposiciones constitucionales en tema de tratados, que se encuentra en la concepción del *poder exterior*. Consideremos más detenidamente la estructura de este poder, bajo el perfil, que aquí interesa, de sus reflejos en el régimen de las fuentes. El tratado, una vez prevista la adaptación automática, se convierte en un modo autónomo y directo de producción del derecho, en el que sin embargo se inserta el acto del órgano estatal competente para autorizar la ratificación del acuerdo o para aprobar su estipulación. En la mayor parte de los ordenamientos este acto reviste la forma de la ley. La diferencia respecto a las demás figuras de las fuentes atípicas se encuentra evidentemente en el hecho de que la Constitución regula, en el caso que examinamos, relaciones interordenamentales. La fuente de producción interna se hace funcionar en relación con la fuente de un ordenamiento no sólo autónomo, sino incluso originario y diferente al del Estado. No obstante, esto no impide que en el interior y, por así decir, en el fondo histórico del *poder exterior*, el intérprete pueda, como sucede para otras fuentes atípicas, localizar la línea evolutiva, a la que ha ido adecuándose la ordenación del Poder Legislativo; ni impide evaluar que desde esta ordenación se prefigure también el ulterior desarrollo, interpretando el signo de las tendencias actuales.

Más exactamente, hay un doble aspecto de la fuente atípica, que aquí se pone de manifiesto, sobre la que me urge llamar la atención.

Por una parte, la componente del *poder exterior*, que generalmente se identifica hoy en la ley, emanada en vista de la ratificación o esti-

pulación del tratado, ha sido introducida en la escena del derecho constitucional, sólo después de la desaparición de la competencia exclusiva antes reservada, en la esfera de las relaciones exteriores, al jefe del Estado. Por lo demás, esta es una conocidísima vicisitud, que menciono sólo para recordar cómo en las fuentes atípicas se refleja aquel gran fenómeno de transición que, en otras épocas históricas, ha concernido al monarca, como órgano en el que se personificaba la soberanía unitaria del Estado, y hoy inviste a la misma figura y esfera del legislador consagrado por el crisma de la investidura electiva. Por ejemplo, es significativo que la adopción de la ley prescrita para conferir la eficacia interna del tratado, pueda competir, como antes mencionaba, al legislador local, cuando, en un ordenamiento del tipo federal o descentralizado, el acuerdo internacional versa sobre materias de su competencia; o, incluso más, en otros sistemas, que la ratificación (o la conclusión o la eficacia interna) de ciertos tratados se subordine al éxito favorable de un adecuado referéndum popular. De esta manera, la producción normativa por la vía del *poder exterior* implica el ejercicio de autonomías (o competencias) que se expresan en esferas diferentes de la reservada a la ley. El Poder Legislativo se desplaza de las sedes tradicionales y pasa a la esfera de complejos orgánicos apropiados. ¿Acaso no es esto un rasgo esencial de la fuente atípica?

La misma tendencia evolutiva se aprecia bajo el otro aspecto del *poder exterior*, que concierne al tratado. Téngase, también aquí, en cuenta el esquema de la adaptación automática. Como la noción del acto interno conexo del tratado —es decir, la ley— ha evolucionado en el curso del tiempo, y en algún ordenamiento se ha enriquecido de especificaciones, así la producción convencional ha llegado a asumir formas y dimensiones nuevas, además, y cada vez más frecuentemente, de los caracteres de una “legislación” internacional. El fenómeno se configura con mayor claridad precisamente en los dos sectores del derecho convencional que, como explicaba, no he podido estudiar *ex profeso* en el volumen: los tratados concernientes a los derechos humanos y los institutivos de la Comunidad Europea. Ahora bien, en los ordenamientos en que dichos acuerdos se han ejecutado puede desarrollarse perfectamente el ciclo que antes describía. Si sucede de esta manera, las fuentes productivas de las correspondientes normas de adaptación, en origen “atípicas”, en el sentido que he dicho, adquieren sucesivamente la fisonomía de una fuente autónoma, que es tipificada y, en cuanto tal, puestas al lado de las otras de semejante nivel. Se puede llegar a un resultado semejante por caminos distintos. Supongamos, por ejemplo, que el sistema convencional de los derechos humanos se ejecute en el ordenamiento interno en virtud de una determinada disposición, con la que se atribuya a las correspondientes normas introducidas la *vis abrogans* de la ley ordinaria y el grado de resistencia de la ley constitucional. Hasta aquí tendría-

mos una fuente atípica. La evolución sobre la que anteriormente teorizaba podría efectuarse gracias a una jurisprudencia constitucional, la cual antes o después reconociese a la fuente en discusión la misma fuerza activa de la ley aprobada con la disposición agravada. Efectivamente, llegados a este punto, los tratados sobre los derechos humanos se expresarían como una nueva fuente, provista, desde cualquier punto de vista, de rango constitucional, y de esta manera idónea para integrar o modificar las previsiones del mismo texto fundamental: otra figura del procedimiento de revisión, despojada en definitiva de la forma solemne y conectada a la simple producción de la regla internacional. La consecuencia, por lo demás, sería idéntica si, en lugar de la jurisprudencia, existiera una formal y expresa disposición del mismo órgano de la revisión para diferenciar este tipo de tratados de los otros, por los cuales actúa la fuente atípica de la adaptación automática, y para equipararla, sin residuos, a la fuente constitucional.

Este no es el lugar para verificar si, y cómo, hayan podido producirse los fenómenos hasta aquí señalados. Después de todo, se trata de un proceso aún en vías de maduración. El rango interno de los tratados sobre los derechos humanos no está consolidado con suficiente claridad en la práctica del constitucionalismo contemporáneo. En cuanto a la jurisprudencia italiana, todavía no se inclina a atribuir a los acuerdos de que hablo otra eficacia, diría, que no sea la misma de la ley ordinaria emanada para su ratificación o ejecución. La economía de este trabajo aconseja por lo tanto dedicar las observaciones que siguen al caso de la integración europea exclusivamente.

