

CAPÍTULO IV

ADAPTACIÓN Y CONTROLES DE CONSTITUCIONALIDAD

6. Controles de constitucionalidad sobre las normas de adaptación al derecho internacional convencional: <i>a)</i> Planteamiento del problema	422
7. <i>b)</i> Análisis de las configuraciones posibles del control, allí donde el ordenamiento interno recoge la forma de la adaptación automática aunque no sea más que en relación con un único tratado	427
8. <i>c)</i> Los controles sobre las normas de adaptación introducidas mediante orden de ejecución o a través del procedimiento ordinario	436

Dicho esto, en este caso resulta difícil comprender cómo podrían variar los criterios para controlar la regularidad de la formación del tratado, según que se acepte la tesis de la norma sobre la producción o por el contrario otras posturas. En cualquier caso, el control tendría lugar sobre la base de las normas del derecho interno que regulan la conclusión de los tratados; y sería muy difícil sostener que haya que considerar a dichas normas como técnicas y no por su propio valor de normas sobre la producción jurídica. No pensamos que se pudiera decir con fundamento que éste es un caso del que no sería legítimo deducir conclusiones de alcance general, y que estaríamos aquí ante una figura, enteramente particular, de interferencia entre llamadas hechas por el derecho interno al derecho internacional y al revés; en otros términos, que el primer sistema alude a los procedimientos de producción del segundo y que, a su vez, este último utiliza o adopta los procedimientos de producción del otro. El hecho sobre el que queríamos llamar la atención —y que no parece que resulte desmentido por la objeción que acabamos de señalar— es éste: de un lado se sostiene que el artículo 10 reenvía a los hechos de producción, en tanto que aptos para producir las normas internacionales —mejor, en cuanto que ya las han producido—; del otro se afirma que el objeto del reenvío son las normas internacionales que se derivan y cobran su propia eficacia de los hechos de producción aptos para producirlas. La doctrina se mueve de esta manera dentro de un orden de ideas que podríamos llamar circular, y, en definitiva, a pesar de partir de puntos opuestos llega a resultados que en la práctica son equivalentes.

6. *Controles de constitucionalidad sobre las normas de adaptación al derecho internacional convencional: a) Planteamiento del problema*

Los resultados a los que conduce la tesis de la norma sobre la producción se despliegan cumplidamente cuando se trata del problema de la adaptación del ordenamiento interno al derecho internacional convencional. Como sabemos, nuestro derecho positivo no se ha inspirado en el principio de la adaptación automática al derecho internacional convencional.

El procedimiento que se utiliza con más frecuencia —normalmente de hecho— para producir las adecuadas normas que llevan a la práctica en el ordenamiento interno las exigencias de adaptación que se derivan de los tratados es el de la orden de ejecución. No obstante, y ello representa una figura elíptica de legislación y un procedimiento, por lla-

marlo así, especial o distinto del ordinario, la orden de ejecución aparece, a veces, en forma de ley, o de decreto según la autoridad que, de acuerdo con el ordenamiento positivo, es la competente para crear las normas de adaptación al tratado al que se refiere la orden de ejecución.⁵⁴ Por tanto, la orden de ejecución adquiere la eficacia y al mismo tiempo queda sometida a los límites del acto normativo en cuya forma viene emanado. Otra consecuencia, sobre la que ya hemos llamado la atención, consiste en que la orden de ejecución no es estructuralmente idónea para realizar la adaptación automática del derecho interno a las normas internacionales convencionales, precisamente por los límites constitucionales que encuentra. La eficacia de las normas introducidas en el ordenamiento interno mediante la orden de ejecución está condicionada únicamente a los hechos de creación y extinción de las normas a las que se refiere la orden de ejecución, no a los hechos de modificación, es decir, a los hechos que, según el ordenamiento internacional, puedan modificar el contenido de estas últimas normas. En otros términos, la orden de ejecución no puede adaptar el ordenamiento interno a las sucesivas disposiciones o modificaciones del tratado al que está ligado: en suma, a aquellas situaciones en las que las normas consideradas sufren cambios como consecuencia de los hechos a los que el ordenamiento internacional atribuye capacidad de modificar las propias normas. Como ya hemos precisado, resulta obvio que la orden de ejecución adquiriría esa capacidad si adoptara la forma de una ley constitucional. Incluso, en nuestro ordenamiento, podría verificarse esta hipótesis cada vez que se concluye un tratado cuyo contenido choque con la Constitución. De hecho, para convertir en ejecutivo un tratado que implique una revisión constitucional, se precisa que la correspondiente ley de autorización sea adoptada mediante el procedimiento agravado

⁵⁴ Cfr. Miele, *La costituzione...*, cit., p. 29, en el sentido de que el juez puede dejar sin aplicación la orden de ejecución ilegítima; igualmente Ruini, *Considerazioni...*, cit., p. 613, nota 26. Miele considera que mientras la forma de la orden de ejecución puede ser controlada por los órganos jurisdiccionales, el control sustancial de constitucionalidad (es decir, el control de los vicios materiales) queda reservado al Tribunal. El autor precisa que el control confiado al juez constitucional va dirigido a declarar la compatibilidad de una norma interna con la orden de ejecución, dejando de este modo abierto el problema de si el Tribunal puede además controlar la constitucionalidad de las normas *introducidas* mediante la orden de ejecución. Queda claro que no puede aceptarse dicha solución si se considera que las normas de adaptación al derecho convencional se sitúan, al menos ordinariamente, en el mismo plano que las leyes ordinarias. Es discutible la observación que afirma que el control formal compete al juez ordinario antes que al tribunal: cfr. sobre este punto las consideraciones de Mortati, *Istituzioni...*, cit., p. 915.

del artículo 138 de la Constitución.⁵⁵ Si, como ya es práctica normal, la ley de autorización contiene la orden de ejecución del tratado, de ahí se deduce que la eficacia de la norma constitucional se extienda a la orden de ejecución; esta última adquiere de esta forma la capa-

⁵⁵ No creemos que sea necesario que la autorización y la ejecución de un tratado incompatible con la Constitución deban adoptarse mediante ley constitucional. Para eludir los graves inconvenientes de tipo práctico que, como ha sido anteriormente señalado (Quadri, *Controlla...*, cit., pp. 31-32, nota 3), se derivarían de la necesidad de recurrir al procedimiento de revisión constitucional varias veces, en relación con un mismo acuerdo, es posible, si no estamos equivocados, apoyarnos en dos tipos de argumentos, opuestos pero, por decirlo de alguna manera, convergentes. Por un lado, puede aducirse que la aplicación del procedimiento agravado presupone, *ex ante*, que el acto sometido a revisión deba ser sustancialmente legislativo por lo que, en consecuencia, queda excluido que la autorización parlamentaria a la ratificación de los tratados deba ser adoptada mediante ley constitucional; todo ello, por supuesto, si se atribuye a la ley de revisión un contenido típico, caracterizado por elementos legislativos en sentido material como, por ejemplo, el de introducir innovaciones en la organización o en la estructura fundamental del Estado. De lo anterior se seguiría que un tratado cuyo contenido sea incompatible con la Constitución *puede* ser autorizado mediante ley ordinaria, pero *debe* ser convertido en ejecutivo mediante ley constitucional.

