

## CAPÍTULO I

### EL PROBLEMA DE LA ADAPTACIÓN EN LA DOCTRINA

|   |     |
|---|-----|
| 7. <i>b)</i> Posición de Kelsen con relación a la transformación del derecho internacional consuetudinario . . . . .  | 110 |
| 8. Control lógico de los resultados alcanzados en el estudio anterior (notas sobre otras tesis de autores monistas acerca del problema de la transformación, en nota) . . . . .   | 116 |
| 9. La función del artículo 10, apartado 2, de la Constitución italiana, en la interpretación de la doctrina. Examen de las opiniones expresadas sobre la naturaleza de las normas que contemplan la adaptación automática del ordenamiento interno al derecho internacional . . . . . | 121 |
| 10. Aceptación de la tesis que configura al artículo 10 de la Constitución como norma que reenvía a los hechos de producción del ordenamiento internacional, examen crítico de las objeciones que han sido opuestas a esta tesis . . . . .  | 128 |

## 7. b) *Posición de Kelsen con relación a la transformación del derecho internacional consuetudinario*

Todo lo señalado hasta ahora nos ayuda a comprender la posición que adopta Kelsen frente a un problema que nos afecta aún más directamente: la transformación del derecho internacional consuetudinario en derecho interno.

Kelsen hace una simple referencia a dicho problema sin aclarar que

procedimientos de adaptación del Derecho interno al Derecho internacional adecuado, una variación correlativa en el reparto de la competencia para desarrollar las relaciones internacionales entre los órganos del Estado (*op. loc. ult. cit.*). Si con ello se quiere afirmar que se puede reconocer el valor a las disposiciones del tratado que realizan una innovación respecto de la organización constitucional, en tanto en cuanto el mismo ordenamiento *adapta* a ellas sus propias disposiciones en materia de estipulación de acuerdos internacionales, se llega a la conclusión que sugiere Kelsen (*infra*, p. 35); es decir, se niega en último término que tales normas puedan tener valor, prescindiendo de la hipótesis de que sean efectivamente adoptadas por el ordenamiento constitucional. Lo cual, en nuestra opinión, equivale a excluir que los acuerdos preliminares, en los términos en que esta categoría es concebida por Sperduti puedan anular el principio según el cual el Derecho internacional delega en el Derecho interno la regulación de los procedimientos de conclusión y de ejecución de los acuerdos internacionales. El hecho de que Sperduti se preocupe por configurar la categoría de los acuerdos preliminares de forma que estos resulten compatibles con el principio que acabamos de señalar y con otros principios del ordenamiento internacional, se deriva de otra consideración: afirma el ilustre autor que los acuerdos preliminares encuentran su propia base en una norma consuetudinaria que *li contempla e caratteristicamente ne valuta la formazione* (*op. cit.*, p. 330, nota 51), pero excluye netamente, un poco más adelante (p. 331), que "la función de un acuerdo preliminar, según la norma consuetudinaria, que se refiere a esta categoría de acuerdos, pueda ser... la de establecer un procedimiento formal de creación de normas que tenga la singular característica de negar, intencionadamente y casi como si éste fuese su propio objetivo, la relevancia que el Derecho internacional común reconoce a las disposiciones constitucionales sobre la estipulación de los tratados". No nos parece, sin embargo, que esta última afirmación pueda justificarse, observando, como hace Sperduti, que la norma consuetudinaria, en la cual se fundamentaría la categoría de los acuerdos preliminares, debe ser entendida como en armonía con el principio consensual, en el sentido de que la función de tales acuerdos sería la de proveer a la regulación de la estipulación formal de los tratados, y no la de instaurar también un modo de creación de normas internacionales distinto del procedimiento consensual. De hecho, el principio de la relevancia internacional de las normas constitucionales sobre la estipulación de los tratados sería contradicho también cuando el acuerdo preliminar, si bien respetando el principio consensual, dispusiese que el consentimiento del Estado deba ser manifestado de forma distinta de la prescrita para el ordenamiento interno; también en esta hipótesis, por lo tanto, se encontrarían los extremos de un conflicto entre constitución y tratado, sobre el que nos hemos detenido ya varias veces. En nuestra opinión, la norma consuetudinaria, sobre la que Sperduti basa la categoría de los acuerdos preliminares, se puede conciliar con el principio de la relevancia internacional de las normas estatales relativas al *treaty*

éste se plantee en los mismos términos que el problema de la transformación del derecho convencional. Esta omisión podría parecer injustificada <sup>41</sup> si se tiene en cuenta que las constituciones aparecidas en el periodo que transcurre entre las dos guerras mundiales habían atribuido una especial importancia a la adaptación del derecho internacional general. Sin embargo, resulta justificada si se considera el criterio que da este autor como fundamento del fenómeno de individualización del elemento personal del tratado. Criterio que, según hemos visto, se identifica con la tesis de que la norma que reenvía al derecho interno es una norma flexible o derogable. Resulta claro, en efecto, que dicha derogación puede tener lugar, sobre todo, mediante una norma convencional. La individualización del elemento personal de la norma internacional, individualización que elimina la necesidad de realizar la transformación, se realiza, según Kelsen, a través de la voluntad de los

*making power*, sólo en cuanto se presuponga que, como señala el mismo Sperduti (*op. cit.*, p. 329), tal norma condicione el valor de los acuerdos preliminares al hecho de que los Estados observen su contenido en la estipulación del tratado o de los tratados a los que aquéllos se refieren. Así entendida la norma consuetudinaria supuesta por Sperduti reenviaría siempre a la constitución del Estado, si bien no a la constitución formal, sino, por así decirlo, a la *living constitution*, y es precisamente a la constitución efectiva a la que, según una autorizada opinión (Kelsen: *Principles*, cit. p. 323), se refiere el Derecho Internacional al atribuir relevancia a los procedimientos estatales de estipulación y de ejecución de los tratados. Sobre el significado de la referencia del Derecho Internacional a la organización efectiva de los Estados (*vid.*, por último, Curti Gialdino, "Rinessa in vigore del diritto internazionale prebellico in base all art. 44 del Trattato di pace enorme interne sulla stipulazione degli accordi internazionali", en *RDI*, 1960, pp. 126, 127 (nota 4), que configura "como disciplina normativa de organización la disposición de la norma internacional en la que se contiene la referencia misma considerando irrelevante la circunstancia de que, en este caso, "el término de referencia sea una situación de hecho más que una situación jurídica.").

<sup>41</sup> Giuliano: *La comunità internazionale*. . . , cit., p. 134, nota 10, pone de relieve que, mientras que el jusnaturalismo había terminado por polarizar el interés científico en torno al fenómeno del Derecho consuetudinario, la codificación ha sido hecha posible por el triunfo de las ideologías que han llevado al abandono de los postulados del Derecho natural y al predominio del Derecho escrito sobre la costumbre de la obra del legislador sobre la conciencia creativa del pueblo. El desinterés de Kelsen respecto del fenómeno consuetudinario podría, por lo tanto, ser explicado por la reacción frente a los principios del jusnaturalismo que el jurista vienés manifiesta abiertamente; por ejemplo, cuando advierte que su doctrina es una doctrina positivista en el mismo sentido en que puede considerarse como tal la *Analytical jurisprudence*, de Austin. Sin embargo, parece que la extensión de las tesis de Kelsen a la transformación del Derecho Internacional consuetudinario choca también con las dudas y dificultades de carácter técnico que hemos intentado señalar más arriba, pero que Kelsen omite en cuanto que limita el fenómeno de la adaptación al Derecho Internacional convencional.

Estados que han creado la norma, es decir, de las partes contratantes de un tratado.

Por lo tanto, es difícilmente concebible que aquélla pueda encontrar aplicación fuera del ámbito del derecho internacional convencional. En realidad, se podría pensar en una norma consuetudinaria que se dirigiese a un órgano particular (al jefe del Estado, a los ministros de asuntos exteriores, a los jefes de misiones diplomáticas). En este caso, el elemento internacional, que en el tratado viene dado por la voluntad de las partes, debería encontrarse en el elemento psicológico que, incluso, según una parte de la doctrina internacionalista, contribuye a formar la norma consuetudinaria. Así, sería necesario admitir que una costumbre concreta se haya formado sobre la base del convencimiento de que se dirige a un órgano determinado con exclusión de los demás. Es necesario advertir que, en el ámbito, por lo demás bastante restringido, en que puede presentarse, el problema no se plantea en términos distintos de aquellos en que hemos intentado criticar la posición de Kelsen respecto a la transformación del derecho convencional. En efecto, también aquí se trata de ver si la norma de derecho internacional que establece la delegación del derecho internacional en el derecho interno sea derogable, ya convencionalmente, ya por medio de otras normas consuetudinarias.

Planteado el problema en estos términos, no parece que se puedan adoptar dos soluciones diferentes para los casos en que la derogación sea realizada o por medio de un acuerdo o por medio de una norma consuetudinaria. La doctrina admite generalmente la existencia de normas derogables, pero niega que algunas de ellas sean derogables sólo mediante normas consuetudinarias, o viceversa, sólo mediante normas convencionales. Tras estas aclaraciones, debemos observar que en el caso de la transformación de la norma consuetudinaria en derecho interno representa, por así decirlo, la piedra de toque más convincente y significativa de la tesis de Kelsen; este caso hace surgir dudas y perplejidades que no se plantean en el de la transformación del derecho convencional.

Ante todo, no es fácil explicar cómo la norma que, siempre según la tesis kelseniana, reenvía a las normas internas de organización de competencias, pueda referirse también a la aplicación de la norma consuetudinaria en el ordenamiento interno. Precisamente, la dificultad deriva del convencimiento a que ha llegado la doctrina, y al que se adhiere el mismo Kelsen, de que la costumbre no se crea con la voluntad de

los Estados, ni siquiera bajo la forma o en el sentido de un acuerdo tácito.<sup>42</sup>

En la hipótesis que estamos examinando, la delegación en el derecho interno, a la que se refiere Kelsen, quedaría así limitada a los procedimientos con los que el ordenamiento estatal introduce en su propia esfera las normas de derecho internacional general. De aquí se deriva una consecuencia que revela, bajo otro aspecto, la debilidad de las argumentaciones de Kelsen, a las que antes nos hemos referido. Dado que la delegación del derecho internacional en el derecho interno se refiere al momento de creación de la norma consuetudinaria, cae por su base el presupuesto necesario para que se pueda sostener, con Kelsen, como en el caso de los tratados, la presunción de la aplicabilidad directa de la norma internacional. Esta presunción, debemos recordar, se basaba en la opinión según la cual, a no ser que el ordenamiento estatal establezca lo contrario, los procedimientos necesarios para formar el tratado son también aptos y suficientes para crear las normas internas de adaptación. Esto nos permite comprender —más claramente que cuanto hemos podido deducir del estudio de la transformación del derecho convencional— el verdadero significado de la construcción kelseniana: que el fenómeno de la transformación está conceptualmente ligado a la hipótesis de un conflicto entre norma internacional y norma interna.

En efecto, consideremos una norma consuetudinaria que señale como su destinatario a un determinado órgano del Estado y diferenciamos las dos hipótesis que antes hemos examinado a propósito de la transformación del tratado.

1) El órgano individualizado por la norma es competente, según la Constitución, para ejercitar los poderes que le atribuye la costumbre internacional. Es evidente que en este caso no se produce un conflicto entre norma internacional y norma interna, ya que la primera no altera el sistema de competencias establecido por el ordenamiento estatal.

A esta hipótesis se le puede asimilar otra. La de que la norma internacional atribuya a un órgano del Estado una competencia que no haya sido prevista, pero tampoco excluida por la Constitución. La norma internacional será directamente aplicable en el ordenamiento interno por la sencilla razón de que no se produce una oposición entre la norma

<sup>42</sup> Kelsen: *Principles...*, cit., p. 307, y especialmente: “Théorie du droit international coutumier”, cit., pp. 206 y ss. Kelsen niega la existencia del elemento psicológico de la costumbre y rechaza firmemente o por el acuerdo tácito de los Estados (*vid. op. cit.*, spec. pp. 269-270).

internacional consuetudinaria, dirigida a un órgano particular del Estado, y la otra, que reenvía al sistema interno de competencias. Se descubre así que la razón por la que la norma internacional es inmediatamente aplicable es la falta de una norma interna que se oponga a la del derecho internacional general y no la presencia de una regla que atribuye una competencia implícita, por así llamarla, para crear las normas necesarias para la aplicación de la costumbre internacional, como sucede, por el contrario, con las normas que regulan el procedimiento de formación del tratado.

Así se nos presenta claramente cómo, en la construcción lógica de Kelsen, el momento positivo, es decir, la existencia en el derecho interno de la disposición que permite la inmediata introducción de la norma internacional, se señala sólo, en cuanto presupone un momento negativo, la inexistencia de una oposición entre norma internacional y norma interna. Hemos intentado aclarar que la posibilidad de un conflicto entre Constitución y tratado (y, por lo tanto, la necesidad de transformar este último en una norma de derecho interno) se elimina sólo cuando el tratado representa, para el derecho estatal, una fuente de derecho jerárquicamente superior a todas las demás. Todas las hipótesis en que el tratado individualice, para ejercitar los derechos que de él se derivan, a un órgano distinto del que sería constitucionalmente competente, se traducen así en una modificación implícita de la Constitución. Examinemos ahora la misma hipótesis refiriéndola a una norma consuetudinaria. Para que ésta fuese aplicable en el ordenamiento interno, sin necesidad de ninguna transformación, sería necesario que se incluyese en tal ordenamiento una disposición, según la cual las normas de derecho internacional consuetudinario prevalecerían sobre todas las demás normas y podrían modificar la misma Constitución. Disposiciones de este tipo se encuentran a menudo, como hemos señalado, en las constituciones y, según la interpretación que nos parece preferible, está incluso sancionada en el artículo 10 de la Constitución italiana.