7.1. El problema planteado ahora concierne especialmente al derecho “secundario” o, como también se dice, “derivado” del Tratado de Roma, institutivo de la Comunidad Económica Europea (CEE). Aludo a la normativa emitida por los órganos de la CEE, que responde al esquema definitorio del artículo 189, apartado segundo, del antes mencionado pacto internacional. Debe tratarse de un reglamento de interés general, obligatorio en todos sus elementos y aplicable directamente en cada uno de los Estados miembros. El concepto de fuente atípica puede aplicarse efectivamente también a supuestos de este tipo. A tal fin es necesario admitir que la ley estatal, que ha conferido eficacia al Tratado (siempre de acuerdo, bien entendido, con la disposición constitucional, en la que ella misma, a su vez, se fundamenta), confiera además efectos internos a la normativa derivada del mismo Tratado. Si se hubiera previsto, a nivel constitucional, un dispositivo de adaptación automática a los tratados, resultaría, según mi opinión, autorizada la aplicación, en la esfera del Estado, tanto del acuerdo institutivo de la Comunidad, cuanto del derecho “secundario” que de éste deriva: y ello, en definitiva, por el mismo título en base al cual el tipo de dispositivo aquí considerado hace inmediatamente operantes las modifica-

ciones de cualquier tratado, incluso en el ámbito de su previsión. Como mencionaba antes, sin embargo, lo que de interesante y peculiar presenta el fenómeno de la integración europea a los ojos del constitucionalista está precisamente en esto: que en algunas cartas fundamentales los tratados institutivos de entes internacionales o supranacionales están configurados como una categoría diferenciada respecto a los habituales esquemas de la fuente convencional. Esta perspectiva se delinea con mayor claridad en los sistemas en que no se ha adoptado el criterio de la adaptación automática, ni está prevista la prevalencia de las normas que resultan insertas en la esfera estatal, respecto a las producidas por el legislador ordinario. En efecto, sobre todo es en estos ordenamientos donde se advierte la exigencia de establecer en la Constitución un régimen distinto y apropiado de los acuerdos que no sólo sirven para producir el derecho internacional —al cual la ley interna no estaría, como decía, subordinada—, sino también para organizar sobre una base permanente, o por lo menos estable, nuevas comunidades, de las que el Estado se hace miembro junto con los otros Estados interesados. Podemos decir que en este paso del contrato al *status*, que subsigue a la adquisición del *membership* en el seno de la organización contemplada por el Tratado, hay siempre algún indicio, si no de algún vínculo federal, sí de una penetrante limitación de la esfera estatal; y entonces es esta limitación, y todas las consecuencias que ella implica, la que el constituyente quiere autorizar, con la fuerza y vigor de su mandato. Pero precisamos rápidamente que la actitud de considerar la “organización” como una cosa distinta del derecho internacional, ya está largamente difundida y también ha penetrado en algunos ordenamientos, en los que se asegura la aplicación inmediata (y la superioridad) del Tratado sobre la ley nacional. Integración y adaptación son, en definitiva, a menudo entendidos por el legislador, además en doctrina y jurisprudencia, como fenómenos diversos, por lo menos bajo el perfil de la disciplina constitucional, a la que se quisiera someterlos. De la legitimidad de este criterio quizá se puede discutir. En efecto, a propósito de esto había avanzado alguna reserva en el curso de lo tratado, aunque con una mención secundaria, por lo demás desarrollada en nota a pie de página. Pero ahora tengo que tener en cuenta el régimen de la integración, tal y como se ha consolidado mientras tanto en la realidad constitucional de la mayor parte de los Estados pertenecientes a la CEE. Tal régimen puede, o no, coincidir con el planteamiento dado a la materia del Tratado, precisamente porque, equivocadamente o con razón, él es concebido generalmente como un autónomo y distinto objeto de previsión constitucional, en consideración con las exigencias características del Mercado Común. Ahora bien, la tesis de las fuentes atípicas ha sido presentada con exclusiva referencia a la adaptación. Lógicamente no puede referirse al sector así configurado de las relaciones entre el or-

denamiento interno y el comunitario. Por esta razón, vale la pena profundizar en el tema.

7.2. Un primer dato del problema es que el mismo concepto de integración no está definido con precisión, como demuestra el amplio pero siempre próspero debate sobre la variada utilización por parte de juristas y politólogos. Antes he puntualizado el aspecto del fenómeno que concierne al derecho derivado del acuerdo internacional porque me ha parecido el más relevante. Se trata de normas inmediatamente operantes en los ordenamientos internos de los Estados-miembros, las cuales prevalecen respecto a las disposiciones contrarias del legislador nacional. Y aquí está, por así decirlo, el núcleo de una ciudadanía europea, por lo menos en el sentido de un círculo integrado por los destinatarios de la producción jurídica, emanada por la CEE. No por casualidad, el artículo 189 del Tratado, que define la eficacia característica del derecho secundario, figura en el centro de la atención de las cortes de justicia, que poco a poco han definido las relaciones entre los ordenamientos. No obstante, está claro que la Comunidad Europea toma sus características institucionales por el hecho de estar investida no sólo de poderes normativos, sino también de las demás atribuciones, tanto administrativas, como jurisdiccionales; confiadas estas últimas a una Corte adecuada, que con su robusta y autorizada jurisprudencia ha contribuido mucho a la afirmación del derecho comunitario.

En el tema de la integración, ya se ha difundido, resaltaba anteriormente una técnica peculiar en el actual derecho constitucional. En efecto, generalmente se le atribuye al fenómeno el siguiente significado: el Estado transfiere derechos y poderes soberanos (*iura maiestatis*) a la organización supranacional de la que él entra a formar parte, o por lo menos le delega el relativo ejercicio, refiriéndose exclusivamente, quede claro, a la esfera que compete a la organización. Por lo tanto, la Constitución tiene que autorizar la transferencia, o la autorización de la que hablo, y configurar los procedimientos necesarios para tal fin. Las primeras disposiciones de este tipo se encuentran en los textos fundamentales adoptados después de la Primera Guerra Mundial. Al crearse la Sociedad de Naciones, ya se había revelado la necesidad de introducir en las cartas constitucionales, normas permisivas de las limitaciones conexas con el eventual ingreso del Estado en un sistema de seguridad colectiva, y por lo tanto relativas a la esfera de la soberanía, sobre todo por lo que concierne al *jus bellum gerendi*. La misma exigencia se ha propuesto, más recientemente, con referencia a la ONU, y con mayor razón. En efecto, las posibilidades de intervención de esta última organización resultarían —si no permanecieran, como frecuentemente sucede, paralizadas por el ejercicio del llamado poder de veto, atribuido a los miembros del Consejo de Seguridad— ciertamente más amplias e incisivas de lo que fueron, en su tiempo, las correspondientes atribu-

ciones de la Liga de Ginebra. Respecto a esto, basta prestar atención a los dos conexos y fundamentales principios del vigente Estatuto de la ONU: el monopolio del uso de la fuerza, reservado a la Organización, y la cesión de la así llamada jurisdicción doméstica de los miembros, ante la acción que el Consejo de Seguridad haya emprendido, una vez asegurada la ruptura, incluso sólo amenazada, de la seguridad internacional.