Por otro lado, si se reflexiona sobre el hecho de que las cartas constitucionales de carácter rígido y detallado (como la nuestra), tienden a disciplinar y contemplar materias que, desde el punto de vista de la división material de funciones, no revisten carácter legislativo, no parece que exista ningún obstáculo lógico para pensar que se exija el procedimiento agravado para la emanación de aquellas leyes que deroguen la Constitución. Ahora bien, se admite sin problemas que el acto de autorización tiene como función remover un límite al ejercicio de la competencia de un órgano determinado. Si ello es exacto, la adopción de la medida de autorización mediante ley constitucional, implica que la ratificación del acuerdo, objeto de la autorización, debe considerarse legítima o, mejor aún, legitimada por la intervención previa del constituyente; con el resultado de que la conclusión de un tratado que contenga una o más disposiciones incompatibles con la Constitución, no sobrepasará los límites de la competencia de los órganos del *treaty marking power*. En consecuencia, mientras que se hace necesaria la forma de ley constitucional para dictar las normas de ejecución, cuando el contenido del tratado que se ejecuta y reproduce mediante acto legislativo, resulta incompatible con la Constitución, esta necesidad debería desaparecer si la ley de autorización ha sido adoptada mediante procedimiento agravado, de manera que haya quedado subsanada toda posible contradicción entre el tratado que ha de ejecutarse y la Constitución. El hecho de que se adopte la autorización parlamentaria mediante ley constitucional, no elimina por tanto la necesidad de adoptar un acto de ejecución subsiguiente, sino que únicamente permite que dicho acto se adopte mediante el procedimiento requerido para la adaptación del ordenamiento interno a los tratados que no acarrear modificaciones del ordenamiento constitucional: es decir, mediante el procedimiento legislativo ordinario. Siguiendo una de las dos construcciones que acabamos de sugerir, se consigue, pues, evitar la repetición del procedimiento agravado, de manera que, en relación con un acuerdo cuyo contenido contradice a la Constitución, basta una sola ley constitucional, o bien de autorización o bien de ejecución. Para otras consideraciones en torno a este problema, *cfr.* La Pergola, *Note sull'esecuzione...*, cit., p. 33, nota 45.

cidad por subordinar la eficacia de las normas que introduce en el ordenamiento interno, no sólo a la creación y extinción, sino también a las subsiguientes variaciones del tratado al que se refiere. Ésta sería la situación de la ley de ejecución de los Pactos Lateranenses, para quien parte de la tesis según la cual el artículo 7 habría recibido dicha ley transformándola, por decirlo así, en una orden de ejecución constitucionalizada.

Las consideraciones precedentes sirven para esclarecer por qué debe organizarse de distinto modo el control de constitucionalidad relativo a las normas de adaptación al derecho convencional, según que la orden de ejecución tenga el rango de norma constitucional o, por el contrario, el de una ley ordinaria. Sin embargo, en ambos casos es oportuno partir de la hipótesis de que orden de ejecución y ley de autorización están acumuladas dentro de una única medida legislativa.

Cuando la orden de ejecución contiene normas formalmente constitucionales puede decirse que tiene lugar una coincidencia entre el procedimiento de formación del tratado y el necesario para introducir las relativas normas de adaptación. De hecho, una vez que la orden de ejecución ha nacido bajo la forma de una ley constitucional, como ya se ha dicho, queda capacitada para realizar la adaptación automática del derecho estatal al tratado al que se refiere. Como sabemos, el rasgo característico del fenómeno de la automaticidad consiste precisamente en lo siguiente: la creación de la norma interna de adaptación se produce en el mismo momento en que tiene lugar la formación de la correspondiente norma internacional. De esta manera, la inserción de las normas de adaptación tiene lugar sin que sea necesaria la creación de un específico acto legislativo. En todos los casos en los que la orden de ejecución funciona como procedimiento de adaptación automática (análogo al que adopta el artículo 10 para el cumplimiento del derecho internacional general) puede decirse, pues, que el ordenamiento interno prevé una coincidencia entre dos procedimientos diferentes que regula el mismo: el de la formación del tratado y el necesario para la creación de las normas de adaptación al tratado mismo.

En relación con el derecho internacional convencional existe una única diferencia entre esta hipótesis y el tipo de adaptación automática que otros ordenamientos han acogido: aquí la adaptación automática realizada por la orden de ejecución, en lugar de referirse a cada uno de los diferentes tratados, se limita al tratado concreto al que se refiere la orden de ejecución.

En el otro caso, mucho más frecuente, en el que la orden de ejecu-

ción vaya insertada en la ley de autorización (sin que, sin embargo, ninguna de las dos medidas revista la forma de ley constitucional), se produce una simple interferencia entre los dos procedimientos: es decir, una coincidencia ocasional y no una conexión institucional, tal cual se verifica en la hipótesis antes considerada. En efecto, en este último caso, la orden de ejecución, que reviste la forma de una ley ordinaria y se encuentra en los límites de éste, no puede introducir las normas de adaptación que se derivan de las subsiguientes modificaciones del tratado o, lo que es igual, no puede operar como un procedimiento de carácter automático. Ya hemos advertido que, para los fines que nos interesan, examinamos separadamente ambas hipótesis. Pero, mientras tanto, es conveniente detenerse un momento a esclarecer otros aspectos del derecho internacional convencional, que hasta ahora parece haber pasado totalmente inadvertido.

Al ocuparnos de la adaptación al derecho internacional general hemos tenido ocasión de señalar que, entre los hechos modificativos de las normas internacionales a las que se refiere el artículo 10, puede caber también el tratado en cuanto que constituye un hecho idóneo para derogar las normas consuetudinarias. De esto se deriva una consecuencia importante. El tratado que deroga otras normas de derecho internacional general debe considerarse en un sentido ciertamente particular, respecto al control de constitucionalidad sobre las normas de adaptación al derecho internacional. Sobre la base de la construcción que ya hemos señalado, el tratado constituye un instrumento apto para alterar el contenido de una norma de derecho internacional general, si bien dentro de los límites en que aquél desarrolla su propia eficacia derogatoria.

Pongamos por caso ahora que el juez debe aplicar la norma de adaptación a una costumbre internacional, que haya sido derogada convencionalmente (se entiende, mediante un tratado en el que haya intervenido Italia).

Se toma en consideración el tratado, precisamente, en cuanto que constituye uno de los hechos de producción a los que el artículo 10 atribuye la inserción de normas de adaptación al derecho internacional general en el ordenamiento interno. En relación con el tratado, el intérprete —en nuestro caso el Tribunal Constitucional— aplica en realidad la norma consuetudinaria derogada por el tratado y que, precisamente como consecuencia de la derogación convencional, ha adquirido un contenido nuevo: y en realidad, el ordenamiento interno debe adaptarse a la norma de derecho internacional general modificada de esa manera. Expuesto el problema en estos términos, aparece claro que sería una

inexactitud grave, incluso un error sustancial, reconducir el caso señalado hace un momento al fenómeno de la adaptación al derecho internacional convencional. Repitémoslo, el tratado que deroga la costumbre internacional constituye un hecho, del cual el juez deduce el contenido de la norma consuetudinaria y, en consecuencia, el de la norma interna de adaptación que corresponde a esta última.