Si no nos equivocamos, todo esto constituye una nueva prueba del hecho de que, desarrollando lógicamente los argumentos de Kelsen, la necesidad de la transformación desaparecerá sólo cuando el ordenamiento interno establezca el sistema de sus propias competencias, de forma que se evite todo conflicto entre normas internas y normas internacionales; es decir, cuando se coloque a éstas sobre el plano de la Constitución o, por lo menos, de las leyes de revisión constitucional.

2) Por otra parte, el fundamento de nuestras conclusiones puede ser controlado examinando los resultados a que conduciría la solución de

Kelsen si se la extendiese a la transformación del derecho consuetudinario.

Supongamos que se produzca un conflicto entre costumbre internacional y ordenamiento interno cuando la primera atribuya a un órgano del segundo una competencia que éste no posee, según la Constitución. En esta hipótesis no se podría sostener, como hace Kelsen a propósito de los tratados, que la norma de derecho internacional no nace si antes no se han cumplido las formalidades exigidas por el derecho interno, o menos aún que los procedimientos de transformación previstos por este ordenamiento puedan, por así decirlo, ser atraídos y absorbidos por el proceso de producción de la norma internacional.

Esto significaría, en realidad, que la costumbre se configuraría como un proceso normativo a cuya formación contribuiría el Estado. Sin embargo, el alcance de esta construcción es dudoso.

El significado más digno de crédito es el de que aquélla se identifica y se explica a través de la tesis del acuerdo tácito, sostenida por la doctrina que coloca el fundamento de la costumbre en la voluntad del Estado o, más exactamente, en el reconocimiento de la costumbre como norma jurídica que manifestaría el Estado, incluso a través de la *facta concludentia*. Son evidentes los equívocos que se derivarían de tal conclusión.

Ante todo, como hemos señalado, dicha solución contrasta con la posición del mismo Kelsen, según la cual se debe rechazar que el Estado intervenga en el proceso de formación de las normas de derecho internacional consuetudinario. Además, incluso prescindiendo de esta observación, la participación del Estado en la creación de las normas de derecho internacional consuetudinario, como ha sido señalado,<sup>43</sup> debería estudiarse desde el punto de vista del papel que aquél juega en cuanto sujeto de derecho internacional.

Si se sigue este criterio restrictivo, sólo ciertas normas podrían tener un lugar en el proceso de formación de la costumbre, mientras que las demás, es decir, las que emanan de órganos encargados no de las relaciones internacionales, sino de otras ramas de la actividad estatal y, por lo tanto, incluso las que emanan del órgano legislativo y constituyente, quedarían fuera de dicho proceso. La construcción kelseniana sufriría así una limitación bastante grave.

Hay que añadir que, si se considera la costumbre como un acuerdo tácito, el problema de la transformación de las normas consuetudi-

<sup>43</sup> Cfr. para todos, Morelli: *Nozioni...*, cit., p. 27.

narias se convierte en el problema de la transformación del derecho convencional; nos remitimos, por lo tanto, a cuanto hemos dicho a este respecto.

8. *Control lógico de los resultados alcanzados en el estudio anterior (notas sobre otras tesis de autores monistas acerca del problema de la transformación, en nota)*

Podemos afirmar, tras el análisis hasta aquí realizado, que Kelsen liga el fenómeno de la transformación, tanto del derecho interno general, como el del convencional, a la existencia de un conflicto entre norma internacional y norma interna.

Para aquilatar hasta qué punto está fundamentada nuestra conclusión, es necesario examinar, punto por punto, las objeciones que podrían sernos formuladas.

Veremos en seguida que ninguno de los argumentos aquí considerados, que critican los resultados a que hemos llegado, puede considerarse válido.

Así, no se podría mantener que las normas de derecho internacional sean, por naturaleza, normas no interpretativas y, en particular, normas derogables por una manifestación de voluntad unilateral del Estado que se concreta en la creación de una norma de adecuación, y que, por lo tanto, no subsista ninguna oposición entre la norma de derecho internacional (que atribuye a un órgano determinados derechos y deberes que no le concedería la Constitución) y la norma de derecho interno —la Constitución— que, realizando la derogación de la primera, altera, pero no viola, su contenido.

Es evidente que este argumento carece de fundamento. internacional normas de carácter derogable, es dudoso que se pueda atribuir este carácter a todo el derecho internacional consuetudinario o que la derogación se pueda realizar mediante una simple manifestación de voluntad unilateral del Estado. En segundo lugar, la norma internacional, ya sea convencional o consuetudinaria, que individualice a un órgano del Estado como su destinatario, sólo se puede concebir, como hemos visto, si se la configura como una derogación a la otra norma de derecho internacional que se reenvía al derecho interno, absteiniéndose de determinar directamente sus propios destinatarios. Sobre esta base resulta claro lo poco convincente que es el considerar derogable una norma que representa, a su vez, la derogación de otra nor-



ma. Pero admitamos incluso que la individualización del destinatario de la norma internacional se realice por obra de una norma derogable. La consecuencia será que el problema de la transformación de la norma internacional no se planteará, por lo menos, por lo que respecta a los Estados que la hayan derogado, ya que la derogación de una norma que ha individualizado a un determinado órgano como su consuetudinario, produce el efecto de reclamar la aplicación de aquella otra que delega en el derecho interno la individualización del elemento personal de la norma internacional.<sup>44</sup>

Además, como hemos señalado, Kelsen afirma que la norma internacional no nace hasta que se verifican todos los procedimientos necesarios, según la Constitución, para su introducción en la esfera del derecho interno. En efecto, sería una contradicción el afirmar, por una parte, que la norma internacional es una norma derogable y, por otra, que no nace hasta la emanación de esta última norma. La derogabilidad es una característica de normas que han nacido ya y que pueden, por lo tanto, producir efectos propios. No se puede imaginar otra formulación posible de la tesis kelseniana con la cual se logra eludir el problema de la oposición entre normas internas e internacionales. Así, no se podría estimar que Kelsen, al configurar explícitamente la hipótesis de que las partes contratantes de un tratado se han propuesto dirigir la norma de dicho tratado a un determinado órgano o a sujetos del ordenamiento estatal, sin asumir, sin embargo, la obligación de modificar su propio sistema de competencias, hayan querido sostener, en definitiva, que el momento de aplicación del tratado sea individualizado por las partes simplemente como un punto de referencia temporal. En otros términos, que la intención de los Estados contratantes sería la de diferir la creación de la norma internacional al momento en que ésta sea aplicada

<sup>44</sup> El problema de la transformación se plantea para Kelsen cuando la norma internacional sería directamente aplicable y el Derecho interno, por el contrario, prescribe ulteriores formalidades antes de que la norma pueda ser aplicada. En esta hipótesis, la norma internacional, si bien plenamente individualizada en sus propios elementos constitutivos, dejaría de ser inmediatamente aplicable, desde el momento en que el Estado la deroga, individualizando el elemento personal de la norma misma a través de los procedimientos prescritos por el propio ordenamiento. En este sentido, la hipótesis en que la norma interna deroga la norma internacional, es asimilable a las otras en que la norma internacional designa como titular de las situaciones jurídicas subjetivas que de ella se derivan al mismo órgano que, también según el ordenamiento interno, es titular de dichas relaciones jurídicas. Tanto en una como en la otra hipótesis, no existe oposición entre la norma internacional y la norma interna, y, por lo tanto, según las consideraciones que hemos desarrollado, no surge ninguna necesidad de proceder a la transformación.

por cada uno de ellos en la esfera de sus ordenamientos respectivos.<sup>45</sup> Si esto fuese cierto, no podría explicarse, sin embargo, cómo el tratado se dirija a sujetos determinados. O bien se afirma que la intención de los Estados que han concluido el tratado es la de hacerlo inmediatamente aplicable, y, en este caso, la norma internacional individualizada en sus propios elementos constitutivos es susceptible de ejecución directa, y la aplicación inmediata de las normas creadas por el tratado es una obligación de las partes contratantes, mientras que las eventuales disposiciones de derecho interno que se interponga a la aplicación inmediata del tratado estarán en abierta contradicción con el contenido de éste, ya que no contribuyen a crear la norma internacional, sino que la violan.

<sup>45</sup> Con esta última observación se relaciona otro problema que, a nuestro parecer, viene determinado por el mismo esquema lógico al que Kelsen reduce el fenómeno de la transformación. Hemos dicho que Kelsen incluye en el procedimiento de formación de la norma internacional una norma interna que, a su vez, es contraria al contenido de aquella. Esta tesis es admisible siempre que no se distinga entre perfección y eficacia de la norma internacional. Intentamos explicar técnicamente qué entiende Kelsen cuando afirma que la norma internacional, de la misma manera que la norma interna, es “estructuralmente” apta para ser aplicada inmediatamente a los sujetos del ordenamiento estatal. Si aclaramos que el ciclo de los efectos de la norma jurídica se desarrolla a través de dos momentos, la perfección y la eficacia, será fácil comprender que la norma internacional, en el momento mismo de ser creada, tiene, es cierto, una eficacia, pero se trata de una eficacia limitada. El único efecto que puede producir es el de obligar a los órganos estatales que son competentes según el ordenamiento interno a ejercitar los poderes o a cumplir las obligaciones creadas por la misma norma internacional. Cuando las obligaciones que han surgido de esta forma, sean violadas, se deriva la responsabilidad, es decir, la sucesión del Estado a sanciones previstas por el Derecho Internacional. Es una consecuencia bastante importante de la tesis dualista, según la cual el Derecho Internacional obliga a los Estados, y no a los sujetos, que la esfera de eficacia de las normas internacionales es distinta de la de las normas internas. Después de las observaciones que hemos formulado, es necesario preguntar si la opinión a la que nos hemos referido ampliamente sea sustancialmente distinta de ésta. Al criticar el concepto de la personificación del Estado (*cf. Teoría general...*, cit., pp. 195 y ss.), sosteniendo que el Estado es conceptualmente inseparable del órgano en el que se materializa y se articula el ordenamiento estatal. Kelsen afirma un principio que no está necesariamente en contradicción con la tesis dualista y que ha sido sostenido, en efecto, por Anzilotti y por otros representantes autorizados en esta dirección doctrinal, quienes afirman que el hecho de considerar al Estado como punto de imputación de derechos y deberes no significa que se le distinga conceptualmente de sus propios órganos. Tanto si el Estado se resuelve en los órganos que lo componen como si se le representa como una entidad conceptual distinta y con una existencia propia, el problema consiste siempre en ver si la norma internacional puede modificar el ordenamiento estatal, al menos en el sentido de que pueda dirigirse a órganos y sujetos distintos de aquellos a los que el ordenamiento estatal señala como destinatarios de la misma norma internacional. Es evidente que, precisamente por no distinguir entre perfección y eficacia de la

O bien se afirma que las partes contratantes se han referido a la aplicación del tratado para individualizar el momento a partir del cual nace dicho tratado. Si así fuese, sería necesario concluir que la voluntad manifiesta de quien ha creado el tratado no sería que las normas de éste fuesen inmediatamente aplicables, sino exactamente lo contrario de que el momento en que el tratado pueda considerarse perfecto y, por lo tanto, capaz de desarrollar sus propios efectos, se retarde lo más posible. Es evidente, en efecto, que el momento de la aplicación es

norma internacional, Kelsen se ve obligado a introducir en el procedimiento de transformación de esta norma la esfera de actividad estatal, que, por el contrario, se desarrolla sólo cuando se ha formado la norma internacional que únicamente condiciona los efectos de ésta. Al resolver el problema de la eficacia en el momento de creación de la norma, el autor disimula, por así decirlo, pero no elimina la realidad institucional del Derecho Internacional: las normas internacionales sólo pueden tener la eficacia que se les atribuye a través de la delegación, presupuesta por el mismo Kelsen, del Derecho Internacional en el Derecho interno. De esta posición deriva la contradicción que antes hemos señalado y otras en las que no nos podemos detener, baste considerar el hecho de que, si se considera la norma internacional como perfecta sólo después de que hayan sido agotados los procedimientos de transformación preestablecidos por el Derecho interno, se prescinde del momento de la ratificación, momento que, como ha sostenido el mismo Kelsen en otro lugar, es aquel en que se perfecciona el tratado, por lo menos en la hipótesis de que las partes contratantes lo hayan establecido así (*Principles...*, cit., pp. 331 y ss.). Esta contradicción ha sido señalada exactamente por Ichimata (*La critique...*, cit., p. 255) al advertir que la tesis de Kelsen choca contra el principio que ha sido ya sancionado por la práctica internacional, según el cual el tratado se perfecciona en el momento de la firma o del intercambio del depósito de las ratificaciones y no en el momento en que se hayan realizado los procedimientos de transformación eventualmente prescritos por el Derecho interno. De aquí se deriva la consecuencia de que la tesis monista propugnada por Kelsen al no dejar resuelto el problema, o mejor, al hacer depender la eficacia de la norma internacional en el ordenamiento interno de lo que establece este último, no puede resolver en un sentido más bien que en otro el problema del rango que ocupan las normas creadas en ejecución de las obligaciones, en el sistema de las fuentes del ordenamiento estatal.