A esta primera serie de preceptos constitucionales se ha añadido otra, que concierne a la transferencia (o delegación) de los poderes del Estado al ente supranacional. Los dos órdenes de previsiones a veces están contenidos en textos distintos, otras veces en una sola disposición. En algún caso, la norma que autoriza la transferencia de los poderes no está prevista expresamente, pero ha estado en —fase de la interpretación— considerada implícita en el texto que justifica, de manera general, los vínculos a los que el Estado está sujeto en el seno de las organizaciones supranacionales. En este último caso, el esquema configurado por la Constitución contempla indiscriminadamente toda una gama de comunidades, o entes, que pueden instituirse más allá, y sobre, los Estados nacionales, siempre que estén de acuerdo con los fines y las condiciones indispensables para que puedan operar las limitaciones previstas de soberanía. Pero se trata de previsiones concebidas con mucha amplitud, e igualmente compatibles con un nivel universal, o regional de organización, además de con los diferentes tipos y con el variado ámbito de las competencias relativas. Cuando la lectura de la fórmula constitucional se centra en la investigación de las limitaciones puestas a la soberanía, el intérprete está dedicado a analizar y utilizar nociones que describen, y deberían aclarar, el aspecto “dinámico” del fenómeno. Efectivamente, la soberanía puede entenderse de diferente modo y medida. Las limitaciones que ella sufre pueden ser más o menos relevantes incluso en el seno de una misma organización —y sin que, no obstante, se modifique el pacto que prevé la institución— según si sus poderes se desarrollan en el sentido de la integración completa, o bien funcionan sólo en el ámbito de la cooperación, gobernada por los métodos de la democracia tradicional. Por lo tanto, ¿cuál es el perfil más interesante de la transferencia de los poderes, no importa si está expresamente previsto o extraído del texto constitucional, por obra de la jurisprudencia? Éste reside en la novedad de la perspectiva. Antes se centraba la atención en la esfera en que el Estado actúa como sujeto de derecho internacional y miembro de las organizaciones constituidas mediante tratados: Sociedad de Naciones, ONU, sistemas regionales de seguridad. Ahora se pasa al plano en que el mismo ente estatal se sitúa, por el contrario, como gestor del propio ordenamiento. La limitación de la soberanía por lo tanto es vista en sus reflejos sobre la disposición de las competencias internas. El sistema constitucional, para adecuarse al

fenómeno, tiene que producir la disciplina que rige las relaciones entre la ordenación del ente supranacional y el del Estado. Si se excluye que respecto a esto pueda ser suficiente el puro y simple envío a todo aquello que está previsto en las relaciones con todos los estratos internacionales, y con la finalidad de su aplicación en el ordenamiento interno, se necesita establecer hasta dónde es necesario un régimen particular y diferenciado para los tratados institutivos de organismos supranacionales. Algunos ordenamientos se contentan, mencionaba anteriormente, con una solución de procedimiento, que la mayor parte de las veces consiste en agravar, respecto al esquema ordinario del procedimiento legislativo, los requisitos antes mencionados para la autorización (o aprobación) de la ratificación del tratado institutivo de la organización. La utilidad de un criterio semejante es evidente si en el ordenamiento interno se satisfacen dos requisitos: por un lado, tiene que haber un dispositivo de adaptación automática al derecho internacional convencional y, por el otro, una Constitución rígida, de modo que la transferencia de los poderes (y la consiguiente limitación de la soberanía) previstos para la adhesión del Estado a la organización supranacional, modificarían la estructuración interna de los poderes, con el resultado de hacer indispensable el recurso al procedimiento de revisión constitucional. Ahora bien, al evitar la necesidad de la ley constitucional se elimina un obstáculo de orden técnico que podría condicionar seriamente, en el plano político, la participación del Estado en los tratados de integración. Por otra parte, una vez concluido debidamente, el acuerdo institutivo de la organización supranacional, goza de la eficacia garantizada por el ordenamiento interno a cualquier tratado internacional.

Diferente es el criterio, según el cual la limitación de soberanía puede, a los efectos aquí considerados, ser también llevada a cabo por ley ordinaria; pero sin que, por otra parte, se prevea la adaptación automática a los tratados, ni, por lo tanto, la inmediata aplicación y prevalencia de las normas contenidas en ellos en relación con las normas del derecho interno estatal. Tal es el caso del ordenamiento italiano. El artículo 11 de la Constitución dispone, en lo que ahora interesa, que Italia consiente, en condiciones de igualdad con los otros Estados, las limitaciones de soberanía necesarias para un ordenamiento que asegure la paz y la justicia entre las naciones; promueve y favorece las organizaciones internacionales dirigidas a tal fin. Una disposición formulada de esta manera, en la que algunos intérpretes autorizados incluso sólo han visto un programa político, evidentemente abre la entrada a la discrecionalidad del intérprete. La Corte Constitucional ha reconstruido efectivamente este precepto con una gran amplitud de recursos hermenéuticos. La jurisprudencia en la materia, sin embargo, ha sido evolutiva. No voy a exponerla en forma completa. Me limito a señalar las sentencias relevantes, en el orden lógico y temporal en que se han producido.

1) Desde el inicio siempre se ha considerado que el precepto constitucional, antes recordado, consentía la transferencia de los derechos soberanos a la comunidad, mediante ley ordinaria. La ejecución del Tratado, que había sido efectuada mediante el procedimiento legislativo ordinario, ha salido por lo tanto indemne de censura, cuando ha pasado el examen del juez constitucional. Otra afirmación firme en la materia es que el ordenamiento comunitario y el interno se manifiestan, en sus relaciones recíprocas, como distintos y al mismo tiempo como coordinados. La coordinación precisamente se deriva del haber transferido el legislador, en conformidad con el artículo 11 constitucional, los poderes de los que el ente supranacional tiene que disponer para el cumplimiento de sus deberes institucionales.