Como ya se ha dicho, en relación con esta finalidad, importa poco que el ordenamiento interno haya dotado de ejecutividad al tratado. Es suficiente con que haya nacido en el plano del derecho internacional y que contenga los extremos del hecho apto para llevar a cabo la derogación de la norma consuetudinaria que se trata de aplicar. Del razonamiento que precede debe extraerse además otra conclusión. Puesto que, con cierta aproximación, puede decirse que el tratado es asumido como parte integrante del contenido de la norma de derecho internacional general a la que deroga, la correspondiente norma de adaptación *no constituye objeto sino criterio*, en relación con el control de constitucionalidad de las leyes ordinarias. Está claro que se trata de una norma de adaptación al derecho internacional general y no al tratado. Hemos querido aludir a la cuestión precisamente para evitar la posibilidad de equívocos y precisar así la situación en la que se encuentran las normas de adaptación al derecho convencional desde el perfil aquí considerado.

7. b) *Análisis de las configuraciones posibles del control, allí donde el ordenamiento interno recoge la forma de la adaptación automática aunque no sea más que en relación con un único tratado*

Pasemos ahora a considerar brevemente los problemas que se plantean cuando se trata de controlar la constitucionalidad de las normas de adaptación al derecho internacional convencional. Hagamos la distinción entre las dos hipótesis anteriormente señaladas:

1) El procedimiento de formación del tratado y el procedimiento de adecuación coinciden: hipótesis ésta que, como decíamos, está limitada en nuestro ordenamiento a los tratados cuya orden de ejecución se crea mediante procedimiento agravado, acumulado a la ley de autorización. Pero esta hipótesis puede tener diversas interpretaciones.⁵⁶

⁵⁶ La distinción de puntos de vista que consideramos en el texto (distinción que, a nuestro juicio, puede ser de utilidad para una exacta configuración de la adaptación automática al derecho convencional y de los respectivos controles de constitucionalidad) no ha sido, en nuestra opinión, explicitada por la doctrina a pesar de

a) En primer lugar, se podría pensar, como en efecto se ha defendido, que, por razón de la coincidencia entre el procedimiento de formación del tratado y el de adaptación al tratado mismo, los órganos encargados de la conclusión de los tratados están, en realidad, investidos de una función que se desenvuelve fuera y por encima de las demás funciones, en las que se concreta y articula la actividad de los órganos estatales. Así, se afirma, y no únicamente desde el lado de la doctrina monista, que en el caso de que se haya adoptado un procedimiento de adaptación automática el tratado ha de considerarse como fuente de derecho interno. Esta construcción puede entenderse en el sentido de que el órgano competente para ratificar o concluir los acuerdos internacionales (en nuestro ordenamiento, el presidente de la República, con o sin autorización del Parlamento, según el contenido del tratado), por esa misma razón, es competente para dictar normas que entran inmediatamente en vigor en el ordenamiento interno. La posición que ocuparían en el sistema del derecho estatal las normas creadas de esta manera debería argumentarse en el contexto del sistema constitu-

que algún autor la sobreentiende. Sobre la conversión en una norma de competencia, de la norma que adapta automáticamente el ordenamiento interno a los tratados (norma de competencia que implica la atribución de un poder legislativo a los órganos del *treaty making power*: *cfr.* una singular extensión de esta construcción a la norma que instituye el procedimiento de adaptación automática al derecho internacional consuetudinario que es la decisión de 10 de enero de 1931 del Tribunal Constitucional austriaco, Z.B. 25-30 (Amtliche Sammlung 1937): “Art. 9 B-VG stellt sich lediglich einerseits als eine Kompetenzbestimmung, andererseits als eine Bestimmung dar, durch welche die allgemeinen Regeln des Völkerrechts Unmittelbar in das innerstaatliche Recht übertragen werden; subjektive Rechte einzelner werden durch Art. 9 keinesfalls unmittelbar begründet”), nos remitimos a cuanto hemos dicho en otro lugar en relación con la versión kelseniana de la *Transformationstheorie* (*supra*, pp. 33 y ss.). Con referencia a la tesis que afirma la introducción de la norma convencional en el ordenamiento interno por el simple hecho de la conclusión del tratado y “sans intermédiaire quelconque”, ver Melen, *op. cit.*, pp. 106 y ss. (crítica a la tesis que identifica el momento de transformación de la ley de ratificación en la publicación), III. La otra tesis que explica la transformación automática de las reglas convencionales al derecho convencional y rechaza claramente la asimilación del tratado a la ley como fuentes paralelas de derecho interno (sobre este tema: entre los diversos autores ya citados, Roost, “Das Verhältnis zwischen Völkerrecht und Landesrecht, insbesondere in der Schweiz”, en *JB*, 1946-1948 (XXV-XXVII), pp. 30, 31, quien, refiriéndose a la práctica suiza más reciente, califica las fuentes formales del derecho internacional como “autonome innerstaatliche Rechtsquellen ‘sui generis’”) se encuentra enmascarada en Donati, *I Trattati internazionali...*, *cit.*, espec. 324 I; *Id.*, *I principi costituzionali circa la competenza all'esecuzione...*, *cit.*, p. 17, en donde excluye que ciertas fórmulas del derecho positivo (art. 6, Sec. II, Constitución de Estados Unidos, art. 5 Estatuto Albertino) tengan el significado de atribuir implícitamente a los órganos ejecutivos el poder legislativo mediante el ejercicio del *treaty making power*.

cional; en especial en el contexto de las disposiciones que regulan la jerarquía de fuentes normativas. Admitamos que deba reconocerse un valor y una eficacia de norma constitucional a las normas creadas mediante un tratado. De ello se deducirá que dichas normas son controlables únicamente en base a vicios de procedimiento: en efecto, éstas serían las únicas causas de invalidez que cabría señalar si se parte de la afirmación de que el *treaty making power* sólo debe atender a los límites de aquellas disposiciones de la Constitución que regulan el procedimiento de formación *de los tratados* y a ninguno otro más. De esta manera, habría que excluir la posibilidad de un vicio sustancial de un límite al contenido del tratado.

b) La hipótesis según la cual el procedimiento de formación del tratado y el procedimiento de adaptación coinciden puede ser configurada de otro modo: es decir, sin argumentar a partir de la coincidencia señalada que los órganos encargados de la conclusión del tratado estén investidos además del poder de crear las normas necesarias para que puedan ejecutarse las normas contenidas en el mismo (sustituyendo así a los órganos que, de acuerdo con el ordenamiento interno, tendrían la competencia para crearlas).

Esta nueva construcción sólo es posible si se mantiene con firmeza la distinción conceptual entre el momento de la formación del tratado y el de la ejecución o de la adaptación por parte del derecho interno, incluso cuando ambos procedimientos se superpongan y coincidan materialmente como en el caso que consideramos. La separación de los dos momentos implica que la norma (o el conjunto de normas) que establece el régimen de la conclusión de los tratados, no se confunde ni identifica con la otra que dispone la aplicación inmediata de los mismos tratados. De este modo, esta última norma desempeñaría una función análoga, incluso idéntica, a la que el artículo 10 realiza en relación con el derecho internacional general.