Esto, por otra parte, se encuentra confirmado también por el concepto de delegación, que es peculiar de la concepción kelseniana. Cuando se trata de la hipótesis de la primacía del Derecho Internacional, es necesario, según Kelsen, reconocer que dicha primacía se refiere al Derecho interno, y en especial a las normas de éste que regulan la competencia de los órganos encargados de la conclusión de los tratados o de la aplicación de las normas internacionales, generales o convencionales; por lo tanto, también a las disposiciones de las que se deriva la eficacia que tienen las normas del Derecho Internacional en el seno del Derecho estatal. El concepto de delegación es idóneo, por lo tanto, para describir el límite que encuentra la primacía del Derecho Internacional —límite que viene representado por el reenvío a la organización estatal—, de la misma manera en que indica la subordinación del Derecho interno al Derecho Internacional. En este sentido la delegación representa un momento conceptual correlativo a la autolimitación, con la cual, en la hipótesis opuesta de la primacía del Derecho estatal, Kelsen explica el reconocimiento del Derecho Internacional por parte de aquél.

posterior a todas las otras fases de la actividad estatal que pueden exigirse para la introducción del tratado en la esfera del derecho interno.

Por último, no parece que puedan esgrimirse otros argumentos para negar que Kelsen da por supuesta la exigencia de una estrecha conexión entre el fenómeno de la transformación y el conflicto de la norma internacional con la Constitución (o con otra norma del ordenamiento interno).

Carecería, en efecto, de todo fundamento la objeción de que el tratado, que se dirige inmediatamente a los sujetos del ordenamiento estatal (cuando la Constitución exige la transformación) e implica, por lo tanto, una revisión de la constitución, tiene, en realidad, al órgano constituyente como su propio destinatario, y que, por lo tanto, existiría una coincidencia absoluta entre el órgano a que se dirige la norma internacional y el órgano al que el ordenamiento concede competencia para ejercitar los poderes que se derivan del tratado.

Propongámonos, en efecto, la hipótesis de que una norma internacional disponga no sólo que el Estado modifique su propio ordenamiento, sino que tal modificación deba realizarse por procedimiento distinto del prescrito por el mismo ordenamiento para la revisión de la Constitución. En tal caso, si el ordenamiento interno no prevé la inmediata aplicabilidad del tratado o, en definitiva, no atribuye a las normas introducidas en su esfera mediante el tratado la misma eficacia que las normas constitucionales, sería necesario recurrir al procedimiento de revisión persistente al tratado, que hemos supuesto más arriba, para modificar la Constitución y hacer así posible la adopción del procedimiento previsto por el tratado mismo. La oposición entre norma interna y norma internacional volvería a presentarse. Pero debemos considerar otro punto. Admitamos incluso que la norma internacional, en el caso que estamos examinando, se dirija al órgano constituyente. El problema de la transformación en el sentido en que lo plantea Kelsen, no se presentaría tampoco aquí. En efecto, cuando se estime que el tratado dirigido a los individuos se dirija, en realidad, a los órganos competentes para adaptar el ordenamiento interno al contenido del tratado (órgano que, en la hipótesis arriba indicada, es el constituyente), se debe negar necesariamente que los tratados puedan hacerse susceptibles de ejecución inmediata por parte de los Estados contratantes, o dirigirse a destinatarios distintos de los órganos a los que el ordenamiento interno atribuya la aplicación de las normas internacionales.<sup>46</sup>

<sup>46</sup> Otra prueba de lo insostenible de la posición de Kelsen nos la proporciona la posición que otros autores monistas han adoptado respecto a la transformación.

9. *La función del artículo 10, apartado 1, de la Constitución italiana, en la interpretación de la doctrina. Examen de las opiniones expresadas sobre la naturaleza de las normas que contemplan la adaptación automática del ordenamiento interno al derecho internacional*

Debemos ahora estudiar el significado que la doctrina dualista ha atribuido al fenómeno de la adaptación. Para que nuestra investigación

Así, si bien se muestran conformes con la tesis de Kelsen según la cual el concepto de transformación descansa sobre la distinción, e incluso sobre la separación entre Derecho Internacional y Derecho interno (*cf.*, en este sentido, Verdross: *Droit international public*, cit., pp. 219 y ss.; Guggenheim: *Traité de droit international public* . . . , I, Genève, 1953, p. 33), no parece que las otras críticas formuladas por Kelsen contra la técnica de la transformación (en especial la afirmación de que los actos de transformación constituyen una parte integrante del proceso de creación de la norma internacional) hayan encontrado gran acogida en los otros seguidores de la dirección monista.

*Cfr.*, sobre este punto, Papalambrou: "Le problème de la transformation et la question de la validité des actes étatiques contraires au droit international", en *RHDI*, 1950, p. 245: "La règle du droit international qui impose à l'organe étatique compétent de poser une autre règle (de droit interne), est parfaitement valable avant toute transformation; si cette obligation vient à être violé, l'Etat en sera internationalement responsable sans pouvoir invoquer qu'il n'a pas eu lieu de transformation."

Verdross, por ejemplo, niega que en el momento de ser aplicada por el órgano estatal, la norma internacional sufra por ello metamorfosis. Por otra parte, este autor configura la esfera de actividad normativa creada por el Estado para dar aplicación al Derecho Internacional, como ejecución y desarrollo de una norma supraordinada por parte de normas jerárquicas inferiores. Lo cual, en nuestra opinión, implica la distinción conceptual entre la norma que debe ser aplicada —la internacional— y la norma de Derecho interno que la desarrolla. Esta última se considera, por lo tanto, como una norma con existencia propia y no como un momento del proceso de creación de la norma internacional (Verdross: *op. loc. ult. cit.*).

Sin embargo, las construcciones de los demás autores monistas revelan la preocupación de minimizar o de eludir el problema del conflicto entre las normas internacionales y la norma interna que, como hemos observado, parece haber inspirado la construcción de Kelsen. El mismo Verdross sostiene, en efecto, que la situación de invalidez en que se encuentra la norma interna, opuesta la norma internacional, es sólo provisional: "l'effet obligatoire d'une loi en contradiction avec le droit international public ne joue qu'en droit interne et seulement à titre provisoire, puisque, l'Etat lésé par une telle loi est autorisé, en vertu du droit international public général, à réclamer l'abrogation ou du moins la non-application d'une telle loi; l'autre Etat, de son côté, est obligé de faire suite à cette demande. Ceci nous prouve que la procédure du droit interne peut être soumise à un contrôle par le droit international public" (*op. cit.*, pp. 220-221; véanse también las posiciones monistas allí citadas en nota).

En este orden de ideas se incluye la tentativa, dialécticamente hábil, pero, como veremos en seguida, poco convincente de Papalambrou (*Le problème de la transformation* . . . , cit., pp. 244 y ss.). Este autor intenta reducir los casos eventuales de conflictos, siguiendo, sin embargo, un camino distinto del de Kelsen. Parte de la consideración de que las normas internas contrarias al Derecho Internacional no

no se exceda de los límites que nos hemos marcado, es necesario tomar en consideración, hasta que examinemos más de cerca los procedimien-

deben ser aplicadas por el juez, ni aun cuando el ordenamiento interno disponga lo contrario. Formulada en estos términos, la solución parecería ser plenamente conforme con los principios del monismo radical. Papalambrou se apresura, sin embargo, a añadir que los casos en que existe un auténtico conflicto entre Derecho Internacional y Derecho interno son bastante menos numerosos de lo que se podía creer con base en un examen superficial, y ello por una doble consideración:

a) Siempre que el intérprete deba controlar la conformidad de una norma con otra y, por lo tanto, establecer si existe un conflicto, se plantea el problema (en general, poco estudiado por la doctrina, dice, pero no por esto poco importante) de la distinción entre hecho real y proposición normativa. Estos serían los dos puntos de vista desde los que cada norma jurídica puede ser valorada. Puede darse el caso de que dos normas —consideradas en su aspecto de hechos físicos o de acontecimientos materiales— sean opuestas entre sí. Pero esto no significa que una de las dos normas debe encontrarse en una situación de invalidez. La invalidez corresponde, en efecto, a un caso de conflicto entre normas consideradas como proposiciones normativas. Desde este punto de vista la proposición normativa que entra en conflicto con otra, a la que debería, por el contrario, conformarse según el ordenamiento, es inválida; de ello se deduce que no surge ningún derecho o ninguna pretensión subjetiva de la norma que se encuentra así viciada.

b) Dado esto por sentado, el autor excluye de las hipótesis de conflicto entre Derecho Internacional y Derecho interno muchas situaciones que la doctrina incluye normalmente en dicha hipótesis. Según Papalambrou, cuando una norma internacional se dirige a un órgano del Estado imponiéndole un determinado comportamiento y dicho órgano viola la norma a abstenerse de realizarlo (por ejemplo, absteniéndose de crear una norma cuya emanación sea internacionalmente obligatoria), no se advierte, en realidad, ningún conflicto entre norma internacional y norma interna, y los órganos estatales, encargados de la aplicación del Derecho deberían atenerse a la norma interna, no aplicando la norma internacional a la que aquélla se opone, sin que esto implique en absoluto una primacía del Derecho interno sobre el Derecho Internacional.

En este caso, afirma el autor, la norma internacional tiene como contenido un determinado comportamiento del legislador, mientras que la norma interna que se opone a ella se dirige al juez o a otro órgano ejecutivo. De aquí se deduce que no existe ningún conflicto entre norma internacional y norma interna. En este caso, advierte el autor, el conflicto no se plantea entre la norma del Derecho Internacional y una norma de Derecho interno, sino simplemente entre normas que pertenecen al ordenamiento interno; dicho conflicto se resolverá, por lo tanto, según los criterios del Derecho positivo para la resolución de los conflictos que se planteen entre sus propias normas, criterios que pueden variar de un ordenamiento a otro. Al enfrentarse después con la hipótesis de que la constitución obligue al juez a aplicar una norma interna, incluso si dicha norma es abiertamente opuesta a una norma internacional, el autor afirma que la única solución posible es la de no aplicar la norma interna, es decir, la norma constitucional que establece la primacía del Derecho interno sobre el Derecho Internacional. Pero también esta solución, a pesar de haber sido enunciada en términos tan limitados, sufre, en realidad, una grave restricción, ya que el mismo Papalambrou sugiere que la norma interna, de la cual se deriva la primacía del Derecho estatal sobre el Derecho Internacional, tendría el sentido de limitar la competencia de los órganos encargados de la conclusión de

tos de adaptación, las distintas soluciones que la doctrina italiana, fuertemente anclada en las premisas del dualismo, ha dado al artículo 10.

los tratados, y pidiendo a tales órganos el concluir acuerdos cuyo contenido sea opuesto a la constitución.

Y es precisamente en este punto donde Papalambrou inserta el problema de la transformación en el cuadro general de las premisas antes expuestas. Plantea, en efecto, la hipótesis de que las normas contratantes de un tratado se proponen hacer que las normas en él creadas sean inmediatamente aplicables, a pesar de que la constitución exija un procedimiento de transformación. El autor rechaza, sin embargo, la solución de Kelsen según la cual, dado que la aplicación inmediata del tratado corresponde a un compromiso de las partes contratantes, se debería recurrir al procedimiento de revisión constitucional. En este caso, afirma, la intención de quien concluye un tratado no tiene ninguna relevancia sobre el valor y el significado objetivo de la norma del Derecho Internacional: "le traité pas, ne peut pas avoir comme contenu objectivement valable de lier les tribunaux ou l'administration: même si cela était le sens subjectif des organes qui ont conclu le traité, ce sens n'es pas, d'après le droit international lui-même, objectivement valable comme règle de droit international, puisque ces organes n'avaient pas compétence pour procéder à un traité d'un tel contenu" (*op. cit.*, p. 248). Pero el autor no tiene en cuenta que, al discurrir de esta forma, se termina por excluir la posibilidad lógica de cualquier clase de conflicto, incluso entre las distintas fuentes de un mismo ordenamiento; por ejemplo, entre la ley y el reglamento en el Derecho interno. Se podría observar, en efecto, siempre para seguir la argumentación de este autor, que la ley y el reglamento se encuentran colocados en dos planos que no podrán entrar nunca en conflicto: que la ley tiene como contenido una obligación del órgano ejecutivo y el reglamento o el acto administrativo, por el contrario, una obligación del sujeto particular. El error en que cae Papalambrou deriva, por lo tanto, inevitablemente de la premisa, que él introduce subrepticamente en la hipótesis monista, pero que ha sido rechazada firmemente por el mismo Kelsen, según la cual la esfera de los destinatarios de las normas cambia según las posiciones que dichas normas ocupan en la escala de las fuentes. Ahora bien, el mantener que no sea admisible un conflicto entre normas jerárquicamente colocadas en el seno de un mismo ordenamiento, es contrario a la realidad de las cosas y a las afirmaciones del mismo Kelsen, para quien la existencia de estos conflictos se deriva de la que de aquellas normas de Derecho positivo que establecen los criterios adecuados para asegurar el predominio de las normas superiores sobre las inferiores. La construcción de Papalambrou produce además no pocas perplejidades desde otros puntos de vista. En efecto, incluso si se admite, como él cree, que la norma constitucional que establece la necesidad de la transformación, pueda traducirse en una limitación de la competencia de los órganos encargados de la conclusión del tratado, quedaría por explicar, lo mismo que en la tesis de Kelsen, el caso en que la norma de Derecho internacional, general o consuetudinaria, atribuya a un órgano del Estado competencias y poderes de los que dicho órgano carece según la constitución. El autor advierte esta dificultad y cree resolverla aduciendo que "el sentido de la costumbre internacional es el de obligar directamente a los órganos ejecutivos del Estado" (*op. cit.*, p. 247), pero sin motivar esta afirmación. Se podría afirmar que el problema de la aplicación de la norma consuetudinaria representa un *punctum pruriens* de la construcción monista del fenómeno de la transformación. Cfr. aun lo que señala Ichimata (*op. cit.*, p. 228), para quien tampoco la doctrina dualista consigue dar una explicación convincente del fenómeno de la aplicación inmediata del Derecho internacional consuetudinario por parte del