2) Dicho esto, hay que señalar, entre los distintos y sucesivos estadios de la jurisprudencia:

a) Un primer momento en que se afirma que el artículo 11 constitucional consiente la inmediata entrada en vigor del derecho comunitario, sin necesidad de recepción o adaptación. No obstante se afirma que la ley ordinaria sucesiva puede contradecir la disposición del reglamento comunitario. En sustancia, se adopta la solución que en el ordenamiento italiano vale para las relaciones entre las leyes y normas ejecutivas de los tratados, incluso cuando las disposiciones contenidas en éstos se configuren como *self-executing*. La emanación de normas internas que contradicen el régimen pactado determina la ilicitud de este comportamiento del Estado en la esfera del derecho internacional (en nuestro caso, el *ilícito* comunitario, del que se ocupa la Corte de la CEE). Sin embargo, las normas producidas son válidas en el ordenamiento interno (sentencia 14/64).

b) Posteriormente, esta última conclusión ha sido desechada para afirmar el predominio del derecho derivado del Tratado respecto a las normas internas. Las prescripciones de la CEE —se ha reconocido por lo tanto— no sólo tienen que entrar en vigor inmediatamente, sino también resistir a las disposiciones contrarias del derecho interno. Además se ha afirmado que la disciplina comunitaria completa, en sus elementos estructurales y por tanto susceptible de aplicación inmediata en el Estado, no puede, en cuanto desarrolla efectos *ex proprio vigore*, ni siquiera ser reproducida o transformada en disposiciones correspondientes de la ley interna. Esta técnica reproductiva, ha precisado la Corte, ofendería al Tratado ya que la interpretación de las normas en él puestas o por él derivadas serían, una vez que sean recibidas o incorporadas al derecho interno, sustraídas al conocimiento de la Corte comunitaria *ex* artículo 177 del Tratado. La competencia reservada al juez comunitario de esta manera se pone al amparo de cualquier turbación por parte del ordenamiento nacional, porque es indispensable para la igual y unifor-

me aplicación del Tratado, y del derecho de él brotado, en toda el área del Mercado Común (sentencia 183/73).

c) Los principios hace poco puestos de manifiesto se desarrollan más tarde en otras decisiones. La más significativa de éstas, dictada en 1975 (sentencia 232/75), adopta el siguiente régimen de las relaciones entre el ordenamiento de la Comunidad y el del Estado: la norma nacional está implícitamente abrogada por el reglamento comunitario sucesivo que es incompatible con ella, el cual debe ser, en consecuencia, aplicado en forma inmediata al supuesto de hecho. Por el contrario, cuando la norma interna emana en violación de una norma comunitaria anteriormente vigente resulta que se ha vulnerado el artículo 11 de la Constitución, y el juez del caso concreto está obligado por lo tanto a promover cuestión de constitucionalidad ante la Corte Constitucional con referencia a dicho precepto. La solución —manifiestamente inspirada en la exigencia de tutelar el respeto del Tratado y del derecho comunitario (hasta el punto de conferir dignidad constitucional a las cuestiones que brotan de la infracción de los reglamentos de la CEE)— sin embargo no ha recibido el consenso de la Corte de Justicia Comunitaria. Precisemos mejor este punto. Los jueces de Luxemburgo parten, en orden a las relaciones entre los dos ordenamientos, de otras y distintas premisas, respecto a las acogidas por la jurisprudencia constitucional italiana. La fuente comunitaria y la interna, afirman, se integran en un solo sistema. Es la tesis monista. En la esfera del ordenamiento unitario, que los jueces de Luxemburgo configuran, el derecho interno está subordinado al derecho de la Comunidad y por esto cede ante él. *Bundesrecht bricht Landesrecht*, en definitiva. La prevalencia del reglamento implica, de otro lado, la invalidez-nulidad de la disposición interna contrastante que, como se dice, no puede dañar lo establecido por la única fuente de la que emana el derecho comunitario. El juez nacional debe poder, entonces, aplicar las normas de este derecho, sin esperar que las normas internas contrarias a él sean removidas mediante abrogación o declaración de inconstitucionalidad por parte del órgano al que compete, en el ordenamiento del Estado, el control sobre leyes.

El conflicto entre las tesis sostenidas respectivamente por la Corte de Justicia y la Corte Constitucional italiana, ha tenido gran resonancia, no sólo en la doctrina, sino también entre los prácticos del derecho. A este respecto, ha sido planteada ante la Corte italiana una ya célebre cuestión de constitucionalidad, que procede de un litigio ante el Tribunal de Milán. El caso es importante y merece la pena mencionarlo. El citado juez sostenía que en un caso concreto se aplicase una ley nacional que había extendido a las importaciones del área de la CEE una carga fiscal —el llamado derecho de inspección—, equivalente al impuesto de aduanas, prohibido en cuanto tal por la disciplina comunitaria del sector. Según la jurisprudencia de la Corte Constitucio-

nal, la ley debería haber sido impugnada por la violación del artículo 11 constitucional; el criterio diverso establecido por la Corte de la CEE, en interpretación del artículo 189 del Tratado, por el contrario impondría al juez italiano aplicar, no obstante, el derecho comunitario, y por esto, en el caso concreto, desatender la pretensión del fisco inmediatamente, sin plantear a tal fin el juicio de constitucionalidad. Situado entre las dos opciones de este dilema, el Tribunal de Milán ha planteado a la Corte una cuestión en vía principal y otra subsidiaria a la acogida de la primera. La cuestión principal ha sido promovida con referencia a la ley de ejecución del Tratado, por haber conferido esta eficacia interna a un sistema en el que se excluiría el recurso a la Corte Constitucional, con el necesario resultado, se asumía, de vulnerar un fundamental e inderogable principio del ordenamiento italiano. La cuestión formulada en forma subsidiaria ha sido planteada sobre el presupuesto que, sólo después de haber considerado fundada la cuestión principal, la Corte Constitucional habría podido mantener el poder de examinar las leyes internas emitidas en violación de los reglamentos comunitarios. Con esta segunda cuestión se denunciaba efectivamente la ilegitimidad constitucional de la ley institutiva del gravamen tributario. Tanto una como otra cuestión (sentencia nn. 176-177/1981) se han considerado inadmisibles por dos consideraciones autónomas y convergentes. La Corte ha puesto de manifiesto que la ley nacional, en la que estaba contemplado el contestado derecho de inspección, había sido caducada, por una parte mediante ley de abrogación del Estado, por otra mediante la producción de reglamentos más recientes de la CEE, en que se llama la atención o confirma, en relación con el mismo sector del Mercado Común, la preexistente prohibición del impuesto aduanero. Por tanto, la Corte ha considerado que —operando tanto una como otra serie de acontecimientos normativos retroactivamente, y por esto de manera que pueda afectar a la disciplina asumida por el juez *a quo* como reguladora del caso— la petición declaratoria de inconstitucionalidad se debería considerar irrelevante para la definición de la causa. De aquí precisamente la inadmisibilidad (por irrelevancia) de la cuestión. La decisión ha desilusionado a cuantos auspiciaban una respuesta de la Corte sobre el valor de las graves censuras del Tribunal de Milán. Por el contrario, otros comentaristas han apreciado su prudencia, observando que la solución, detrás de la cual se escuda la Corte, deja firme la jurisprudencia precedente, mientras evita un inoportuno enfrentamiento frontal con las conclusiones adoptadas por los jueces de Luxemburgo. Otros, por el contrario, han comentado de diversa manera el recurso a la presunción de conformidad con el derecho comunitario, del que la Corte se ha servido para configurar como retroactivas las previsiones abolidas, en virtud de las cuales ésta ha concluido que el derecho de inspección resulta removido del ordenamiento interno incluso para el

caso remitido al Tribunal de Milán. Esta retroactividad no había sido prevista expresamente, pero la Corte igualmente la ha hecho derivar con la finalidad perseguida por el órgano que legisla de adecuarse a las prescripciones comunitarias. No obstante, a la luz de sucesivos desarrollos, la sentencia aquí recordada tiene que ser considerada como un momento transitorio y de paso de la dirección ya adoptada en contraposición con las tesis de la Corte comunitaria, al nuevo acercamiento, inaugurado por otro pronunciamiento muy reciente.