Pero, una vez establecida la distinción entre la norma que concierne a la competencia para concluir los tratados y la que prevé la adecuación al derecho internacional convencional, es preciso preguntarse si se debe concluir que los vicios que afectan a la formación del tratado se comunican a las normas introducidas automáticamente. La solución afirmativa parece apoyarse en un mejor fundamento (pero esto constituye un problema en el que no podemos detenernos ahora), si de la violación de las normas constitucionales que regulan la conclusión de los tratados se hace derivar la invalidez de los mismos tratados en el plano del ordenamiento internacional: por ejemplo, afirmando

que el vicio de procedimiento señalado consiste en la ausencia de un requisito esencial al que el ordenamiento internacional subordina el reconocimiento de una válida manifestación de voluntad del Estado y, por ello, la existencia del acuerdo a cuya creación va dirigida dicha manifestación.⁵⁷ Faltando el tratado, el presupuesto para que el procedimiento de adaptación automática pudiera entrar en acción, carecería de sentido. En efecto, la introducción de las normas de adaptación queda condicionada a la existencia del tratado. El vicio de procedimiento en la formación del tratado implicaría de este modo la inexistencia o, más exactamente, carencia de inserción de las normas de adaptación en la esfera del derecho estatal. Por este camino aparece claramente cómo la infracción de las reglas relativas a la formación de los tratados conduce a la invalidez de las normas de adaptación; y ello, tanto si se identifica la norma sobre el procedimiento automático con la que regula la competencia para concluir los tratados, como si se mantienen conceptualmente distintas ambas disposiciones.

Más complejo se presenta el caso según el cual el tratado no puede contravenir las normas de la Constitución: tanto las normas de procedimiento como las demás. Se perfilaría aquí la posibilidad de un vicio sustancial.

Por ello conviene examinar cómo se comportan en esta hipótesis las dos posiciones antes señaladas.

De acuerdo con la opinión según la cual la norma sobre el procedimiento automático confiere una competencia normativa de los órganos del *treaty making power*, el vicio sustancial comportaría la anulabilidad de las normas creadas por el tratado en violación del contenido material de la Constitución. Por el contrario: ¿A qué consecuencia deberíamos llegar si partimos de la distinción entre las normas referidas, respectivamente, a la competencia para estipular y al procedimiento de adaptación? Procedamos por eliminación.

Una primera solución partiría de la constatación que la conclusión del tratado no ha tenido lugar mediante aquella forma que, de haber sido observada, el tratado hubiera quedado al margen de la invalidez que se deriva de la violación de las normas constitucionales. Es decir, se acabaría afirmando que la conclusión del tratado es ilegítima, precisamente porque falta un elemento que no puede entenderse sino como requisito de naturaleza formal.

Como en el caso en que se han transgredido las normas que regulan

⁵⁷ Cfr. Perassi, *La costituzione...*, cit., p. 37.

la conclusión de los tratados, tendríamos entonces la invalidez del tratado mismo en el plano internacional: con la consecuencia subsiguiente de que, por las razones ya apuntadas, no podría entrar en funcionamiento ni siquiera el procedimiento de adaptación automática. En estas condiciones, ninguna norma de adaptación podría ser introducida en el ordenamiento interno. En otros términos, al vicio material del tratado correspondería la inexistencia radical de cualquier norma de adaptación en el ordenamiento interno: resultado distinto, e, incluso, opuesto al que se obtendría siguiendo la tesis que hemos examinado en primer lugar.

Sin embargo, la construcción que acabamos de exponer ofrece su flanco a más de una objeción: señalaremos en primer lugar que el argumento consistente en convertir el vicio sustancial que resulta del contraste entre tratado y Constitución en un vicio de forma no resiste un atento análisis lógico. Y tampoco sería de ninguna utilidad el intentar construir el vicio —sustancial— de incompetencia como un vicio de forma, sosteniendo, precisamente, que la invalidez del tratado provendría en esta ocasión de un defecto de poder por parte de los órganos encargados de la conclusión del tratado, en consideración al hecho, ya señalado, de que la adopción de una forma distinta habría permitido la posibilidad de ejercer el poder de concluir el tratado. Aun admitiendo que el problema podría plantearse correctamente en términos de competencia, no por ello quedaría demostrada la validez de la conclusión. Es cierto que se evitaría la violación de una norma material de la Constitución con la adopción de una forma particular, es decir, dictando, como sería posible en nuestro ordenamiento, la ley de autorización a la ratificación del tratado en forma de una ley constitucional. Sin embargo, siempre en los términos de la hipótesis que estamos considerando, quedaría firmemente sentado que el órgano podría considerarse incompetente (por seguir el razonamiento que criticamos) únicamente en la medida en que el tratado chocara con el contenido material de la Constitución. De esta manera, el mismo órgano sería incompetente en relación con las cláusulas del tratado que resultan ser materialmente inconstitucionales y competente en relación con las demás; por ello la traslación del vicio desde el plano sustancial al formal sólo podría referirse a aquellas normas que, en el contexto del tratado, chocan con la Constitución. A nuestro parecer existe además otra consideración de importancia todavía más decisiva. Lógicamente, es posible convertir un vicio sustancial en otro formal: pero, de la misma manera, sería asimismo lógicamente posible dar la vuelta al argumento señalando, como ya se ha hecho, que cualquier vicio de forma es un vicio sustancial ya

que implica la violación del contenido de la norma relativa al proceso de formación del acto que se considera viciado.⁵⁸ Lo que, en último análisis, significa que lo que importa en la clasificación de los vicios del acto legislativo es no tanto una distinción en el plano de la lógica sino el distinto tratamiento que el ordenamiento da a las diversas categorías de vicios.

Pero también se llega a la misma conclusión cuando se intenta resolver y explicar la hipótesis del contraste entre tratado y Constitución en los términos que ya apuntábamos al estudiar la posición en la que se encuentran las normas consideradas por el artículo 10 en relación con el sistema de las demás disposiciones introducidas *ab initio* en la Constitución. Dado que, también en este caso, tendríamos un procedimiento de adaptación automática al derecho internacional convencional creado por una norma sobre la producción, se podría señalar que esta norma no considera indiscriminadamente todos los hechos aptos para crear, modificar o extinguir las normas internacionales, sino tan sólo aquellos de los que no se deduce la introducción en el ordenamiento interno de normas contrarias a la Constitución.⁵⁹

⁵⁸ Virga, "I vizi materiali della legge", en *Annali Catania*, cit., p. III, nota 4, y bibliografía que se cita; Esposito, *La validità... cit.*, p. 187, nota I.

⁵⁹ La doctrina constitucionalista no ha dejado de observar que el criterio más idóneo para resolver el conflicto entre la Constitución y las normas de otros ordenamientos que han sido objeto de reenvío, es el de considerar que no ha existido reenvío, siempre que el mismo dé lugar a la introducción de normas incompatibles con la Constitución en el ordenamiento interno. (Cfr. *Dibattito sulla competenza*, cit., p. 264; Crisafulli, *Incostituzionalità o abrogazione?*, cit., p. 276; Lavagna, *Problemi...*, cit., p. 29, nota 67; Mortati, *Abrogazione e instaurazione di un nuovo ordinamento costituzionale*, Padua, 1957, p. 30 estr.) Como ya hemos señalado (*supra*, p. 185, nota 46) esta tesis responde a la idea de que el reenvío a ordenamientos externos encuentra límites inderogables; con la consecuencia de que dichas normas contrarias a dichos límites hay que considerarlas automáticamente excluidas del ordenamiento. (Cfr. en general sobre la analogía entre el control lógico que el juez ejercita con el fin de declarar la compatibilidad entre orden público y norma evocada y el control de constitucionalidad, Morelli, *Controllo di costituzionalità...*, cit., p. 182; en torno a los trazos diferenciales del control de constitucionalidad respecto de otros juicios en los que también "el objeto de la valoración a la luz de las normas calificadoras está constituido por otras normas" —es decir, los juicios referidos a la aplicación de normas deducidas de otros ordenamientos—, cfr. Giannini, *Alcuni caratteri...*, cit., p. 905; en relación con las razones por las que no existiría coincidencia entre orden público y Constitución, entendidos como límites a la evocación de normas de otros ordenamientos, cfr. Fabozzi, *L'attuazione...*, cit., p. 152). Probablemente, a pesar de que la tesis antes señalada ha sido solamente esbozada, más que desarrollada, de manera que, como advierte Mortati (*op. loc. ult. cit.*), ofrece nuevas vías de investigación sobre las que sería necesario trabajar, resulta correcto pensar que la exclusión automática en el ordenamiento interno de las normas contrarias a ciertos límites (límites que afectan al reenvío) —automática