En este orden de investigaciones, la doctrina ha sido ayudada por los resultados a los que ha conducido el estudio del fenómeno del reenvío y de la función de las normas de derecho internacional privado.<sup>47</sup> Lo que explica que en el planteamiento y solución de algunas de las cuestiones más importantes que se refieren a la adaptación, se hayan sobreentendido una serie de premisas “implícitas” en los esquemas dogmáticos que han servido para encuadrar el fenómeno de las relaciones entre ordenamientos jurídicos estatales. Una de estas premisas, que normalmente es tomada como punto de partida para el análisis del ar-

juez interno. Advierte este autor que las soluciones plausibles, dentro de un punto de vista dualista, son dos: O bien se considera como acto de transformación la sentencia con la cual el juez interno aplica la costumbre internacional (cfr. Quadri: *Dir. internaz. pubblico*, cit. p. 57, quien parece contraponer la transformación *ope judicis* a la transformación *ope legis* considerada por la doctrina. Mosler: *L'application du droit international public par les tribunaux nationaux*, Legden, s.d. (1958), p. 642: “L'exigence de l'ordre d'application est commune à tous les Etats. Même les pays à tendance moniste ne peuvent s'un passer enièrement. Il y apparaît sous forme atténuée dans la publication.” Una orientación reciente en la doctrina italiana rechaza el esquema de la transformación del derecho internacional consuetudinario y llega, aunque con una argumentación distinta, a la conclusión de que el juez interno puede “dar relevancia al *ius non scriptum*” y que el ordenamiento interno se limita a reconocer o extender en su propia esfera la eficacia de las costumbres internacionales sin traducir, por ello, ésta, en norma de Derecho interno, cfr. Barile, *Diritto internazionale e Diritto interno, spec.* pp. 41 y ss.; Bentivoglio, “Diritto internazionale pubblico”, en *NND*, p. 56 de la separata). O bien, se acepta la tesis de Anzilotti (*Il dir. internaz. ...*, cit. p. 410; *Scritti di dir. pubblico*, t. I, Padova, 1956), según el cual el juez estatal puede y debe aplicar normas de Derecho internacional que tengan relevancia para la solución de una cuestión preliminar respecto del juicio interno en que entienda.

<sup>47</sup> Además de la bibliografía citada en las notas siguientes *vid*: Balladore Palieri, “Il concetto di rinvio formale e il problema del diritto internazionale privato”, in *RDC*, 1929, pp. 143 y ss.; “Le varie forme di rinvio e la loro applicabilità al diritto internazionale privato”, in *ADCSL*, 1943, pp. 344 y ss.; *Diritto internazionale privato*,<sup>2</sup> Milán, 1950, pp. 3 y ss.; Cansacchi, *Scelta e adattamento delle norma straniere richiamate*, Turín, 1939, pp. 219 y ss.; Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit. pp. 86 y ss.; Ziccardi, *Il valore del diritto straniero nell'ordinamento nazionale*, Milán, 1946, spec., pp. 42 y ss.; Barile, *Appunti sul valore del diritto pubblico straniero nell'ordinamento nazionale*, Milán, 1948, pp. 67 y ss.; Pau, *Caratteri del diritto internazionale privato*, Roma, 1951, specie, pp. 82 y ss.; y, más recientemente, *L'attuazione processuale delle norme italiane di diritto internazionale privato nel loro riferimento alle leggi straniere*, in *Studi di diritto internazionale in onore di Perassi*, II, Milán, 1957, pp. 189 y ss.; *Caratteri del riconoscimento di situazioni giuriche straniere nell'ordinamento italiano*, Milán, 1958, pp. 2 y ss.; Monaco, *L'efficacia della legge nello spazio* (diritto internazionale privado), Turín, 1954, pp. 8 y ss., 29 y ss., 33 y ss.; Morelli, *Diritto processuale civile internazionale*, Padua, 1954, pp. 53 y ss.; Silvestri, *L'attività interna della Pubblica Amministrazione*, Milán, 1950, p. 113 (que aplica el mecanismo del reenvío a las relaciones entre ordenamiento general y ordenamiento particular dentro de un mismo sistema jurídico).



título 10, consiste en afirmar que la distinción entre reenvío formal y reenvío receptivo, debe entenderse ya superada, al menos en los términos en los que había sido formulada por una bibliografía no muy reciente.<sup>48</sup> En efecto, un amplio sector de la doctrina ha venido a afirmar que, de una parte, es inconcebible un reenvío a la mera fórmula de la norma extranjera y a la recepción material o transposición de esta última en el ordenamiento reenviante; y, por otra, que cualquier forma de reenvío implica atribuir a la norma llamada una eficacia distinta y ulterior respecto a la que poseía ésta en su ordenamiento de origen.

Por lo que se refiere en particular a la naturaleza del artículo 10, se puede afirmar que las soluciones defendidas por la doctrina se han polarizado en torno a dos direcciones. Hay quien afirma que tal artículo constituye una norma *de* producción o un acto legislativo,<sup>49</sup> aunque sea elíptico o abreviado. Otros, en cambio, atribuyen al artículo 10 la naturaleza de una norma *sobre* la producción cuyo objeto es el de establecer un procedimiento de creación del derecho: una norma, por tanto, sustancial o típicamente constitucional. Esta última tesis adopta formulaciones distintas, según que la norma sobre la producción sea considerada como una norma de tipo automático, en el sentido que precisaremos de inmediato,<sup>50</sup> o bien, como una norma que reenvía a los hechos de producción.

<sup>48</sup> *Vid.* sobre esto, las agudas decisiones de Sperduti, *Lezioni...*, cit., p. 99, quien señala los equívocos, no sólo terminológicos, que ha generado la contraposición, entre reenvío formal, o no receptivo, y reenvío material o receptivo.

<sup>49</sup> Miele, M., *La costituzione...*, cit., pp. 17 y ss. Se diría que este autor configura el artículo 10, más que como una norma material, como un acto de ejercicio de la potestad legislativa, como una figura particular de acto normativo. Por una parte, afirma que las normas sobre la adaptación representan una norma de producción (sentido opuesto al de norma *sobre* la producción o instrumental), es decir, una norma material (*op. cit.*, p. 15); por otra parte, que es preciso distinguir entre el acto normativo y la norma en él contenida. *Vid.*, en el sentido de que el reenvío representa un *prius* respecto al establecimiento de la norma, De Luca, *La rilevanza dell'ordinamento canonico nel diritto italiano*, Padua, 1943, p. 144, para quien la disposición por la que un ordenamiento llama una norma, presente o futura de otro ordenamiento, representaría un *acto jurídico* y no una norma jurídica, sea material o instrumental.

<sup>50</sup> Perasi, *Lezioni di diritto internazionale*, II, p. 29. La doctrina alemana ha configurado el artículo 25 de la Constitución de Bonn como un "transformador" permanente del derecho internacional en derecho interno. La expresión fue introducida por Giese para definir la función del artículo 4 de la constitución de Weimar. El artículo 25 de la ley fundamental de Bonn de 1949, dice: "Las normas de derecho internacional general constituyen parte integrante del derecho federal. Se anteponen a las leyes y crean derechos y deberes, de forma inmediata para los habitantes del territorio federal". Sobre la interpretación de este artículo *vid.* Mangoldt-Klein, *Das Bonner Grundgesetz*, Bonn-Frankfurt, 1957, pp. 676 y ss.; 680 y ss.

Para la segunda de estas direcciones, el artículo 10 es una norma sobre la producción que contempla los hechos de producción del ordenamiento internacional como idóneo para crear, modificar o extinguir normas correlativas en el ordenamiento interno.<sup>51</sup> El mismo hecho sería, por tanto, tomado en consideración por distintos ordenamientos y valorado en forma distinta por cada uno de ellos. La consecuencia más destacable de esta doble y distinta valoración, es que la norma, sobre la producción, asume el hecho normativo del ordenamiento reenviado como hecho jurídico, y a pesar de que, desde el punto de vista del ordenamiento internacional, debería considerarse como un acto y no un hecho en sentido estricto.<sup>52</sup> Para quien, en cambio, configura el artículo 10 como una norma sobre la producción automática, la inserción de las normas de adaptación se produce directamente; en otros términos, el artículo 10 no contemplaría un acto o hecho idóneo a crear normas jurídicas, sino que vendría a insertar automáticamente normas cuyo contenido extrae o toma de las normas internacionales a que reenvía.<sup>53</sup> Junto a estas teorías, hay otras intermedias. Así, en el seno de la doctrina que acepta el esquema de la norma sobre la producción automática, se ha abierto una corriente de opinión, sostenida por autorizados autores, según la cual el fenómeno de la producción de normas jurídicas mediante reenvío, aunque se produzca automáticamente, no puede prescindir de una referencia a los hechos de producción del ordenamiento reenviado; estos últimos vendrían, sin embargo, a adquirir relevancia en el orde-

(para una comparación del artículo 25 con el artículo 4 de la Constitución de Weimar).

<sup>51</sup> La tesis de que hablamos en el texto ha sido extendida a las normas de derecho internacional privado. Cfr. Morelli, *Elementi di diritto internazionale privato italiano*,<sup>5</sup> Nápoles, 1957, p. 22; Ago, *Teoría del diritto internazionale privato*, Padua, 1934, specie, pp. 113 y ss.; y, del mismo autor, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Milán, 1939 (ristampa 1955), pp. 60-61 y ss.

<sup>52</sup> Piccardi, *La pluralità...*, cit. p. 289, observa que la teoría de la norma de reenvío como norma sobre la producción jurídica es el reflejo de la tendencia "subjetivista e imperativista", que "atribuye directamente e inmediatamente valor normativo a ciertas manifestaciones de voluntad, como las leyes, los tratados, los reglamentos, etcétera", y añade más adelante "cuando asimila el derecho extranjero reenviado a la ley, al reglamento, al decreto, etcétera —tal teoría— pretende justamente atribuir al primero las cualidades de acto voluntario, de manifestación de voluntad, de mandato jurídico, que todas las fuentes del derecho citadas tienen en común", *op. cit.*, p. 292 (el subrayado es nuestro). Resulta claro, sin embargo, que las observaciones de Piccardi inspiradas netamente en la concepción que reduce el acto o mandato jurídico a mero supuesto de hecho de una norma superior (las tendencias "objetivistas", de que habla el mismo Piccardi en las pp. 289-290) no puede excluir el fundamento de la tesis acogida por nosotros, que hace referencia no a la norma extranjera sino al hecho productivo de la que ésta dimana.

namiento reenviante simplemente como supuestos de hecho “condicionantes” y no en su valor de fuentes normativas de producción.<sup>54</sup>

Por otra parte, se ha dicho (también por quien considera el reenvío a un ordenamiento extranjero como reenvío a los hechos de producción), que el hecho, al cual el ordenamiento interno conecta la creación de normas de adaptación, no está representado por el hecho normativo del ordenamiento internacional, sino por las circunstancias de que las normas reenviadas han llegado a adquirir existencia.<sup>55</sup>

Se ha defendido además que la norma de adaptación automática vendría a asumir una función doble. Con relación a las normas existentes en el momento en que fue emanada la Constitución (o el precepto constitucional que establece la adaptación), operaría como un acto legislativo que declara la voluntad del Estado de imponer el respeto de las normas internacionales. En cambio, debería considerarse como una norma sobre la producción jurídica (que conecta al hecho de producción de la norma internacional la creación de las normas correlativas en el ordenamiento interno), si y en cuanto se refiera a las normas internacionales futuras. Esta opinión, sostenida por la doctrina con relación a otros ordenamientos distintos del nuestro, es el resultado de una combinación de las tesis a que más arriba nos hemos referido. Si fuese aplicada al artículo 10, deberíamos configurar éste en forma distinta según el punto de referencia temporal que asumiéramos para valorar sus efectos.<sup>56</sup>

<sup>53</sup> A esta posición se aproxima Miele (*La costituzione...*, cit., p. 16) que, sin embargo, como se ha dicho, excluye que la función del artículo 10 sea la de regular un procedimiento de producción jurídica.

<sup>54</sup> Sperduti, *La produzione di norme giuridiche mediante rinvio al diritto straniero*, cit., 1946, pp. 6 y ss. Análoga es la posición de De Luca, *La rilevanza...*, cit. pp. 126 y ss.

<sup>55</sup> V. Biscottini, *Osservazioni sulla funzione delle norme di diritto internazionale privato*, cit., p. 448, nota 2; Biscottini enuncia la tesis señalada en el texto con referencia a las normas de derecho internacional privado no a disposiciones constitucionales del tipo del artículo 10. Advierte, sin embargo, de forma explícita que se trata de fenómenos sustancialmente análogos, salvo una diferencia: las normas introducidas en el ordenamiento interno por la norma de derecho internacional privado tienen contenido idéntico a las de las normas reenviadas, lo que no ocurre en el caso del reenvío al ordenamiento internacional. Más recientemente el autor ha definido el artículo 10 como “una norma jurídica de carácter automático que establece una adaptación adecuada y completa de nuestro ordenamiento a las exigencias establecidas por el derecho internacional general”. Pero no consta claramente si Biscottini ha pretendido con esto adherirse a la tesis de la norma sobre la producción automática, abandonando la opinión que había sostenido anteriormente.