d) En esta última decisión (170/84) se establece que el reglamento comunitario siempre e inmediatamente es aplicado por el juez comunitario, tanto si él sigue como si precede en el tiempo a la norma interna incompatible. Es el mismo resultado al que llega por su parte la Corte comunitaria. Por lo demás, se trata de un criterio que goza de general observancia en todos los países de la Comunidad, cualquiera que después pueda ser su justificación según las respectivas disposiciones constitucionales. La Corte italiana por esta razón ha advertido que la conclusión tomada ahora, sirve para garantizar y establecer condiciones de igualdad, ya “sea de los Estados miembros, ya sea de sus ciudadanos, ante el modo en que se hecho funcionar la disciplina, y la misma organización, del Mercado Común”. Con esto no se dice abiertamente que la adopción del criterio sancionado con esta última decisión esté prescrito por la norma constitucional —el artículo 11 constitucional, antes mencionado—, según el cual Italia acepta las organizaciones supranacionales “en condición de igualdad con los otros Estados”. Si así fuese, esta previsión, que tiene el significado textual de una *garantía*, de la que el Estado debe disfrutar en el seno de la Comunidad —efectivamente y de esta manera ha sido entendida en los precedentes pronunciamientos (*cf.* sentencia 183/73)—, asumiría por el contrario la connotación de un *límite*, del que el texto fundamental exige la observancia, en el sentido de que Italia está obligada a adecuarse —y uniformar, donde sea necesario, el propio ordenamiento interno— a las condiciones de igualdad, en cuanto, quede claro, éstas sean respetadas por otros miembros de la organización. No obstante, el argumento está sólo trazado en el pronunciamiento. La verdadera *ratio decidendi* está en otro lugar, y está puntualizada en la parte central de la motivación. En definitiva, la Corte circunscribe el *overruling* de la orientación precedente, afirmando querer “revisar” sólo la solución del problema que hace referencia a las relaciones entre el reglamento comunitario —es decir, la normativa inmediatamente aplicable en el territorio del Estado— y la norma emanada posteriormente por el Estado. El planteamiento ya dado a la materia, se añade, es salvado desde cualquier otra perspectiva. De esta manera, antes de nada, la Corte afianza su fidelidad plena e incondicionada al planteamiento dualista de las relaciones entre ordenamiento interno y derecho comunitario. Por lo tanto, desde

este punto de vista, mantiene las distancias respecto al enfoque monista de la Corte de justicia, y *pour cause*: quiere excluir la subordinación del ordenamiento estatal al comunitario y, por el contrario, hace presión con la distinción entre los dos ordenamientos, para explicar que el criterio adoptado últimamente ya estaba implícito en la jurisprudencia precedente, pero no llevado hasta sus consecuencias lógicas. Los ordenamientos efectivamente son distintos pero necesariamente coordinados; la coordinación todavía no es integración (en el sentido del monismo); pero como necesario presupuesto tiene la transferencia a los órganos de la Comunidad del poder normativo; y el ejercicio del poder comunitario —en nuestro caso, mediante reglamento— se concreta, por su parte, en un “acto”, que el ordenamiento reconoce “en cuanto tal y porque tal”, es decir, con la eficacia y el valor del que está previsto en el ordenamiento del origen. Por lo tanto, el sistema estatal se abre a la norma comunitaria, la deja tener vigencia tal y como es emanada por los órganos competentes para producirla, y asegura su observancia en el territorio nacional. La garantía predispuesta a tal fin es plena y continua. Desde el momento en que la esfera ocupada por el reglamento es atraída bajo el derecho comunitario, permanece sustraída a la ley interna: la cual está siempre colocada en un ordenamiento que no quiere interferir en el ámbito del ordenamiento distinto y autónomo de la Comunidad. Por lo tanto, poco importa que las disposiciones incompatibles de la ley estatal sean anteriores o sucesivas. El reglamento comunitario fija, en cualquier caso, la regulación de la materia. En definitiva, el efecto conexo con su vigencia es el de no caducar, en la acepción propia del término, la ley interna que contradiga las prescripciones de la CEE, e impedir que ella sea puesta de manifiesto por la definición de la controversia ante el juez italiano. La consecuencia más importante del pronunciamiento, en definitiva, está aquí. Cualquier órgano que juzgue en Italia, asegura que el reglamento comunitario gobierna el caso concreto (siendo útil a este respecto del eventual auxilio del instrumento que le ofrece la cuestión prejudicial de interpretación, en relación con lo dispuesto por el artículo 177 del Tratado), y de ahora en adelante aplica necesariamente la disposición; mientras que ninguna norma de la ley nacional —anterior o sucesiva— puede cercenar la esfera de eficacia de la disciplina que se tiene que aplicar, que es vigente en el territorio, pero no forma parte del ordenamiento del Estado. Por otra parte, fuera del ámbito material y de los límites temporales en que está en vigor el reglamento, la norma estatal despliega su eficacia. Con todo esto la Corte Constitucional se reserva (análogamente a la alemana) un margen de intervención, para las graves y auténticas cuestiones de constitucionalidad, que pueden surgir en dos frentes: por un lado, cuando se denuncie la ley de ejecución del Tratado, en cuanto autoriza la aplicación de normas comunitarias confluyentes con los principios fundamentales del

ordenamiento constitucional italiano o los derechos inalienables de la persona humana: hipótesis, ésta, ya prevista, aunque sea como improbable, en la sentencia número 183/73; por otro, en el caso en que se censuren disposiciones de la ley estatal como lesivas del sistema o núcleo esencial de los principios establecidos en el Tratado. Aquí se plantearía la cuestión, evidentemente reservada a la cognición del juez constitucional, de si el legislador ordinario injustificadamente ha quitado alguno de los límites puestos por él mismo, en sede de ejecución del Tratado, sobre la base y en directo cumplimiento del artículo 11 constitucional. Si se centra la atención en la jurisprudencia de la Corte italiana, se pueden sacar de ella algunas consecuencias, que afectan, desde más de un punto de vista, al tema hasta aquí desarrollado.