Finalmente, es necesario considerar si y cómo puede configurarse de otra manera —siempre que partamos de la tesis de la norma sobre la producción— la situación, caracterizada por el contraste con la norma constitucional, de aquella categoría de normas internacionales convencionales para las que funciona el dispositivo de adaptación automático. Antes que señalar que el reenvío a los hechos de producción lleva sobreentendida una limitación, en el sentido de que en cualquier caso no podría introducir normas contrarias a la Constitución, podemos sostener que el procedimiento de adaptación automática realiza también la inserción de las normas anulables en cuanto que contrastan con el contenido de las normas constitucionales. En definitiva, los hechos capaces de producir las normas internacionales a las que reenvía la norma sobre la producción dan lugar en el ordenamiento interno tanto a normas plenamente válidas como a normas inconstitucionales: del mismo modo como el procedimiento legislativo o los demás hechos de producción contemplados por el ordenamiento interno pueden tener por efecto la creación de normas válidas o inválidas, según los casos. Resulta obvio que las distintas soluciones antes señaladas, la de la tesis sub *a*) o la de la sub *b*), son relevantes en relación con el control de constitucio-

en la medida en que, como precisa Morelli (*op. ult. cit.*, p. 183) tiene lugar independientemente “de un acto apropiado que la declare”— hay que conectarla más que al carácter obligatorio o imperativo de los límites señalados, de los que derivaría la nulidad radical (la inexistencia o la falta de inserción) de las normas que se les oponen, a la exigencia lógica de adecuar el carácter automático del mecanismo mediante el que dichas normas resultan rechazadas o excluidas del ordenamiento que realiza el reenvío al modo, asimismo automático, como esas mismas normas serían introducidas en el ordenamiento interno en el caso de no ser contrarias a la Constitución o al orden público. De este modo se ha llegado a la opinión en el sentido de que, así como para determinar la inserción automática de las normas, es suficiente la declaración de voluntad del Estado, expresada mediante el acto de reenvío (*cfr.*, sobre la configuración del reenvío a ordenamientos vigentes con anterioridad y los múltiples lazos entre este fenómeno y la derogación, Mortati, *op. ult. cit.*, pp. 24-25, así como las notas 44-45), sin que sea necesario un acto legislativo apropiado para tal finalidad, de la misma manera basta con el choque objetivo entre las normas traídas a colación y los límites establecidos en la Constitución, para determinar la falta de inserción de tales reglas (independientemente del pronunciamiento del órgano competente para controlar la constitucionalidad de las leyes). Esta explicación es todavía más plausible si se acepta la premisa según la cual el control de constitucionalidad queda reservado a las leyes formales, de manera que quedan excluidas del mismo las normas creadas por otro instrumento distinto de la ley o de un acto equiparable. Sin embargo, la doctrina ha mostrado algunas dudas a este respecto. En efecto, algunos autores opinan que toda cuestión relacionada con la inserción de una norma en el ordenamiento jurídico constituye, por su propia naturaleza, una cuestión de legitimidad que puede ser planteada ante el Tribunal Constitucional (*cfr. Dibattito sulla competenza...*, *cit.*, p. 265; Lavagna, *Problemi...*, *cit.*, p. 29, nota 68, quien excluye el carácter manifiestamente infundado

nulidad (o, si se prefiere, a la inexistencia); en cambio, en el segundo, caso, tenemos el hecho de que falta la norma, lo que equivale a la nulidad (o, si se prefiere, a la inexistencia); en cambio, en el segundo estamos en presencia de una simple anulabilidad. La norma introducida mediante el reenvío permanece en el ordenamiento hasta que no sea eliminada por una decisión del Tribunal Constitucional. Ahora bien, ya se ha advertido certeramente, en relación con un problema análogo al nuestro, que la solución en uno u otro sentido depende de la función que se pretenda asignar al Tribunal Constitucional. Según la opinión que parece preferible, podemos decir que el Tribunal Constitucional no sólo es competente para pronunciar la anulación, sino también para declarar la nulidad de la ley.

Por ello, ambas tesis son compatibles con las funciones del Tribunal Constitucional: mirándolo bien, una y otra encuentran justificación.⁶⁰ La tesis en el sentido de que el reenvío a los hechos de producción no puede en ningún caso implicar la creación de una norma inconstitucio-

de las cuestiones relativas a la existencia y a la compatibilidad entre normas interpuestas [es decir, introducidas mediante reenvío] y la Constitución). Una solución de derecho positivo nos viene ofrecida por el art. 100, p. 2, BGG, basado, al igual que nuestro ordenamiento, en un sistema de control concentrado. Dicho artículo prescribe: "Ist in einem Rechtsstreite zweifelhaft, ob eine Regel des Völkerrechts Bestandteil des Bundesrechts ist und ob sie unmittelbar Rechte und Pflichten für den Einzelnen erzeugt (Art. 25), so hat das Gericht die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes ein zuholen." *Cfr.* también Menzel, *op. cit.*, p. 147 en relación con los trabajos preparatorios, pp. 163-164. Sobre este punto, *cfr.* Gross, *op. cit.*, p. 69, quien aclara de qué modo puede surgir la duda acerca de la existencia de una norma internacional (p. 68), manifestando su parecer en el sentido de que la intervención del juez constitucional debe limitarse a los casos en los que se considere indispensable asegurar la unidad del ordenamiento "en las cuestiones de fondo". Con ello, parece que el autor afirma que al Tribunal sólo pueden serle planteadas las dudas objetivas que puedan surgir con independencia de las afirmaciones de las partes y del juez. En cualquier caso, señala el mismo autor, cuando el juez *a quo* averigüe una contradicción entre cualquier regla federal interna y una de las reglas internacionales aducidas, prescindiendo de la cuestión de si la existencia de la norma internacional que se considera violada, es o no objeto de discusión, debe suspenderse el procedimiento ante el juez ordinario y transmitirse las actuaciones al Tribunal Constitucional. Sobre la significación del art. 145 de la Constitución austriaca, que reserva al Tribunal Constitucional la competencia para conocer las violaciones del derecho internacional, *cfr.* la decisión del mismo Tribunal de 15 de octubre de 1921: "Z.A. 32 (Amtliche Sammlung 1924, Anhang B): Im Sinn des Art. 145 B-VG. könnte der VerfGH, nur nach den Bestimmungen eines besonderen Bundesgesetzes in Tätigkeit treten, das bisher nicht erlassen worden ist."