<sup>56</sup> Morelli, *L'adattamento...*, cit., p. 14, quien identifica la función que la norma sobre la adaptación desarrollaría en el primero de los sentidos citados a la de la orden de ejecución. La tesis que se examina ha sido formulada, sin em-

Finalmente, la tesis del acto de producción ha sido acogida también por una parte de la doctrina que utiliza el esquema del reenvío recepticio para describir la naturaleza de la norma del derecho internacional privado. Entendido en este sentido, el artículo 10 recibiría materialmente el contenido de las normas internacionales; no sólo el contenido actual, sino también el que resulta de las posibles variaciones que sufrieran estas últimas.<sup>57</sup>

10. *Acceptación de la tesis que configura al artículo 10 de la Constitución como norma que reenvía a los hechos de producción del ordenamiento internacional; examen crítico de las objeciones que han sido opuestas a esta tesis*

La tesis que configura la norma de adaptación como una norma sobre la producción, es la que ha recibido mayor aceptación en la doctrina de entre las que hemos expuesto. Tiene, frente a las demás, el mérito de

bargo, como se ha señalado, sobre la base de un ordenamiento positivo distinto (artículo 4 de la Constitución de Weimar). Parece extender a nuestro ordenamiento la tesis expuesta Vedovato, "I rapporti internazionali dello Stato", in *Commentario sistematico alla Costituzione Italiana*, diretto da Levi e Calamandrei, Florencia, 1950, p. 90.

<sup>57</sup> Quadri, "Funzione del diritto internazionale privato", in *ADP*, 1936, p. 328, in nota. El autor excluye que la norma de reenvío pueda configurarse como una norma sobre la producción, aunque el contenido de las normas llamadas sea indeterminado y variable. El reenvío recepticio de la norma operaría también en relación a las modificaciones sucesivas de la norma misma, en cuanto que, advierte Quadri, "La norma no se extingue en el acto legislativo que la establece. Persiste en el tiempo y en todo momento de su existencia; tiene como término de referencia, como al inicio, el derecho internacional vigente". *Vid.*, las interesantes indicaciones bibliográficas sobre la configuración de "Blankergesetze" de la doctrina alemana (*ibidem*). Más recientemente, Quadri parece, sin embargo, haberse adherido al esquema de la norma automática sobre la producción. En efecto, el ilustre autor afirma (*Dir. internaz. pubblico* (3), cit., p. 59): "A nuestro juicio, la categoría del reenvío material debe ser eliminada de la dogmática jurídica porque una norma sin contenido es inconcebible. Las llamadas normas de reenvío recepticio son en realidad normas sobre la producción jurídica que hacen derivar la producción de normas en el propio ordenamiento del hecho y de la existencia de normas de otros ordenamientos". Para configuración de las normas, sean extranjeras o internacionales, como hechos de los cuales la norma de reenvío haría derivar la inserción de normas correspondientes en el ordenamiento estatal, *cfr.* especialmente Quadri, *op. ult. cit.*, p. 57. No parece, en cambio, que Miele quien, como se ha dicho, sostiene la tesis del acto de producción jurídica intente configurar el artículo 10 como una norma de reenvío recepticio. No obstante, habla de una norma en blanco (el "Blanketrechtssatz", del Triepel; *cfr.* del mismo Miele, *Principi di diritto internazionale* (2), Padua, 1960, p. 62), excluye que pueda hablarse correctamente de recepción de las normas internacionales en el seno del ordenamiento estatal.

una mayor unión al fenómeno de la continuidad que caracteriza el procedimiento de adaptación automática.

Es evidente en efecto, que el esquema utilizado por la teoría del acto de producción es idóneo para explicar la adaptación a las normas que existen en el momento en que se formula el reenvío, pero no a las normas que nacen en un momento posterior. Así, ha sido reconocido que sería contradictorio configurar la norma de adaptación como un acto legislativo en sentido material y, al mismo tiempo, afirmar que el contenido de este acto debe permanecer indeterminado e identificarse o rellenarse, cada vez, con el contenido de la norma llamada.<sup>58</sup> Esta dificultad ha sido percibida por la doctrina, que considera inadmisibles el concepto de norma en blanco y excluye la existencia de una “declaración de voluntad” del legislador cuando éste ignore o deje indeterminado el contenido del acto que emana.

Una vez aceptado que la solución preferible es la de considerar el artículo 10 como una norma sobre la producción, es necesario precisar cuál de las dos distintas formulaciones de esta tesis, a las que antes hemos hecho referencia, debe ser acogida.

Anticipemos que, a nuestro juicio, la configuración de la norma de producción como aquella que reenvía a los hechos normativos del ordenamiento reenviado, es la más idónea para definir la función del artículo 10. Verifiquemos, para comprobar esta afirmación, una rápida exposición crítica de las objeciones formuladas por la doctrina contra la tesis que defendemos.

1) La teoría de la norma sobre la producción (se ha objetado) no puede explicar algunos aspectos del fenómeno de la adaptación al derecho internacional tal como viene configurado por el artículo 10 de la Constitución.<sup>59</sup>

a) En primer lugar, porque no justificaría la referencia a los principios generales del derecho internacional. Puede afirmarse que la fuente de producción, en sentido impropio, de éstos, no se encuentra en este

<sup>58</sup> Sperduti, *La produzione di norme giuridiche...*, cit., p. 67. Este autor había, en un primer momento, elaborado la categoría del acto normativo continuo, entendido como acto de legislación material (*Primi lineamenti di una teoria degli atti di normazione continuativa*, in RDI, 1941, pp. 22 y ss.), pero ha revisado su posición, subsumiendo, como hemos dicho más arriba, el acto normativo continuo en el *genus* de las normas sobre la producción y comprobando la inutilidad de la tentativa de evadirse “de las mallas del concepto de la producción jurídica” (*op. cit.*, p. 35); *vid.* en sentido sustancialmente conforme, De Luca, *Rilevanza...*, cit., pp. 142-143, quien afirma “la imposibilidad lógica” de concebir una norma privada de contenido.

<sup>59</sup> Miele, *La costituzione italiana...*, cit., p. 18, en nota.

o aquel hecho normativo, sino en el ordenamiento internacional en su totalidad.

b) La tesis del reenvío a los hechos de producción, no explicaría, además, en qué sentido los procesos históricos por los que se forma la costumbre deben valer como productores de normas internas. En otros términos, dejaría abierto el problema de su naturaleza, o...

c) ... como se ha señalado por otras corrientes de la doctrina, el del rango de las normas introducidas en el ordenamiento interno por el artículo 10.<sup>60</sup> Esta última objeción debe ser entendida en el siguiente sentido: Configurando la norma de reenvío como una norma sobre la producción se le atribuye la idoneidad para crear, en forma paralela a los procedimientos normativos contemplados por el ordenamiento interno, una serie de normas de determinado contenido: sin embargo, no se precisa qué posición ocupan las normas así producidas en el sistema de fuentes de ordenamiento reenviante.

2) Se ha objetado, también, que carece de fundamento defender que el artículo 10 venga a establecer un procedimiento de producción que ostenta carácter simultáneo o coetáneo tanto en el ordenamiento internacional como en el ordenamiento interno. En efecto, el procedimiento de adaptación debería presuponer que la norma que determina la exigencia de tal adaptación, haya nacido ya en el plano internacional antes de que el dispositivo de adaptación establecido en el artículo 10 pueda entrar en funcionamiento. Sin embargo, y siempre según la objeción en examen, la tesis de la norma sobre la producción viene a implicar en forma necesaria que el reenvío, operado por el constituyente, tenga por objeto hechos de producción del ordenamiento internacional. Al ser así, prescinde, en consecuencia, de toda referencia a las normas que hayan podido ser creadas en el ordenamiento internacional, ya que el reenvío se verifica a estos hechos de producción.<sup>61</sup>

<sup>60</sup> Cfr. Piccardi, *La pluralità degli ordinamenti giuridici e il concetto di rinvio*, cit., p. 287; Biscottini, *Osservazioni sulla funzione delle norme...*, cit., p. 444, nota 2.

<sup>61</sup> Cfr. Perassi, *op. loc. cit.*; Miele, *op. loc. cit.* Omitimos referir en el texto otras objeciones contra la tesis de la norma sobre la producción. Interesan más de cerca a las normas de derecho internacional privado y, por otra parte, han sido ya examinadas de forma exhaustiva por la doctrina. Se ha afirmado, así, que la tesis mencionada vendría a reconocer una competencia o subjetividad del legislador del ordenamiento reenviado, mientras que éste, que es órgano de este ordenamiento, no podría ser "transformado en un órgano de un ordenamiento distinto por efecto de una norma que él no conoce y que ni siquiera ha tenido en cuenta en el ejercicio de su actividad". Cfr. Piccardi, *op. cit.*, pp. 287 y ss. Cfr. para una respuesta convincente a esta objeción De Luca, *op. cit.*, pp. 124-125, quien aclara que la tesis de la norma sobre la producción no implica reconocer un poder o una

3) Por otra parte, se ha objetado en forma autorizada que, si la norma que establece el procedimiento automático “se configura como una norma de competencia al legislador del ordenamiento reenviado, en cuanto que viene a asumir los actos emanados por tal ordenamiento como hechos en sentido estricto, y no como el resultado del ejercicio del poder.

Cfr., por último, las interesantes afirmaciones de Musacchia, “Sulla natura delle norme di richiamo con particolare riguardo alla dottrina italiana”, in *Jus*, 1959, pp. 232 y ss., según el cual no se puede concebir la remisión, y menos la nacionalización, ni los procesos de producción extranjera, sin sobreentender necesariamente también un reenvío a todo un conjunto de normas de las que el hecho de producción extranjera extrae su propia eficacia. En definitiva, por tanto, sin sobreentender el reenvío a la norma que, en el ordenamiento llamado, regula los procedimientos de producción (norma sobre las fuentes). Operando, así, una escisión arbitraria entre hechos de producción y normas sobre las fuentes en el ordenamiento reenviado, la tesis que acogemos en el texto terminaría, considera Musacchia, por configurar la norma de reenvío como una norma sobre la producción sólo en sentido indirecto e impropio. El núcleo esencial de esta crítica, consiste, por tanto, en negar que, cualquiera que sea la forma en que se la configure, la norma de reenvío reproduzca en el ordenamiento interno los hechos de producción extranjeros, las normas del ordenamiento reenviado que regulan tales hechos o, más en general, una norma cualquiera cuyo contenido venga extraído del de las normas reenviadas. Llega a esta conclusión Musacchia, entre otras cosas, por considerar que existen disposiciones precisas en nuestro ordenamiento positivo que excluyen la presencia de normas que siguiendo el esquema de la norma sobre la producción, deberían, en cambio, haber sido insertadas como consecuencia del reenvío. En apoyo de esta opinión aduce que, derogando el principio *iura novit curia* (según el cual la comprobación de la existencia de una norma de nuestro ordenamiento corresponde en exclusiva al juez) la prueba de la existencia de una norma extranjera puede ser pedida por el juez a las partes. De aquí la conclusión que la remisión a las normas extranjeras implica no ya establecimiento de normas nuevas en el ordenamiento interno, sino la utilización de normas extranjeras como criterios de valoración a los que el intérprete recurre para comprobar, en cada ocasión, si la norma reenviada descende de un hecho idóneo para producirla, o, cuando venga en consideración el hecho de producción extranjero, si este último puede calificarse técnicamente como uno de los hechos normativos contemplados por la norma extranjera sobre las fuentes. (En el sentido de que de las normas reenviadas se pueden extraer simples criterios hermenéuticos y no normas —“fantasmas de normas”—, emanadas tácitamente, cfr. Betti, *Problematica del diritto internazionale*, Milán, 1956, pp. 333 y ss.; para una aplicación de la opinión recogida por nosotros, según la cual en cambio, es dudosa fundamentación lógica y práctica distinguir entre criterios de valoración y normas introducidas mediante reenvío, *vid. infra*, p. 119, en nota).