8. Ante todo, hay que poner de relieve la distinción entre adaptación e integración. El derecho constitucional se ha ocupado del problema específico, que consiste en adecuar el ordenamiento estatal a las exigencias de una organización compleja, como es el Mercado Común. Cuando no se ha seguido el criterio de constitucionalizar la adaptación automática al Tratado, con todas las consecuencias que de esto derivarían, se ha elegido otro camino: yo diría, el del “derecho federal por analogía”. No obstante, esta expresión debe ser entendida *cum grano salis*. El ordenamiento estatal toma en consideración no tanto el Tratado, como fuente de derecho internacional, cuanto la organización prevista por el Tratado, siempre que haya sido instituido efectivamente. Pero esto no significa que el precepto constitucional, que aquí se toma en consideración, contemple, entre otras hipótesis, también la de la formación de un Estado federal, en el amplio sentido del término, al que Italia se pueda adherir. Especificando más, si una organización del tipo previsto en la Constitución no consiguiese nunca integrar los extremos de un ente supranacional, dotado de los atributos de la estatalidad, el ordenamiento interno podría, lógicamente, regular la única manifestación de voluntad, con la cual el Estado decide o pide formar parte del ente configurado de esta manera. Las relaciones entre los ordenamientos de los Estados individuales y el del Estado supranacional recaerían exclusivamente bajo el dominio de este último sistema. El Estado supranacional es, en verdad, un Estado federal propio y verdadero, que extrae del simple hecho de estar constituido el título para legitimar su existencia. Su ordenamiento no depende de los ordenamientos de los miembros, sino al contrario los supera, mientras éstos se unen bajo su Constitución. Por otra parte, ninguna Constitución de un Estado-nación, que yo sepa, contempla —y pretende someter a su disciplina— la situación que se verificaría, si el Estado mismo perdiera su actual identidad de soberano, por uno cualquiera de los modos en que podría adquirir la calidad de miembro de una federación; y así, por ejemplo, mediante fusión con otras entidades estatales las cuales entren a formar

parte de un nuevo Estado federal, o mediante incorporaciones en alguna otra de dichas entidades o que ella misma ya esté ordenada como Estado federal. Podría decirse que este orden de hipótesis escapa de la perspectiva del constituyente en los actuales Estados nacionales; quizá, porque trasciende del ámbito histórico y político en el que se ha formado y radicado la idea misma de nación, que los textos fundamentales de hoy día, a pesar de sus aperturas al internacionalismo, después de todo no repudian, y después porque se ha advertido que, como hace poco observaba, la esfera del derecho estatal no abraza los acontecimientos normativos, en virtud de los cuales el ordenamiento estatal se subordina al del otro ente soberano. Siempre en consideración con la originalidad del ordenamiento del Estado federal se explica, además, que las constituciones de los Estados miembros no regulan, en general, el ejercicio del derecho de secesión, y por ello la pérdida voluntaria de la pertenencia a la federación; la llamada perpetuidad del vínculo de unión, que también se encuentra a menudo en la Confederación, aunque en este caso permanece circunscrita a la esfera de las obligaciones convencionales, aquí, en el interior del ordenamiento estatal en el que el vínculo federal se ha entificado, significa, ahora ya, subordinación del ordenamiento de cada Estado individual, y de sus leyes, al ordenamiento, y a las leyes, de la federación (del Estado central).

Ahora bien, el sistema de la integración europea no se deja reducir a la lógica de este tipo del federalismo. Aunque revista los caracteres de la supranacionalidad —junto a otros, verdaderamente, propios de las organizaciones intergubernativas—, no es, en efecto, todavía un sistema estatal; es más, no lo es por definición. La supranación, el supra-Estado, es como mucho una virtualidad institucional del futuro, que se introduciría en el proceso en curso sólo en el momento en que la Comunidad económica se transformase en una Comunidad política, y en este sentido estrictamente federal. He aquí la razón por la que el fenómeno se toma en consideración, subespecie de la Constitución estatal, esencialmente en su aspecto de fenómeno convencional. La idea de la fundación de la Comunidad, que se realiza mediante la transferencia de poderes, por sugestiva que pueda parecer, nada quita a la realidad de las cosas, y en todo caso sirve sólo para establecer una cierta analogía con el proceso formativo del Estado federal.

Por otra parte, no se puede negar la importancia y el gran relieve práctico que, en esta ocasión, asume la divergencia entre la tesis monista sostenida por la Corte comunitaria, y la versión dualista de las relaciones entre ordenamiento comunitario e interno, a la que permanecen fuertemente anclados, por su parte, los tribunales constitucionales italiano y alemán. Si se observa bien, el monismo responde a la concepción estatalista del fenómeno, el dualismo a la contractualista. Esta

última podría, sin embargo, relacionarse con un monismo de signo opuesto, que colocase en el ordenamiento estatal el fundamento del mismo ordenamiento comunitario, atrayendo en bloque las fuentes de este último, a su propia esfera. Si se mira a las doctrinas del Estado federal (y se reflexiona sobre sus vicisitudes), es precisamente esta segunda configuración del monismo —íntimamente conectada con *l'organic theory* del gran teórico del derecho de secesión de los miembros, antes de la guerra civil norteamericana, Calhoun— la que circula, durante el siglo pasado, en el robusto y fortalecido filón del contractualismo estadounidense y alemán. Pero el monismo que resuelve e identifica la Constitución federal con un Tratado entre soberanos (y el Estado federal en una Confederación), tiene una lógica suya interna —precisamente la de la soberanía indivisible— fundamentalmente distinta, incluso lejana, de las razones inspiradoras de las conclusiones adoptadas por los jueces constitucionales respecto a la CEE. Los pronunciamientos de estos jueces han delineado un sistema en que el Tratado, el instrumento contractual, se convierte en la clave para limitar la soberanía, repartirla de nuevo —osaría decir, dosificarla, con prudencia y empirismo— entre Estado y Comunidad. Al monismo de impronta federal, las Cortes constitucionales han respondido con un dualismo, moderado por la coordinación entre los dos sistemas, cada uno de los cuales funciona en su esfera, forma y controla los propios actos, pero está con el otro en una relación particular. De esta manera ha razonado la Corte italiana, en el último pronunciamiento, para afirmar que el ordenamiento italiano se ha limitado respecto al ordenamiento comunitario, y no quiere interferir en la esfera ocupada por el reglamento producido por la CEE. Tal esfera, ha dicho, está cerrada a la ley estatal, en cuanto atraída sin residuos bajo el derecho comunitario. La coordinación presupone, por lo tanto, el dualismo y sirve para asegurar la prevalencia del derecho comunitario en rigurosa conformidad de tal presupuesto.