⁶⁰ La doctrina mantiene posturas diferentes en torno a la cuestión de si el Tribunal Constitucional tiene competencia para conocer, además de las leyes anulables, las nulas. Mortati, *Istituzioni*⁴ . . . , *cit.*, p. 386, sostiene una postura afirmativa, que nos parece la más acertada; en contra, Esposito, *La Costituzione* . . . , *cit.*, p. 274.

nal, puede considerarse quizá más acorde y oportuna en relación con los cánones hermanéuticos que deben presidir la interpretación de las normas relativas a las relaciones con otros ordenamientos. Un criterio interpretativo puede apoyarse en la consideración de que, al reenviar a otro ordenamiento, el legislador haya entendido presuponer que de dicho reenvío no pueden surgir normas inconstitucionales. Por otro lado, la tesis según la cual las normas de adaptación entrarían en nuestro ordenamiento, aun siendo anulables en base al vicio que presentan, parece más adecuada con la configuración que en nuestro ordenamiento asumen los actos normativos que, aun cuando sean regulares desde el punto de vista formal, son sustancialmente inconstitucionales.

Concluyendo: en el caso de que se considere que del contraste entre tratado y Constitución, se deriva la falta de inserción, es decir, la inexistencia de las correspondientes normas de adaptación, y siguiendo una orientación doctrinal opuesta a la que defendemos se afirme además la competencia del juez ordinario para declarar tal inexistencia (y no la del Tribunal Constitucional), todo ello conduce a otra consecuencia cuya importancia no podemos menospreciar. Una vez admitida la competencia del juez ordinario, se abre el delicado problema de las relaciones entre la judicatura y ejecutivo, que ha adquirido un gran relieve en la experiencia constitucional de no pocos ordenamientos extranjeros. Pensamos inmediatamente en la jurisprudencia de los tribunales anglosajones en materia de controversias referidas a las relaciones internacionales, a la doctrina de los llamados “actos de gobierno”, con la que el Consejo de Estado francés ha intentado trazar los límites, dentro de los cuales determinados órganos jurisdiccionales deben abstenerse de interferir en la dirección de los asuntos exteriores.

Todavía merece alguna aclaración la posición de las normas de adaptación al derecho convencional, de las que puede decirse que aparecen subordinadas a la Constitución, aunque, por otra parte, son superiores a las leyes ordinarias (en el sentido de que las leyes ordinarias no pueden derogar tales normas). Tendríamos así una figura de aquellas fuentes atípicas de las que ya hemos hablado. El problema que se plantea en esta materia consiste en saber si, dada la eficacia especial que las distingue, estas normas están sometidas al control de constitucionalidad del mismo modo que las leyes ordinarias. Podría apoyarse la respuesta afirmativa en la consideración de que la situación en que dichas normas se encuentran en relación con las constitucionales no es distinta de la de las otras leyes ordinarias. Por otro lado, teniendo en cuenta la posición que el ordenamiento asigna a estas normas en la escala de las

fuentes del derecho, quizás la solución más correcta nos conduce a afirmar que dichas normas pueden ser consideradas como criterio o como objeto del control de constitucionalidad, según el punto de vista desde el que se consideran. Desde el momento en que las normas de adecuación son superiores a la ley ordinaria, el juez constitucional puede y debe adoptarlas como criterio de control de estas últimas, del mismo modo que sucedería en el caso de un conflicto entre la Constitución y las leyes ordinarias. Pero aquí aparece también el otro aspecto de las normas de que hablamos. Como sabemos, estas normas no pueden ser contrarias a la Constitución y, en este sentido, se sitúan al mismo nivel que las leyes ordinarias y por ello constituyen objeto del control del Tribunal Constitucional. La situación se explica distinguiendo conceptualmente el aspecto pasivo y el activo que, normalmente, caracterizan la eficacia típica de una norma de modo conjunto, pero que, en esta ocasión, se encuentran disociados. Ya hemos intentado aclarar esta cuestión en otro momento más oportuno, por lo que sería inútil volver sobre ello.

8. c) *Los controles sobre las normas de adaptación introducidas mediante orden de ejecución o a través del procedimiento ordinario*

La hipótesis que se verifica normalmente en nuestro ordenamiento, y sobre la que conviene detenernos un momento, consiste en que la ley de autorización suele contener la orden de ejecución y también, a veces, una delegación al gobierno para la ejecución del tratado. En este caso, queda claro que la conciencia entre la producción de la ley de autorización, que constituye un momento del proceso de formación del tratado, y la posición de la norma de adecuación es sólo ocasional. La producción de la orden de ejecución se anticipa y se hace coincidir con la ley de autorización para evitar que el Parlamento tenga que intervenir antes y después de la conclusión del tratado, como sería obligado en otro caso, dada la carencia en nuestro ordenamiento de un procedimiento automático de adecuación al derecho convencional. Por ello, debe excluirse aquí la existencia de una conexión institucional entre el poder de concluir los tratados y la potestad normativa, cuyo ejercicio es necesario a fin de que los tratados puedan aplicarse en el ordenamiento interno. De todas formas, como ya hemos señalado, se podría pensar que la acumulación de varias figuras —autorización, orden de ejecución

y, eventualmente, delegación—⁶¹ en una misma disposición legislativa podría tener alguna consecuencia. Se ha sostenido recientemente ⁶² que si se impugna la orden de ejecución insertada en la ley de autorización, el pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre la cuestión de constitucionalidad se extiende a todo el tratado, aun cuando al Tribunal se le hubiera requerido únicamente el examen de algunas de las cláusulas del tratado. Y ello porque la ley de autorización tiene como efecto el de permitir la conclusión del tratado considerado en su conjunto. El Parlamento —se señala— puede autorizar o no la ratificación, pero no puede autorizarla sólo para una parte del mismo. De ahí la consecuencia ulterior de que, una vez alegada la ilegitimidad de una o varias disposiciones insertadas en el contexto de la ley de autorización, todas las partes de esta última quedan sometidas al examen del juez. Sin embargo, no parece que esta opinión tenga un fundamento sólido. Una vez más, el planteamiento correcto de la cuestión y su solución dependen de la distinción entre vicios de forma y vicios de fondo.

Los vicios “formales”, es decir, los relacionados con la regularidad del procedimiento legislativo en la formación del acto normativo, abarcan a todas las normas contenidas en el contexto de la ley afectada.

Por lo tanto, el hecho de que la autorización, la orden de ejecución y la delegación se sitúen en el citado contexto, comporta que el vicio de forma que pueda achacarse a cualquiera de estas tres figuras acumuladas, debe referirse necesariamente también a las otras. En otros términos, si la ley con la que el Parlamento ha autorizado la ratificación del tratado, ha producido la orden de ejecución y delegado sus propios poderes al gobierno, ha sido dictada irregularmente (porque, por ejemplo, falta la aprobación de una de las cámaras), ninguna de estas actuaciones podrá considerarse válidamente adoptada: es decir, queda afectada la ley en su conjunto. Esto es cierto, aunque con una adver-

⁶¹ Cfr., en torno a estas figuras Socini, *L'adeguamento...*, pp. 111 y ss. con indicaciones relativas a nuestra práctica. Sobre la cuestión de si la autorización para ratificar los tratados, tal como se configura en el art. 80, contiene implícitamente una delegación al gobierno, cfr. *supra*, p. 123, nota 11. La ley de autorización vendría acompañada de una figura de delegación sólo cuando el tratado, al que aquéllas se refieren respondiese a los requisitos de determinación de tiempo, objeto y materia: esto podría suceder, por ejemplo, cuando el mismo tratado impusiera al legislador de cada uno de los Estados miembros la obligación de desarrollar dentro de un plazo determinado principios directos, establecidos por los contratantes.