Pero estas observaciones no convencen. Es una consecuencia admitida generalmente en el reenvío a los hechos de producción implica la referencia a la norma extranjera sobre las fuentes. Es por otra parte inevitable, dada la función misma de la norma de remisión, que es, precisamente, la de asumir las normas extranjeras con el valor y eficacia que poseen dentro de su propio ordenamiento jurídico. Pero esto no significa que, como induciría a pensar el razonamiento de Musacchia, el reenvío de cualquier norma extranjera deba atraer, podríamos decir que por implicación, toda la cadena de hechos y de normas que, siguiendo la escala de valores normativos del ordenamiento reenviado, pueda conectarse a la norma llamada. Entendido así, el reenvío perdería, en efecto, cualquier significado espe-

ma sobre la producción que contempla hechos idóneos para producir normas, no se podría calificar como automático el procedimiento ins-

cífico e importaría poco comprobar si el legislador interno ha pretendido referirse a la norma extranjera, considerada en forma aislada y puntual, o, siempre dentro del ordenamiento reenviado, al hecho de producción o, en fin, a la norma sobre las fuentes. Esta consecuencia no es aceptada por el mismo Musacchia que afirma que el objeto del reenvío es la norma extranjera y no el hecho de producción, con lo que muestra que considera estos dos elementos (norma y hecho de producción) como entidades que, desde el punto de vista del ordenamiento reenviante resultan distintas conceptualmente. Establecido el nexo necesario en que se encuentran las normas y los hechos productivos en cualquier ordenamiento (*cf.* sobre este tema el amplio examen de Morelli, *Diritto processuale civile internazionale* (2), cit., pp. 68 y ss., sobre los silogismos que el juez efectúa para poder establecer las premisas del silogismo final en que se articula la sentencia), se debe considerar en cambio que el intérprete, si quiere delimitar netamente el objeto del reenvío, debe operar necesariamente una “cesura”, separando del contexto de las normas o de las fuentes del ordenamiento reenviado esa norma particular o ese hecho particular de producción que son tomados por el legislador interno. Además, por lo que respecta a las consideraciones dirigidas a desvincular el fenómeno del reenvío esquema de la norma sobre la producción y, en consecuencia, a excluir que mediante reenvío se establezcan normas nuevas en el ordenamiento interno, nos limitamos a observar cómo el mismo Musacchia advierte no poder sostener tal opinión con referencia a la hipótesis de la adaptación del derecho interno al derecho internacional, que el autor distingue sustancialmente del tipo de reenvío que se puede producir entre varios ordenamientos estatales. Y esto porque, afirma Musacchia, el ordenamiento interno no se podría adaptar al derecho internacional sin que se modifiquen o se deroguen las normas estatales que contrasten con el derecho internacional reenviado, y se produzca, en tal forma, una mutación en el ordenamiento jurídico del Estado. No queremos entrar en el fondo de esta última afirmación (que, dicho sea incidentalmente, vendría a describir sólo esa especie particular de adaptación que se presenta cuando el ordenamiento jurídico sanciona la prevalencia de las normas introducidas mediante reenvío, sobre las demás normas del ordenamiento interno; cuando, por tanto, no exista sólo adaptación sino también *subordinación* del derecho interno al derecho internacional). Bastará aquí con observar que la argumentación que utiliza Musacchia para rechazar el esquema conceptual del reenvío a los hechos de producción no puede considerarse definitiva o acertada. Una doctrina autorizada (Morelli, *op. ult. cit.*, p. 62) ha precisado en efecto que el principio *iura novit curia* vale, en toda su extensión, también para el derecho extranjero ya que la indicación, dada por las partes al juez, de la existencia de la norma extranjera, constituye una cooperación de hecho “y en ningún caso y bajo ningún concepto el contenido de una *carga procesal*”. Dicho esto, se comprende fácilmente que el fundamento de la disposición invocada por Musacchia no puede ser reconducido al principio *actore non probante absolvitur reus*, principio que como afirma Morelli (*op. loc. ult. cit.*), enuncia la consecuencia de la falta de cumplimiento de una *carga*, sino en la exigencia técnica de solucionar la falta de un sistema de publicidad de las normas introducidas, estableciendo la colaboración de las partes con el juez en la determinación de la norma extranjera. Se admite también, por otra parte, la prueba de la costumbre interna, cuya efectiva presencia y vigencia como norma en el ordenamiento estatal, no podría, ciertamente, ser puesta en duda. En consecuencia, no se confunde con el cumplimiento de una carga la actividad de colaboración —o de “asistencia”, como



tituido por ellas para adaptar el derecho interno al derecho internacional".<sup>62</sup> Significa esta afirmación que la tesis de la norma sobre la producción termina por reducir el artículo 10 al esquema indiferenciado, por así decirlo, de cualquier norma jurídica, sin tomar en consideración las peculiaridades que deberían caracterizar el procedimiento de elaboración automática de normas siempre que se quiera atribuir a la norma de adaptación la naturaleza de una norma sobre la producción. El ilustre autor que ha formulado esta objeción identifica el fenómeno de la automaticidad en que la inserción de las normas internas de adaptación venga producida directamente por el artículo 10 y, por ello, *sin* la mediación de esos hechos a los que, en cambio, la tesis de la norma sobre la producción, conecta la creación, modificación o extinción de las normas de adaptación.

Examinemos, ahora, en las objeciones reseñadas:

1) En primer lugar, no parece admisible objetar que la norma sobre la producción no sirve para explicar la adaptación a los principios, cuya fuente de producción es el ordenamiento jurídico internacional, en su conjunto.

Si comprendemos como tales principios las normas constitucionales

también se le ha llamado—, con el juez, que las partes pueden desarrollar también en la investigación de la norma jurídica cuando esta última sea en otra forma desconocida para el juez. Una consideración "realista" del problema (en la que insiste oportunamente Micheli, *L'onere della prova*, Padua, 1942, specie, pp. 106 y ss., a quien remitimos para ulteriores referencias bibliográficas) puede revelar la utilidad de esta actividad de la parte, que será tanto más evidente cuanto más complejo resulte el mecanismo de búsqueda y comprobación de la norma por la ausencia de los conocidos procedimientos de publicación o de las formalidades de documentación de la norma misma. También si se debiera, sin embargo, considerar en este caso, la actuación de las partes como actuación de un verdadero y propio *poder*, relevante y jurídicamente (ampliando el tradicional concepto de poder probatorio y de acción, como Micheli, *op. cit.*, p. 113) parece proclive a considerar, se mantendría la diversidad esencial de las dos situaciones: el ejercicio de tal poder podría implicar, pero sólo formalmente, el uso de los mismos medios que normalmente sirven para probar los hechos de la causa. Una correcta visión del fenómeno (que es la necesaria para los fines del problema que nos interesa) llega en conclusión, a excluir el principio *actore non probante reus absolvitur* pueda encontrar actuación cuando se trate de una actividad de colaboración de las partes, esencialmente subordinada al poder del juez en la búsqueda oficiosa de la norma jurídica a aplicar en el caso concreto.

Una reciente e interesante investigación (Fabozzi, *L'attuazione dei trattati internazionali mediante ordine di esecuzione*, Milán, 1959, *passim*) rechaza el esquema conceptual de la norma sobre la producción identificando el momento de la transformación de las normas internacionales a que se remite la orden de ejecución, en la actividad del intérprete, *cfr. infra*, p. 117, nota 9 bis.

<sup>62</sup> Perassi, *Lezioni...*, cit. II, p. 30 en nota.

del ordenamiento internacional,<sup>63</sup> la objeción podría justificarse sólo si se sostiene que la Constitución y los principios constitucionales no son fuente del derecho, lo que es difícilmente defendible. Más bien conviene preguntarse si la referencia a estas normas por parte del artículo 10 no deba excluirse desde otra perspectiva. Y consiste ésta en que, al cumplir su propia función en la esfera del ordenamiento internacional, los principios no implican una exigencia de adaptación. En otros términos, en cuanto que no son susceptibles técnica o estructuralmente de ejecución en la esfera del derecho interno. Pero en este caso resulta claro que las normas y los principios constitucionales del ordenamiento internacional permanecen fuera del dispositivo del artículo 10 cualquiera que sea el esquema que se acepte para definir la función que cumple tal artículo. La norma de adaptación, cualquiera que sea la configuración que se le dé, encuentra, en efecto, límites lógicos de aplicabilidad que no pueden ser superados o alejados por las distintas construcciones doctrinales.<sup>64</sup> A pesar de las divergencias señaladas la doctrina concuerda, así, en afirmar que el artículo 10 puede desarrollar su función sólo con relación a las normas de las que sea posible deducir o extraer el contenido de normas internas correspondientes.

2) Tampoco tiene mejor fundamento la objeción que afirma que la tesis del reenvío a los hechos de producción no puede explicar la naturaleza de las normas establecidas por el artículo 10 para adaptar el ordenamiento interno al derecho internacional consuetudinario y que, además, plantea la duda de si, una vez asumida la costumbre como fuente por el derecho interno, las normas que ella crea en el seno de este último deban conservar las características cualitativas de aquél y, por tanto, considerarse también como normas consuetudinarias. Con-

<sup>63</sup> Sobre el concepto de normas constitucionales en la comunidad internacional *vid.* Ziccardi, *La costituzione dell'ordinamento internazionale*, Milán, 1943, spec. pp. 372 y ss. (sobre el concepto de fuente en el ordenamiento internacional y sobre la clasificación de los hechos de producción): Sperduti, *La fonte suprema dell'ordinamento internazionale*, Milán, 1946, spec. pp. 131 y ss. y Vitta, "In tema di norme costituzionali dell'ordinamento internazionale", in *RaDP*, 1958, pp. 10 y ss. de la separata.

<sup>64</sup> Por lo que se refiere al límite de aplicación de las normas de adaptación, *vid.* en la literatura más reciente, Biscottini, "L'adeguamento del diritto interno alle norme internazionali", in *Jus*, 1957, p. 218, en el sentido de que el artículo 10 no se refiere a los principios del derecho internacional general y afectan sólo a estructuras internas del ordenamiento internacional. Otro aspecto de la cuestión ha sido examinado por la doctrina con referencia a la norma *pacta sunt servanda* que algunos consideran como una norma que, por su propia naturaleza, no requiere el concurso del ordenamiento interno para poder conseguir sus propios fines. *Vid.* Sperduti, *Lezioni...*, cit., p. 106.

viene observar, a este propósito, que sería ciertamente inexacto defender, como ha sido sugerido, que la asunción de los procesos históricos de formación de la costumbre internacional entre las fuentes del derecho interno sea incompatible con la tesis de la distinción entre ordenamiento internacional y ordenamientos estatales, en el sentido de que “la misma fuente de derechos desarrollaría directamente su eficacia en uno y en los otros”.<sup>65</sup> Si se razona así, se cae, en efecto, en una obvia petición de principio, que es la de inferir la *reductio ad unum* de varios ordenamientos por la circunstancia de que éstos contemplan un mismo hecho como fuente normativa. Puede darse que el mismo hecho caiga bajo el ámbito de valoración de distintos sistemas jurídicos: pero ello, en vez de estar en contraste con el principio de la separación o de la exclusividad de los ordenamientos, representa un corolario lógico de éstas. Como se había señalado, la doctrina precisa que aquí el hecho viene a asumir una cuantificación distinta en cada uno de los ordenamientos puesto que éstos le atribuyen, dentro de su propia esfera, la capacidad de crear, modificar o extinguir normas jurídicas. Pasemos al problema de si las normas internas creadas en virtud del artículo 10 sobre la base de ese hecho de producción que, en el ordenamiento internacional, está representado por la costumbre, son o no son normas consuetudinarias. Tal problema podrá ser resuelto en forma distinta según el punto de vista que se asuma para definir las relaciones entre el derecho consuetudinario y el derecho “formal”, es decir, el derecho que ha sido establecido por el legislador en las distintas formas en que ejercita su propio poder y, por tanto, también mediante el mecanismo del reenvío. Pero, en todo caso, no parece que de esta observación se pueda hacer derivar ningún argumento decisivo contra la validez del esquema de la norma sobre la producción entendida como figura de reenvío a los hechos normativos del ordenamiento internacional. La premisa de esta teoría (en la que están también de acuerdo las demás construcciones doctrinales) es que las normas introducidas por el artículo 10 en nuestro ordenamiento tengan un contenido conforme a las normas internacionales llamadas, pero no, necesariamente, las mismas características cualitativas y estructurales de estas últimas. No tendría sentido preguntarse, así, si una disposición de adaptación automática a las normas del derecho internacional convencional produciría, en el ordenamiento interno, normas dotadas de la misma naturaleza que los tratados.<sup>66</sup>

<sup>65</sup> Socini, *L'adeguamento...*, cit., p. 81.

<sup>66</sup> Cfr. Barile G., *Diritto internazionale e diritto interno*, cit., el cual distingue

Tampoco puede considerarse más persuasiva la afirmación de que la tesis de la norma sobre la producción, de la que hablamos, no sería capaz de determinar el rango y el valor de las normas introducidas en el ordenamiento interno. A esta consecuencia, se llega también si se acoge una tesis distinta. También cuando se sostiene que la inserción de las normas de adaptación ha sido producida automáticamente por el artículo 10, y no mediante el reenvío a los hechos de producción del ordenamiento internacional; queda sin explicar por ello a qué nivel y con qué rango dichas normas han sido insertas en el ordenamiento interno.

Parece que se debe llegar a la misma conclusión, en definitiva, si se configura el artículo 10 como un esquema de acto de producción utilizado por el constituyente para formular elípticamente las normas de adaptación. Aun admitiendo que el artículo 10 puede considerarse como un acto de producción, se puede presumir simplemente que el constituyente ha pretendido atribuir a las normas establecidas elípticamente el mismo valor de las normas constitucionales; pero no se podría excluir que haya pretendido atribuirles valor inferior, sobre todo, si del com-

entre derecho “espontáneo” y derecho establecido formalmente (*vid. spec.*, pp. 39 y ss.; y sobre las relaciones entre costumbre y derecho formal en el seno de los ordenamientos de la *Common Law*, pp. 48 y ss.). Partiendo de esta premisa, Barile afirma que el problema de las relaciones entre derecho internacional y derecho interno debe ser resuelto en forma distinta según se considere el derecho consuetudinario o el emanado por el legislador. En el sentido de que la costumbre, tanto internacional como interna, pierde su propia naturaleza una vez que es “encuadrada” en el ámbito del derecho formal, *vid.* pp. 42 y ss. Para otra definición aguda del derecho espontáneo, *cfr.* Ago, “Science juridique et droit international”, en *Rec C.*, 1956, II (vol. 90), p. 950. Es evidente que, desde el punto de vista propio de esta tesis, el proceso de producción jurídica mediante reenvío debe aparecer como una exasperación de la técnica formal de creación del derecho; una especie de “Legislative fiat”, por recoger la conocida y excesiva fórmula de la jurisprudencia americana que contrapone el mandato del legislador al *humus* consuetudinario de la *common law*. En efecto, el esquema formal del reenvío debería considerarse todavía más separado de la conciencia creadora del derecho que el procedimiento legislativo, especialmente, cuando el Parlamento represente además que un órgano técnico normativo una directa emanación de la voluntad y el sentimiento popular. Sobre estos problemas, con especial referencia a la *common law*, *vid.* Ascarelli, *Studi di diritto comparato*, Milán, 1952, pp. XLIX y ss.; “L’idea di codice nel diritto privato”, en *Saggi giuridici*, Milán, 1949, p. 40; Cardozo, *Selected Writings*, Nueva York, s.d. (1947), pp. 169 y ss.; Gueli, “Realtà e logica nel diritto”, en *RTDP*, 1954, pp. 342 y ss.; y más recientemente, Kagan, *Three Great Systems of Jurisprudence*, Londres, 1955, pp. 34 y ss.; Friedmann, *op. cit.*, pp. 370 y ss.; 394 y ss. Sobre el valor de la costumbre en el derecho interno, *cfr.* Ferrari, *Introduzione ad uno studio sul diritto consuetudinario*, Milán, 1950, pp. 47 y ss.; para una referencia al ordenamiento americano Hart, “The Relations Between State and Federal Law”, en *Federalism; Mature and Emergent*, Nueva York, 1955, pp. 177 y ss.

plejo de la Constitución resulta que el reenvío a las normas de derecho internacional opera sólo en el caso en que éstas no tengan un contenido contradictorio con las normas constitucionales.