Ahora bien, la construcción de la jurisprudencia constitucional tiene, si acaso, un parentesco conceptual sólo con las primeras y más simples nociones del federalismo, que se remontan muy atrás en el tiempo. Por ejemplo, las encontramos en los albores de la experiencia estadounidense. Entonces no se tenía clara conciencia del hecho de que detrás de la federación hay un Estado. Se reconocía en el sistema de los órganos centrales un ordenamiento diferente al de la comunidad territorial individual apenas liberada del estado de colonia; no obstante, se quería que el poder del Congreso, la ley federal, obrase directamente en la esfera territorial de cada unidad territorial, llegando hasta los ciudadanos. No por casualidad, el adjetivo *federal* se emplea, en los famosos *Federalist Papers*, como lo contrario de *national*, para indicar que los ordenamientos locales eran distintos. Quede claro que esto sucedía antes de que se llegase al criterio más reciente de considerar tales orde-

namientos como partes integrantes —*Teilordnungen*— de una sola nación. Sólo más tarde el adjetivo federal asume el valor de una doble referencia a la unidad y diversidad del sistema; los dos atributos al que se refiere califican, juntos, el modo de ser del Estado federal integrado en ciertas áreas, descentralizado en otras. Los jueces constitucionales reproponen no obstante, a propósito del Mercado Común, un concepto de dualismo que se explica precisamente en relación al carácter, digamos preestatal de la Comunidad Europea; y es por esto por lo que su esquema restablece a la actualidad remotas (y preestatalistas) versiones del concepto de integración. Sea como fuere, mientras esta concepción dualista triunfe, la fuente comunitaria no podrá jamás ser considerada como fuente del ordenamiento estatal. Los procesos de producción jurídica de los ordenamientos permanecen en esferas diversas, y sus relaciones no pueden ser evaluadas según los principios establecidos en el ordenamiento estatal para la resolución de los conflictos entre sus mismas normas. Si es así, el problema de la fuente atípica ni siquiera se plantea.

La distinción de los ordenamientos comporta, por el contrario, que el reglamento debe prevalecer sobre las normas internas incompatibles, no en virtud del criterio de jerarquía y tampoco del criterio de competencia, sino por la diversa consideración que la norma reguladora de la especie es sacada del derecho comunitario, al que el ordenamiento interno ha abierto, por así decir, sus puertas. El criterio resolvente de las antinomias entre derecho comunitario y derecho interno se hace derivar de la relación entre los dos ordenamientos, no de la relación entre las fuentes, ni de uno ni de otro sistema. Diversamente sucedería si los dos sistemas estuvieran compuestos al unísono.

9. Es difícil decir si la doctrina monista, propugnada por la Corte comunitaria, acabara por sofocar la otra concepción, a las que se adhieren las Cortes constitucionales italiana y alemana. Depende mucho del desarrollo —hasta ahora, como es sabido, bastante incierto y difícil— de la integración europea. La posición de la Corte de justicia, actualmente, quizá es un tanto audaz. Dicho órgano afirma el monismo, y el primado del derecho comunitario, en términos que parecen exceder, o por lo menos preceder, las posibilidades de las instituciones comunitarias hoy existentes. De todas maneras estamos en el terreno del *guesswork*, como dirían los juristas anglosajones. Nada excluye, en todo caso, que el estadio actual perdure. Entonces puede darse que monismo y dualismo continúen midiéndose en el plano de las premisas teóricas, allí donde encuentran un punto de acuerdo en el resultado práctico del modo como el Tratado recibe aplicación en los territorios de los Estados miembros. Acuerdo, éste, indispensable, para que el sistema rijan y funcione como ahora está estructurado. La analogía del fenómeno actual con las estructuras tradicionales del federalismo se detiene, en conclusión, en la

superficie de la comparación. En efecto, detengámonos en el proceso formativo de los Estados federales contemporáneos, por lo menos en los más conocidos, en el seno de las democracias occidentales. Tomaremos esta línea de desarrollo: la primera fase es la del *Staatenbund* (no hablo de los orígenes más remotos, que están, en el caso del federalismo anglosajón, en las raíces del imperio británico, desarraigadas en Estados Unidos por la revolución y en otro lugar corroídas por el lento desarrollo de los *Dominions* en Estados soberanos); la fase sucesiva es la del *Bundes-staat*. Pero, según mi opinión, no es este el sistema concebido para la disciplina del proceso de integración y de sus auspiciados desarrollos. La comunidad sectorial y funcional en que el Mercado Común ha tomado cuerpo en otra cosa diversa de la Confederación, de la que la historia constitucional nos indica los clásicos ejemplos (Estados Unidos, Suiza): respecto a ella, la Comunidad está menos avanzada en cuanto a la esfera de las funciones políticas; pero en compensación, y desde el inicio, está dotada, en su ámbito, de mayores recursos institucionales. Si el proceso de integración se tuviera que bloquear al nivel que ya ha conseguido —sin progresar, ni retroceder, entiendo—, permanecería la presente convivencia del monismo de los jueces europeos y del dualismo de las Cortes nacionales. En último análisis, se trata de dos puntos de vista diferentes de la misma realidad: una orientada hacia la hipótesis del Estado-supernación, otra anclada en el pluralismo de los ordenamientos estatales implicados en el proceso de actuación del Tratado. Las tesis de la adaptación automática, tal y como están expuestas en mi trabajo, no se dejan reducir a ninguna de las dos sistematizaciones del fenómeno. El monismo fundado en la primacía del derecho comunitario ya es, en sustancia, una anticipación del concepto estatista del federalismo, según el cual la disciplina dictada por la autoridad central es, en cada Estado miembro de la unión, la *supreme law of the land*, sin necesidad de adaptación o recepción. El dualismo que conduce a la aplicación directa —y automática— del derecho comunitario repudia, por su parte, el asunto central de las tesis productivas del reenvío al derecho internacional, como yo las he acogido y utilizado; y de esta manera, antes de nada, el reenvío a la fuente internacional —costumbre o tratado— considerada como “hecho” productivo de las normas internas correspondientes a las del ordenamiento designado. El dualismo subyacente, en tema de adaptación, a las tesis de la norma sobre la producción siempre está unido con el principio de exclusividad, que implica la necesaria transformación de las normas internacionales (y la configuración como “hecho” de toda norma que pertenezca a ordenamiento diverso del considerado vez a vez). El dualismo aplicado por la Corte italiana al derecho comunitario, reposa, por el contrario, en el concepto del sistema estatal abierto a los reglamentos del Mercado Común; la norma comunitaria no se transforma en ninguna correspon-

diente disposición interna, incluso cuando está vigente en la esfera territorial del Estado; permanece impermeable a las aguas del derecho nacional. El criterio de exclusividad aquí se entiende, si no me equivoco, como habría querido Santi Romano, cuando escribía que nada impedía al Estado —precisamente porque tiene un ordenamiento originario y por esto es libre de querer tal resultado en el ejercicio de la soberanía normativa— conferir *valor jurídico*, aunque sea limitadamente a ciertos efectos, a las normas de otros sistemas originarios.