⁶² Ha defendido esta opinión recientemente Monaco, *Osservazioni...*, *cit.*, p. 182. Sin embargo en otra parte del mismo artículo parece aludir a la posibilidad de que sean declaradas inconstitucionales una o varias normas del acuerdo (*op. ult. cit.*, p. 180).

tencia: los vicios resultantes de la violación de las normas que regulan específicamente la formación de uno u otro de los actos reunidos en el mismo contexto legislativo (y que se superponen al modelo del procedimiento legislativo en general) no se extienden necesariamente a todas las disposiciones originadas en un mismo contexto, a no ser que estos requisitos específicos de forma estén previstos para más de una de las disposiciones señaladas. Sin embargo, está claro que en este caso se trataría de una simple coincidencia. Por ello, se hace necesario analizar punto por punto el régimen señalado por el constituyente para la formación de cada uno de los actos considerados, derogando o añadiendo algo al procedimiento legislativo. Se trata de proposiciones que no necesitan una amplia demostración. En efecto, supongamos que la ley de autorización, la orden de ejecución y la delegación se sitúan en un mismo contexto. Estos actos tienen en común un requisito (aspecto que puede tener relevancia en relación con el vicio de forma al que en cambio no afecta uno de los llamados *interna corporis*,⁶³ que desde el punto de vista del vicio formal no son tomados en consideración), un requisito que exige la aprobación por parte del *plenum* de la asamblea y no por las comisiones en sesión deliberante. La violación de esta disposición acarrea la invalidez tanto del procedimiento de autorización como de la delegación. Se impone una solución distinta en relación con los vicios que no afectan al proceso de formación de la ley que acumula diversos actos, sino que se derivan del contraste de algunos de éstos, considerados en cuanto tal con el contenido de una norma constitucional, en otras palabras, en relación con los vicios de fondo.

Ya hemos señalado que es necesario distinguir las diferentes figuras acumuladas en una misma ley, cuya forma coincide, pero no, obviamente, el contenido. Por ello, los vicios sustanciales de una de las figuras no podrán extenderse a las demás. Esto queda perfectamente claro cuando una ley de estas características resulta viciada únicamente en lo que respecta a la delegación legislativa. Supongamos que el tratado contiene principios y criterios directivos que requieren el desarrollo

⁶³ Cfr., Virga,, "Sindacato sugli interna corporis e poteri d' indagine della Corte Costituzionale", en GC, 1959, p. 1000, quien atribuye al Tribunal Constitucional el control sobre la adopción del procedimiento ordinario, en relación con materias para las que se prescribe el procedimiento descentralizado. En contra, Mortati, "Efficacia dei regolamenti parlamentari sulla validità delle leggi", en GC, 1958, p. 355, cfr., Esposito, "La Corte Costituzionale in Parlamento", en GC, 1959, *espec.* pp. 623, 629; Barile, "Il crollo di un antico feticcio (gli interna corporis) in una storica (ma insoddisfacente) sentenza", en GC, 1959, p. 241 (para referencias a la doctrina que excluye la posibilidad de control de los *interna corporis*).

posterior por parte del legislador de cada uno de los Estados firmantes. Como sabemos, en este caso la pura y simple orden de ejecución no sería suficiente para realizar la adaptación del ordenamiento interno al tratado, sin la necesaria intervención de específicas leyes de ejecución. De ahí la necesidad de recurrir a la delegación legislativa. Sin embargo, si los criterios y principios directivos contenidos en el tratado no satisfacen los requisitos previstos por el artículo 76 de la Constitución (por ejemplo, porque falta una precisión del objeto o del límite temporal de la delegación), y si, por otra parte, el legislador no ha provisto a integrar tales requisitos mediante la ley a que nos estamos refiriendo, esta última será inválida desde el punto de vista de la delegación. Pero no existe ningún motivo para pensar que el vicio deba extenderse a la ley de autorización, que ha sido adoptada en la forma debida, o a la orden de ejecución que tan sólo puede tener efectos fuera de los casos en que las normas contenidas en el tratado exijan un posterior desarrollo por parte del legislador (y, por tanto, fuera del campo de aplicación de la delegación). Y pensándolo bien, la situación tampoco cambia si se considera un vicio referido exclusivamente a la orden de ejecución o a la ley de autorización. La opinión que afirma que el vicio de uno se comunica necesariamente al otro resulta infundada como se comprueba mediante un superficial análisis lógico de los argumentos sobre los que se apoya. Solamente podría sostenerse que los vicios de una y otra disposición se extienden a las demás en la medida en que se conviertan en vicios de procedimiento y, por tanto, impliquen la nulidad de la ley en la que todos están acumulados. Pero ya hemos observado que el razonamiento que tiende a convertir los vicios materiales en formales queda limitado por el hecho de que nuestro ordenamiento parte de la distinción entre las dos causas de invalidez. Por ello, sería un error sostener que la ley de autorización y la orden de ejecución referidas a un tratado contrario a la Constitución estén viciados no ya *materialiter* sino formalmente, porque tan sólo hubieran podido adoptarse válidamente mediante el procedimiento de revisión. Y también estaría equivocado el razonamiento posterior en el sentido de que, una vez viciado el procedimiento de formación del tratado, se deduciría la invalidez del mismo en el plano internacional y la incapacidad de la orden de ejecución para surtir efectos sobre la falta del presupuesto al que se subordina la inserción de las normas de adaptación al tratado mismo.

Está claro que el acto de autorización y la orden de ejecución resultan viciados cuando el tratado al que se refieren es contrario a la

Constitución. La invalidez de la disposición autorizadora de la ley de ejecución será total o parcial, según que sean inconstitucionales sólo algunas o —hipótesis presumiblemente menos frecuente— todas las cláusulas del tratado. No podría objetarse que la ley de autorización verse sobre el tratado considerado en su conjunto. En efecto, esto no significa que, cuando el tratado sea contrario a la Constitución, deba necesariamente considerarse inválida toda la ley que ha autorizado su conclusión. Si se quiere argumentar la inescindibilidad de las disposiciones de esta última en relación con el control de constitucionalidad, a partir del hecho de que el órgano legislativo que autoriza la ratificación o dispone la ejecución del tratado “quiere” el tratado en su conjunto, lo mismo debería decirse de cualquier proposición de ley que tan sólo se traduce en acto legislativo en la medida en que ambas cámaras aprueben íntegramente su contenido.

Inducen a pensar lo contrario, no sólo las orientaciones de la jurisprudencia y de la doctrina, sino también el mismo ordenamiento positivo que —como se sabe— impone al recurrente la necesidad de señalar las disposiciones de ley contra las que pretende hacer valer la inconstitucionalidad. En efecto, de todo ello se saca la conclusión de que es posible impugnar ante el Tribunal Constitucional sólo una parte y no necesariamente todo el contenido de la ley que se considere viciada. Más bien, podría surgir la duda de si el vicio sustancial de la ley de autorización o de la orden de ejecución tiene lugar de un modo especial, en el sentido de que el mismo queda determinado en base al contenido normativo no ya de la ley de autorización sino del acto autorizado; en efecto, para comprobar la inconstitucionalidad de la ley de autorización es preciso examinar previamente si el contenido del tratado, al que aquélla se refiere, es o no conforme a la Constitución. Y entonces, puesto que la inconstitucionalidad del acto autorizado se refiere y se extiende al acto de autorización, sería legítimo preguntarse si en nuestro caso no se acaba por confundir acto de autorización y acto autorizado; y ello en contra de la doctrina más autorizada que los conceptúa separadamente. En realidad, el problema que acabamos de apuntar es de carácter general. ¿Es admisible que una ley simplemente formal como la de autorización pueda estar viciada no sólo formal sino también materialmente? ¿O, más bien, no habrá que pensar que el vicio sustancial presupone *ex necesse* que el acto legislativo impugnado es una ley no simplemente formal sino también material? Sin pretender profundizar en el problema, nos parece que la solución habrá que darse caso por caso y no en términos generales. Por lo general, no debería excluirse

la solución positiva. Un acto formalmente legislativo puede ser materialmente inconstitucional si el contenido que forma el objeto del acto mismo está, por decirlo así, constitucionalizado, o sea, regulado por la Constitución. Esta última, especialmente si es de tipo rígido, como la nuestra, tiende a contemplar y regular esferas de actividades que, desde el punto de vista de la distinción material de las funciones, habría que considerar como actividades administrativas. En nuestro caso la ley de autorización afectaría a una materia regulada por la Constitución: la conclusión de los acuerdos internacionales. Por ello es lógicamente admisible el vicio sustancial de esta ley sobre la que acabamos de hablar brevemente.⁶⁴