Por otra parte, partiendo de la tesis de la norma sobre la producción, el valor de las normas introducidas se puede delimitar, al menos en vía negativa y de exclusión. En efecto, éstas no pueden asumir un valor superior a aquel que poseen las normas sobre la producción por las que han sido establecidas.<sup>67</sup>

<sup>67</sup> Por otra parte, nos parece que carecen también de fundamento las objeciones que Fabozzi (*L'attuazione...*, cit., pp. 39-40) ha suscitado contra la tesis que aquí se defiende, poniendo en duda la oportunidad de calificar como fuente el hecho de producción extranjera que, según la opinión que seguimos, es objeto del reenvío. Considera este autor "que es probablemente más correcto reservar el término de "fuente" y, por ello, el de norma instrumental sobre la producción, respectivamente, a los hechos que determinan íntegramente el contenido de las normas producidas y a las normas que únicamente poseen "efectos formales", esto es que atribuyen un valor formal a la norma producida por la fuente con exclusión absoluta de cualquier otro "efecto material", es decir, que se refiera al contenido de la norma producida. Fabozzi parece atribuir el sentido de normas constitucionales o instrumentales, refiriéndose así a una reciente y autorizada aportación doctrinal (Crisafulli), a las normas que regulan los procedimientos de producción jurídica. Pero no es correcto, en efecto, excluir que éstas puedan producir, además de efectos formales, efectos de carácter preceptivo. Prescindamos de la posibilidad de convertir cualquier norma instrumental en una norma en blanco, lo cual admite el mismo Crisafulli (*op. ult. cit.*, p. 243), aunque en forma sólo teórica. Contra tal posibilidad se pueden esgrimir las objeciones que excluyen la admisibilidad lógica de la norma en blanco. Basta recordar aquí la enseñanza de Kelsen (*Teoría general...*, cit. pp. 127, 266-267), que ha indicado en qué sentido la Constitución —es decir, la norma que, por seguir las premisas de las que parte Fabozzi, debería configurarse como norma instrumental por excelencia— fija el contenido de las leyes ordinarias, de las normas producidas a través de los procedimientos instaurados por la Constitución misma. Afirma Kelsen que el contenido de las leyes puede quedar determinado en forma negativa (en un sistema de Constitución rígida), al establecer que las leyes no pueden ostentar un contenido contrario a la Constitución, en forma positiva, mediante la llamada reserva de ley de la que existen numerosos ejemplos en nuestro texto constitucional (*vid. Mortati, Istituzioni* (5)..., cit., pp. 171 y ss.; Fois S., "Ancora sulla 'riserva di legge' e la libertà economica privata", en *GC*, 1958, pp. 1254, 1257 y ss.). Además, incluso cuando se considere que la Constitución y en general la norma instrumental tenga normalmente la función de determinar la eficacia o los efectos formales de las normas cuya producción regula (a este propósito Kelsen distingue, dentro de las jerarquías de las fuentes, la función de la Constitución respecto de la de las normas subordinadas a ella, y advierte que "la Constitución determina materialmente las normas generales que se crean sobre su base en forma mucho menos de lo que lo hacen las mismas normas subordinadas en relación con las normas individuales establecidas por el orden judicial y por la Administración": *op. ult. cit.*, p. 132), no deriva de ello necesariamente que la eficacia de las normas, producidas así, pueda ser determinada en forma independiente de cualquier referencia al contenido que estas últimas vienen a asumir. Y todo ello no sólo porque la elección de una for-

Debemos, además, rechazar la afirmación de que, una vez asumidos los hechos de producción del ordenamiento internacional como hechos idóneos para crear normas internas, venimos a postular necesariamente la existencia de un procedimiento de producción que opera simultáneamente en la producción de normas internacionales y, en la esfera del ordenamiento interno, la producción de las normas correspondientes de adaptación.

ma, en lugar de otra, para emanar una norma determinada pueda depender de la materia que el legislador se propone regular, en otros términos del contenido que pretende atribuir a la ley (tal es, en efecto, el caso a que más arriba hemos hecho referencia, de la reserva de la ley), sino también porque, como hemos tratado de demostrar en otro sitio (*Note sull'esecuzione...*, cit., p. 49, nota 51), y explicaremos mejor más adelante (*infra*, pp. 275 y ss.), la eficacia que el ordenamiento jurídico asigna a una norma, y en consecuencia también la situación que esta norma ocupa en el sistema de fuentes, se puede disociar de la forma a la que tal eficacia se encuentra conectada normalmente, y se puede en cambio asignar a una norma, emanada en forma distinta (*verbigracia*, mediante un procedimiento tomado de otro ordenamiento), siempre que tal norma asuma un cierto contenido que está determinado, directamente o mediatamente, por la Constitución. Con el fin de determinar la naturaleza y la eficacia de las normas de adaptación es preciso penetrar en el significado de este fenómeno, invirtiendo el punto de vista dominante en la doctrina que ha construido la jerarquía de las fuentes sobre la base del criterio formal, a menudo sin atribuir la importancia adecuada al problema de los límites en los que nuestro ordenamiento positivo consiente aplicar tal criterio. Debe observarse, además, que las objeciones formuladas por Fabozzi al esquema de la norma sobre la producción en sentido propio, y a las que hemos hecho referencia más arriba, derivan probablemente del significado que este autor atribuye al concepto de norma instrumental. Esta es concebida por Fabozzi, siguiendo una utilizada corriente dogmática, como norma de organización o de atribución de una situación jurídica instrumental (poder) a un sujeto o un órgano determinado (*op. cit.*, p. 37, nota 75): además de la literatura allí citada, *vid.* sobre el tema las agudas observaciones de Lavagna, *Basi...*, cit., spec. p. 9, y del mismo autor, *Diritto Costituzionale I* (Dottrina generale), Milán, 1957, p. 213; Pierandrei, "La costituzione e le sue norme di competenza", en *GI*, 1948, II, 257, para una lúcida clasificación de las normas de competencia en el cuadro de sistema constitucional, spec. pp. 262-263, 267-268 (para la referencia a las consecuencias que de los criterios de clasificación del autor derivan en tema de inconstitucionalidad y de abrogación) pp. 279 y ss. Resulta claro, por tanto, que Fabozzi es inducido a excluir de la categoría de la norma instrumental, así concebida, la norma sobre la producción en cuanto que ésta no confiere ningún poder a los órganos del ordenamiento llamado en la esfera del ordenamiento reenviante. Sin entrar en el examen del fondo del problema, que examinaremos con referencia al artículo 10 en un lugar más apropiado (*infra*, p. 101, nota 81), observamos que las afirmaciones de Fabozzi se prestan a serias objeciones, como se advierte al considerar que, justo en el campo en el que este autor dice querer encerrar su propia construcción, que es el de la adaptación al derecho convencional (*op. cit.*, p. 6), la llamada norma de actuación (sobre la que *cf.* *infra*, p. 117, nota 9 bis), se puede resolver conceptualmente en una norma que extiende los poderes de los órganos encargados de la conclusión de tratados, viniendo así a revestir los caracteres que el mismo Fabozzi atribuye a la norma instrumental.

La remisión en los procedimientos de producción del ordenamiento internacional puede ser entendida en el sentido de que estos hechos adquieran relevancia en el ordenamiento interno, no sólo en cuanto abstractamente idóneos para producir normas determinadas, sino en cuanto que hayan demostrado concretamente su idoneidad y, por ello, producido normas internacionales.<sup>68</sup>

En efecto, no existe ningún obstáculo lógico para admitir que la remisión a los hechos de producción está limitada o condicionada a la circunstancia de que éstos hayan producido las normas respecto de las que se plantea la exigencia de la adaptación.

Así configurado, el artículo 10 no da lugar a un proceso de producción simultánea, a la vez de normas internacionales e internas, sino que conecta la inserción de una norma de adaptación con la circunstancia de que el hecho de producción que el artículo 10 contempla, haya producido concretamente normas internacionales.

4) La afirmación de que la tesis del reenvío a los hechos de producción no consigue respetar la esencia del fenómeno de la automatización, ya que subordinaría el funcionamiento de la norma sobre la producción a la mediación de un hecho, merece una consideración más atenta.

En primer lugar, hay que observar que la doctrina que ha formulado esta objeción no sigue un razonamiento plenamente coherente al criticar la tesis del reenvío a los hechos de producción. Por una parte, se afirma que esta tesis no explica el fenómeno de la automatización en el sentido antes señalado; por la otra, que al conectar la producción de normas internas a los hechos normativos del ordenamiento internacional, olvida considerar que la existencia de la norma internacional representa un *prius* respecto al nacimiento de la exigencia de adaptación. Y, si no nos equivocamos, eso significa sostener que la tesis de reenvío a los hechos de producción, al describir el fenómeno de la adaptación automática, peca, al mismo tiempo, por exceso y por defecto. Por defecto, en cuanto vendría a insertar la mediación de un hecho entre el reenvío al ordenamiento internacional y la creación de normas de adaptación; por exceso, porque implicaría que las normas de adaptación sean creadas por los mismos hechos productivos de las normas internacionales y, por tanto, simultáneamente a estas últimas. Resulta difícil conciliar ambas afirmaciones y admitir que se puedan sostener sin caer en contradicción.

Prescindiendo de cuanto hemos afirmado, si es cierto que la tesis de

<sup>68</sup> Morelli, "Controllo di costituzionalità delle norme straniere", en *Studi di diritto internazionale, in onore di Perassi*, II, Milán, 1957, p. 174.

reenvío a los hechos de producción pudiera entenderse (lo que, por otra parte, se debe excluir) sólo en el sentido de que implica la creación de normas de adaptación paralela y simultáneamente a las normas producidas por los hechos que son asumidas como objeto del reenvío, ésta sería más idónea que cualquier otra para describir el fenómeno de la automaticidad. Sobre todo cuando la automaticidad del mecanismo de adaptación sea comprendido, como parece implícitamente presuponer la tesis de la norma sobre la producción automática, en el sentido de la eliminación de cualquier hiato lógico o temporal entre el momento en que nace la norma internacional y el de la creación de la norma interna de adaptación.

En nuestra opinión, sólo se podrían eliminar muchas de las incertidumbres y divergencias doctrinales sobre este punto, precisando qué se entiende por *automaticidad* de procedimiento de adaptación establecido por el artículo 10. La doctrina que configura este artículo como una norma sobre la producción automática parece partir del presupuesto de que la norma que disciplina este procedimiento particular de producción opera la inserción de normas de adaptación, no a través de la mediación de hechos, sino únicamente después de que se hayan verificado determinados presupuestos. Pero el fenómeno de la automaticidad también puede explicarse en forma distinta: en el sentido de que, como ya hemos dicho, se desvincule producción de las normas de adaptación de los procedimientos normativos ordinarios. Siempre que se considere el artículo 10 como una norma sobre la producción y, por tanto, como una norma jurídica aunque instrumental, nos parece un dato inatacable el que esta norma sobre la producción actúe a través de la mediación de un hecho. Cualquier norma jurídica, precisamente en cuanto constituye una valoración *sub specie iuris*, no puede actuar si no es a través de la interposición de un hecho por el que produce sus efectos. Como se ha señalado correctamente, el hecho es un momento esencial y no eliminable de la norma jurídica.

En la misma doctrina que trata de sustituir la tesis de la norma sobre la producción jurídica (del reenvío a los hechos de producción), por una concepción que se considera más respetuosa del fenómeno de la automaticidad, no parece que consiga eliminar la referencia a los hechos a los que se condiciona la producción de las normas de adaptación. En efecto, deberíamos preguntarnos si, afirmando, como hace la doctrina mencionada, la inserción de las normas de adaptación se conecta a un evento, “que al verificarse pone en funcionamiento el dispositivo automático de adaptación”, no viene a proponer, bajo otra forma, el



problema de la previsión de un hecho por parte de la norma sobre la producción.<sup>69</sup>

Estas mismas consideraciones nos inducen a rechazar la tesis, sostenida por autores en forma autorizada, según la cual el dispositivo de adaptación automática subordina la inserción de las normas de adaptación a la circunstancia de que hayan nacido las normas internacionales asumidas como objeto de reenvío. Esta construcción considera sustancialmente válido el esquema de la norma sobre la producción automática. Sin embargo, introduce un elemento que, nos parece, revela claramente la dificultad lógica de explicar el funcionamiento de la norma de producción, en los términos en los que se pretende configurar, prescindiendo de un hecho que determine la creación de las normas de adaptación.<sup>70</sup>

<sup>69</sup> Perassi, a quien se debe la más completa y autorizada formulación de la tesis de la norma sobre la producción automática escribe textualmente así: "La norma constitucional que produce la adaptación automática del derecho interno a una norma internacional asume la existencia de esta norma sólo como un hecho, ante cuya producción la norma constitucional extrae automáticamente de la internacional las normas internas de adaptación y siempre que el ordenamiento interno, a causa de su forma de ser, exige variaciones para adaptarse". (*Lezioni II...*, cit. p. 30 nota). *Vid.* En el sentido indicado en el texto Sperduti, *La produzioni di norme...*, cit., p. 75. Biscottini, *Osservazioni sulla funzione delle norme di diritto internazionale privato*, cit., p. 40.