Quisiera cerrar con esta última nota. Si la tesis acogida por la jurisprudencia constitucional, por lo que se refiere al reglamento comunitario, se tendría que extender al campo de la adaptación —y en el plano dogmático, también ésta es una hipótesis de trabajo, que se puede presentar—, cambiaría el planteamiento de la problemática. Las disposiciones constitucionales que interesan a la materia se expresan como normas de garantía. Su función ya no sería la de producir el derecho de adaptación. Ciertamente se entendería siempre en el sentido de que el texto fundamental presupone la producción, en el ordenamiento internacional, de la normativa que tiene que ser aplicada en la esfera del Estado. Pero la garantía —objeto primario de la adaptación— estaría confiada a la estatalización que las normas internas incompatibles ceden ante la regla internacional. En este contexto conceptual, el juez nacional tendría, por lo tanto —como ahora sucede en Italia, respecto al derecho comunitario—, que hacer necesaria aplicación de la regla internacional, sin que, para los fines de su decisión, pueda ser tomada en consideración la ley estatal. Más bien, la escena de la adaptación sería ocupada precisamente por el juez ordinario, al que le competiría asegurar la incompatibilidad entre la norma interna y la internacional (para después aplicar, como decía, en todo caso, esta última). Ante la difusión de este control jurisdiccional, la Corte Constitucional sólo podría ser investida del juicio sobre la existencia de presupuestos para la aplicación del derecho internacional. Así, por ejemplo, aún podría ser llamada a examinar —mediante el control preventivo sobre la constitucionalidad del Tratado— la conformidad de la regla internacional a la Constitución, o a los principios fundamentales del ordenamiento interno; o bien, en el caso del derecho internacional consuetudinario, la Corte podría, en caso de duda, verificar la existencia misma de la costumbre, que se entiende agraviada por la ley interna. Este tipo de competencias estaría también aquí justificado, dado que ningún mecanismo de enlace —análogo al ya establecido para la Corte comunitaria, como intérprete cualificado y exclusivo del Tratado de Roma, gracias al procedimiento previsto en el artículo 177 del mismo Tratado— ha sido previsto hasta ahora en relación con otros cuerpos de jueces internacionales. De otra manera, se acabaría por descentralizar el control sobre la aplicabilidad del derecho internacional público respecto al juez ordinario; y sería, en

definitiva, una fórmula equivalente al control jurisprudencial conexo con el límite del orden público, tal y como lo encontramos en la esfera del derecho internacional privado.

Naturalmente, el configurar la disciplina constitucional de la adaptación en clave de garantía es una concepción nueva, que se construiría desde la base. El punto de partida para reflexionar sobre su elaboración no falta, y se puede encontrar en las páginas de este prólogo. Pongo un ejemplo. La intervención del legislador en la autorización para la ratificación del Tratado y la conexas intervención del juez constitucional —donde está previsto, como en Francia y en España— referente a la compatibilidad entre la disciplina establecida en el acuerdo internacional y los preceptos constitucionales en confrontación, se encuadran, de conformidad con el orden de ideas que aquí se exponen, entre las garantías de procedimiento de tipo preventivo. Son soluciones garantizadas connaturales a la democracia de nuestros días, y sirven para dar una faz moderna a la antigua noción del *poder exterior*. El mismo fin se podría perseguir, por otra parte, si se sancionase *per tabulas* la inaplicabilidad, por el juez interno, de la ley estatal dictada en violación del derecho internacional aplicable al caso. No obstante, una solución de este tipo puede encontrar más de un apoyo conceptual: el reconocimiento del principio *pacta sunt servanda*, entendido como principio fundamental del mismo ordenamiento constitucional; la previsión, constitucionalmente sancionada, de la tutela necesaria, directa y difundida de las situaciones subjetivas emanadas de la norma internacional; la sanción de la ineficacia automática de las normas contrarias al derecho internacional, conminada directamente por el constituyente, sin recurrir a la interposición del juez constitucional. Fórmulas de este tipo —tengámoslo en cuenta *per incidens*— efectivamente han sido empleadas en tema de relaciones intertemporales, incluso en relación con acontecimientos excepcionales, como el cambio de la *forma regiminis*: cuando en la Constitución se prefigura un orden nuevo, y ante todo se quiere negar el pasado, toda disposición, en la que se refleja el viejo régimen, contradice a *Weltanschauung* del constituyente; y entonces se explica cómo es rápidamente expulsada, y ni siquiera imputada a un sistema político, que ha sido fundado de nuevo desde su base. Pero también sin tener benevolencia con este punto de vista, nada prohíbe considerar que sea una elección de civilización jurídica la de garantizar la observancia del *ius gentium*, en todo el complejo de sus normas. Por lo demás, también esta hipótesis podría modelarse sobre la llamada garantía federal (de sabor helvético, estaría tentado en añadir, con la advertencia, por lo demás evidente, que en nuestro caso el derecho interno garantizaría el respeto del derecho internacional y allí la Constitución tutela el ordenamiento de los Cantones). Siempre en esta perspectiva se podría introducir —¿por qué no?— la esfera más amplia de la adaptación or-

dinaria. Aquí se pone de relieve el instrumento del control sustitutivo, dirigido a prevenir la consumación del ilícito internacional, con el fin de asegurar el cumplimiento de las normas internacionales, que no son de inmediata aplicación, y por esto exigen la intervención del legislador interno. En este sentido, por ejemplo, resultaría justificada la sustitución de los órganos centrales en vez de los regionales, incluso en la esfera de la autonomía legislativa, cuando resulte que estos últimos órganos no han cumplido a su tiempo las obligaciones internacionales, en las materias a ellos reservadas. No obstante, veo que estoy esbozando la trama de un nuevo libro por escribir. Y aquí debo detenerme, ya que pretendía sólo reflexionar sobre el trabajo realizado a su tiempo, y revisar las tesis, antes de confiarlas a la paciente atención del público de lengua española.