Para concluir con estas observaciones nos queda por considerar el caso en que el Tribunal Constitucional sea llamado a examinar la orden de ejecución o una ley de ejecución, creada mediante el procedimiento ordinario y separadamente de la ley de autorización.

Se plantea, pues, el problema de si y dentro de qué límites los vicios de la ley de autorización puedan repercutir en las normas de adaptación. Sin embargo, en lo que se refiere a la orden de ejecución, está clara la observación ya hecha en el sentido de que la falta de la ley de autorización (la ausencia de intervención del Parlamento en su función autorizante), en la medida en que se traduce en la inexistencia del tratado a que se refiere el órgano de ejecución, acarrea, en el sentido antes señalado, la incapacidad de la orden de ejecución para insertar cualquier norma de adaptación en el ordenamiento interno.

La situación de la ley ordinaria de ejecución es distinta. El vicio o la

⁶⁴ Ver Romano, *Scritti minori*, vol. I, Milán, 1950, p. 76, contra la conversión del acto de aprobación o de autorización de los tratados en el acto que es objeto de la autorización, es decir, el tratado. V., *ibidem*, nota 97, para la opinión contraria sostenida por la doctrina alemana.

La ley de autorización podría considerarse inconstitucional por vicio de fondo, si se sostuviese que el objeto de la misma está constituido por la remoción de un límite al ejercicio del poder de concluir los tratados por los órganos competentes, de manera que, al autorizar la ratificación de un tratado inconstitucional, dicha ley atribuye una nueva competencia a los órganos citados, asumiendo por lo tanto un contenido distinto del prescrito por la Constitución.

Marmo, *Alcuni rilievi...*, *cit.*, pp. 215-216, observa que la ley de autorización para la ratificación de los tratados internacionales, si bien puede ser sometida al control de constitucionalidad, sólo puede hacerse simplemente desde el ángulo formal; por el contrario, no puede admitirse el control material ya que la ley que autoriza la ratificación de un acuerdo no introduce el tratado en el derecho interno. Lo que equivale a decir que no cabe el control material sobre la ley de autorización porque no constituye un acto sustancialmente legislativo. Por ello, enviamos al lector, acerca de este punto, a las observaciones precedentes (*supra*, p. 440).

falta de la ley de autorización no parece que pueda tener ningún reflejo sobre la eficacia de dicha ley si no es en relación con el hecho de que el ordenamiento, dentro de ciertos límites y en algunos aspectos, atribuye a las leyes de ejecución una posición distinta de aquella en la que se encuentran las demás leyes. Así, por ejemplo, una ley de ejecución relativa a un tratado por el que era prevista la autorización parlamentaria del artículo 80, pero que, de hecho, ha sido ratificado únicamente por el presidente de la República, sin la autorización previa de las cámaras. La ley de ejecución correspondiente se podrá considerar un acto de legislación válido, pero no podrá configurarse como una ley de ejecución en sentido técnico. En efecto, para que la manifestación de la voluntad del Poder Legislativo pueda construirse como ley de ejecución de un tratado —y, en consecuencia, someterse al régimen que el ordenamiento prevé para estas últimas—, es necesario el cumplimiento de un doble requisito:

- a) en primer lugar, debe nacer válidamente en el plano del derecho internacional;
- b) la norma creada por el legislador interno debe ser conforme al tratado.

Cuando falta uno u otro de estos requisitos, se rompe el nexo que une la ley interna al acto internacional y cae el presupuesto en base al cual —como señalábamos— puede aquélla considerarse ley de ejecución. Más precisamente, cuando falta el requisito sub a), no existe razón alguna para sostener que la ley —en cuanto tal— sea inválida. Lo que ocurre es que *no será una ley de ejecución*, al menos en el sentido estricto de la palabra: y ello, a diferencia de las normas creadas mediante los procedimientos especiales de adaptación, cuya existencia está condicionada a la del tratado al que se refiere la orden de ejecución.

La otra hipótesis de interrupción del nexo entre la ley interna y el tratado internacional, que ocurre cuando falta el requisito sub b) y cuando existe, por tanto, disconformidad entre el tratado y la ley, puede tener varias consecuencias, según el régimen mediante el que el ordenamiento resuelva el problema de la adaptación al derecho internacional convencional. Si el ordenamiento interno configura el respeto al tratado como un límite del acto legislativo, de ahí se deducirá que la ley disconforme con el tratado es inconstitucional porque transgrede los límites que acabamos de señalar y, por otro lado, pierde la eficacia que podría haber tenido si hubiera sido conforme al tratado. Como hemos tenido ocasión de explicar, la eficacia señalada consiste en el grado de resistencia, en la fuerza pasiva que las leyes de ejecución poseen en relación

con las demás leyes ordinarias, en los casos particulares que hemos examinado a su debido tiempo. En efecto, sólo las leyes constitucionales pueden derogarlas. No es necesario insistir en qué casos esta situación tiene una correspondencia en nuestro ordenamiento. Cuando, por el contrario, el ordenamiento no contempla de ninguna manera una dependencia de las leyes ordinarias respecto a los tratados, ni siquiera la falta de requisito sub *b*), implicará una invalidez de esta última.⁶⁵

⁶⁵ Naturalmente la posibilidad de hacer valer ante los órganos competentes la inconstitucionalidad de las normas de adaptación queda subordinada a la circunstancia de que tales normas afectan directamente a la esfera jurídica del individuo, de manera que exista una lesión de derechos e intereses individuales, cuando dicha lesión se exija como uno de los requisitos de legitimación prescritos por el ordenamiento positivo para la impugnación de las leyes por parte de los sujetos. Sobre el problema en general, *cfr.* Zumstein, *Die staatsrechtliche Beschwerde wegen Verletzung von Staatsverträgen*, Zurich, s. f., obra que, aunque referida al derecho suizo, resulta de gran interés para los estudiosos de otros sistemas: Zumstein considera la hipótesis inversa, de la violación del tratado por parte de normas o de actos de las autoridades cantonales: ver espec. pp. 85 y ss. (configuración del interés para recurrir), 89 (inclusión de los extranjeros en la esfera de los legitimados), 104 (distinción entre los requisitos subjetivos de la legitimación y el requisito objetivo para la aceptación del recurso, que consiste en la incompatibilidad entre una norma interna y una regla contenida en el acuerdo internacional), 109 (categoría de los actos impugnables mediante recurso), 125 (efectos de la sentencia que no reconoce la disconformidad de las leyes internas con el acuerdo internacional).