<sup>70</sup> No nos parece justificada la afirmación de Fabozzi (*op. cit.*, p. 39, nota 80), por la que al haber acogido la tesis de la norma sobre la producción y al identificar "la fuente no en el hecho normativo en sí, sino en el hecho normativo internacional que ha producido en concreto la norma" habríamos incurrido en contradicción. Pero es distinto admitir que el reenvío a los hechos de producción internacionales queda condicionado a las circunstancias de que éstos hayan manifestado su propia actitud, por haberse negado o excluido normas en el ordenamiento designado, y cosa bien distinta conectar la inserción de las normas de adaptación, como hace Sperduti, exclusivamente al hecho de que hayan surgido o se hayan extinguido normas internacionales, eliminando así cualquier referencia a los procedimientos de producción. Hemos sido perfectamente coherentes con la tesis de la norma sobre la producción al criticar esta última postura, en los términos en que más arriba hemos acogido nuestra tesis. En verdad, no existe necesidad de insistir en la obvia afirmación de que el hecho de producción, como el mismo concepto de hecho o de acto jurídico, es un concepto relacional. Lo que, por otra parte, ha sido enseñado de forma ejemplar también por los opositores de la tesis a la que aludimos (Perassi). Esto es, precisamente, lo que hemos querido decir al referirnos a la "capacidad" del hecho llamado para producir normas jurídicas. El hecho productivo es asumido en relación con los efectos que determina dentro del ordenamiento reenviado. Pero no sería posible descubrir en nuestro razonamiento la raíz de una contradicción (en cuanto, para Fabozzi, vendríamos a defender la referencia "también a la norma internacional": ya que en otra forma no podría existir coincidencia alguna entre las normas de adaptación y la fuente) si no es a costa de confundir el nexo de relación lógica existente entre supuesto de hecho y efecto; entre hecho productivo y norma, con la identificación ontológica de los

En efecto, se admite que el nacimiento, modificación o extinción de las normas internas venga a depender de la *condición* de que se verifiquen en el ordenamiento internacional eventos análogos. Así aparece establecida la distinción entre supuestos de hecho condicionantes y supuestos de hecho de producción, según que el hecho —como hemos dicho, indefectible— al que el ordenamiento subordina las vicisitudes de las normas internas, se comporte como una mera condición, en cuanto que el efecto venga ya determinado por la norma sobre la producción, o bien, el efecto “derive de un hecho al que esta última (la norma) remite para la determinación del mismo”. Para el fenómeno que nos interesa, la norma no atribuiría idoneidad de producción jurídica a ningún acto o hecho.<sup>71</sup>

En la forma en que se configura la distinción entre los dos diversos tipos de supuestos de hecho, podemos reconocer, sin dificultad, un residuo de la difundida concepción que configura la relación entre hecho y consecuencias jurídicas como una relación asimilable a la causalidad natural, por la que a identidad de hecho debe corresponder identidad de consecuencias;<sup>72</sup> en otros términos, de la tesis que admite que un hecho, cualquiera que sea su naturaleza específica, puede ser considerado como fuente o causa de efectos jurídicos. En efecto, el razonamiento que debería indicarnos, según la doctrina que se analiza, para abandonar *in toto* del esquema de nacionalización de los procedimientos normativos extranjeros, consistiría en la imposibilidad de que en todo caso —sin excluir ninguno— en las normas introducidas sean idénticas a las normas vigentes en el ordenamiento extranjero.

Y todo ello porque se parte del presupuesto de que, viniendo en estos casos las normas extranjeras a ser consideradas como hechos, los efectos establecidos por el ordenamiento en relación a las mismas estarían ya

dos términos: causa productiva y consecuencia que determina; y si no es, también, incurriendo en equivocación sobre el hecho de que el reconocimiento de idoneidad del hecho reenviado para producir normas se produce, en el seno del ordenamiento reenviante, en razón de la relación en la que aquel hecho se encuentra con determinados efectos jurídicos (las normas internacionales) en el ordenamiento reenviado. No hay necesidad de añadir que el legislador, al efectuar el reenvío a los hechos de producción, puede en forma diversa condicionar tal reenvío: también para esto, resulta claramente que no se aparta de las premisas que hemos acogido la afirmación (que el mismo Fabozzi refiere poco antes, sin atacar su fundamento) según la cual no existe obstáculo lógico a que el reenvío de los hechos de producción pueda ser limitado o condicionado a la circunstancia de que éstos hayan producido la norma, respecto a los cuales se plantea la exigencia de la adaptación (*supra*, p. 92).

<sup>71</sup> Sperduti, *op. ult. cit.*, pp. 33, 36-37.

<sup>72</sup> Sobre ella, *vid.* las afirmaciones críticas de Cammarata, “Il significato e la funzione del ‘fatto’ nell’esperienza” giuridica, en *Annali Un*, Macerata, 1929, p. 409.

determinados por la norma interna, sin ninguna relación directa con los fines prácticos pretendidos por los sujetos de que emanan las normas llamadas. Con lo que aparece claro que los efectos que el ordenamiento conecta al acto no siempre realizan íntegramente el fin práctico perseguido por el agente, por lo que siempre es posible una divergencia mayor o menor entre la voluntad y la eficacia atribuida por el ordenamiento a tal acto.<sup>73</sup>

Además, es presumible que sobre el resultado así alcanzado, haya influido también una conocida acepción del hecho jurídico como hecho susceptible de valoraciones por parte del ordenamiento jurídico en el sentido de que las normas de este último constituyen un canon de valoración, un criterio general, sobre cuya base la cualificación del hecho debería producirse como una operación ulterior por parte de quien pretenda valerse de tal criterio. Perspectiva errónea —como ha sido señalado acertadamente—<sup>74</sup> porque la norma determina en todo caso directamente la cualificación del hecho. El llamado efecto jurídico no es una entidad real por sí misma, distinta de la norma de la que emana, sino la misma forma en que se articula la norma. No existe duda, sin embargo, de que el concepto de hecho jurídico es un concepto relativo. Lo que caracteriza el hecho jurídico es el efecto jurídico, al que es necesario recurrir para la clasificación de los hechos jurídicos.<sup>75</sup>

En efecto, se ha demostrado que ningún supuesto de hecho puede ser considerado técnicamente como productor o fuente de un efecto jurídico. Así como, ciertamente, no se puede pretender que a identidad de efectos corresponda identidad de causa, también es verdadera la afirmación contraria: Que no es necesario, para que se produzca un determinado efecto, se verifique la misma causa. En otros términos, no es correc-

<sup>73</sup> Y esto era reconocido expresamente por esta doctrina (Sperduti, *Primi lineeamenti...*, cit., pp. 23 y ss.), para encontrar un argumento en favor de la admisibilidad de un *acto* en el que las sucesivas determinaciones del contenido a negociar no sean conducibles a una nueva concreta volición del agente.

<sup>74</sup> Ago, *Scienza giuridica e diritto internazionale*, Milán, 1950, p. 74, nota 2.

<sup>75</sup> Perassi, *Introduzioni alla scienze giuridiche* (2), Padua, 1953, pp. 55-56; Sandulli, *Il procedimento amministrativo*, Milán, 1940, pp. 41, 46 (*ivi* nota 16) y ss. Debe notarse, incidentalmente, que el fundamento relacional del concepto de hecho jurídico encuentra una confirmación ulterior en las más recientes aportaciones de la doctrina del supuesto de hecho, que insisten en la necesidad, con el fin de establecer la relación entre hecho y efecto jurídico, de que tal relación se instaure entre dos categorías homogéneas, es decir, no respecto del hecho en su materialidad, sino más bien respecto del supuesto de hecho considerado en su relevancia jurídica; entre el *hecho*, jurídico en sí, y el *efecto jurídico*. Cfr. Scognamiglio, "Fatto giuridico e fattispecie complessa (considerazioni critiche intorno alla dinamica del diritto)", en *RTDPC*, 1954, sp. pp. 348 y ss.

to lógicamente deducir la imposibilidad de que se verifique un determinado efecto (producido normalmente por un acto), sólo porque distinta sea la causa. La doctrina más reciente sobre el supuesto de hecho ha profundizado en la esencia de este fenómeno con resultados totalmente satisfactorios.<sup>76</sup> Querer considerar la determinación del contenido del efecto jurídico como consecuencia de la naturaleza particular de un hecho, equivaldría a desconocer ese nexo de arbitrariedad con el que, por parte de la norma, los efectos se conectan al supuesto de hecho. Es inútil repetir que, incluso cuando esta última esté caracterizada por la naturaleza voluntaria que parece polarizar la función de producción y de causación de efectos, la correspondencia del efecto al elemento de voluntad es siempre relativa. Por el contrario, el mismo hecho puede producir efectos distintos. Es más, un hecho histórico tomado en consideración por dos normas distintas, no puede decirse que constituya el mismo hecho histórico, que, en los dos casos, deviene jurídicamente relevante.<sup>77</sup>

Es cierto que se afirma que los efectos que el ordenamiento conecta a hechos idóneos para crear, modificar o extinguir normas internacionales no corresponden punto por punto o íntegramente con las normas que, en el ordenamiento internacional, son producidas por esos hechos, ya que, aquí, no adquiere relevancia la voluntad de los órganos legislativos extranjeros. Pero todo ello puede significar simplemente que el ordenamiento interno toma en consideración tales hechos, sólo como hechos jurídicos en sentido estricto. Ciertamente, sería erróneo pretender afirmar, a toda costa, que aquí (en consideración de los efectos que se producen y que podrían ser los mismos que derivarían de una manifestación de voluntad encaminada a producirlos), es inevitable reconocer la existencia de un *acto* jurídico, y no sea posible, en cambio, limitarse a afirmar la existencia de un hecho jurídico.

<sup>76</sup> Véase, sobre todo, las interesantes investigaciones realizadas por la doctrina llamada *Doppelwirkungen*. Cfr. Peter "Dic Möglichkeit mehrerer Gründe derselben Rechtsfolge", en *AZP*, 1930, p. 7.

<sup>77</sup> Ya que el hecho que viene a incidir sobre la norma, provocando la producción de sus efectos no es la situación dada históricamente sino lo que de ella se deja reducir a previsión típica, cuando el mismo hecho ha sido previsto por dos normas distintas, ha sido tipificado, por así decirlo, recortado de la concreta situación histórica en que se realiza de forma distinta: y ello ya por la simple razón que ha sido previsto por dos normas diferentes. En la situación concreta *hic et nunc*, determinada un acontecimiento, no podría ser considerado nunca como absolutamente igual a otra situación o a otro acontecimiento. Sobre esto Peter, *Die Möglichkeit*... , cit., p. 6. Sobre la distinción entre hecho histórico y hecho jurídico, cfr. más recientemente Conso, *I fatti giuridici processuali penali*, Milán, 1955, pp. 90 y ss., especie pp. 96-97.

Pero de tal comprobación no se puede saltar, sin carencia de ilación lógica, a la otra afirmación por lo que no existiría siquiera un hecho de producción. La distinción entre acto y hecho jurídico es, de por sí, de escaso valor desde esta perspectiva. Lo que importa aclarar, verdaderamente, no es si el supuesto de hecho deba ser calificado correctamente como hecho, más bien, que como acto jurídico. Si es preciso comprobar, en cambio, si el supuesto de hecho influye o no sobre la producción, o bien lo hace sobre la especificación y la determinación del efecto.

Al analizar el supuesto de hecho al que se conecta la producción de normas internas, no se puede eliminar el dato evidente de que la determinación de los efectos no se produce en forma independiente del contenido de estos hechos. No hay duda, de otra parte, que incluso en los supuestos de hechos constituidos exclusivamente por hechos en sentido estricto, se puede, sobre la base del ordenamiento positivo, aislar hechos que influyen no sólo sobre la producción sino también sobre la especificación del efecto.<sup>78</sup> En tal forma, resulta una singular inversión lógica la que induce a la doctrina que analizamos, a negar que la norma sobre la producción jurídica automática atribuya idoneidad de producción jurídica a algún hecho ya que, en medida más o menos amplia, el contenido de las normas introducidas no corresponde al creado por los mismos hechos en el ordenamiento internacional. No se podría, en cualquier caso, reconocer la existencia de un fenómeno condicional en sentido técnico.<sup>79</sup> No parece técnicamente justificado calificar como condición en sentido estricto un elemento que se inserta entre el supuesto de hecho y el efecto, y que no se limita a actuar sobre la producción de este último, sino que, también, en diversa forma, determina su contenido.

Añadamos, finalmente, que es infundada la afirmación de que la tesis de la norma de la producción jurídica implicaría *eo ipso* el reconocimiento implícito de la atribución de un *poder* o la existencia de un *sujeto jurídico* encargado de la emanación de la norma. Tal objeción se funda obviamente en la premisa de que la atribución de un poder

<sup>78</sup> Así, por ejemplo, en la sucesión legítima la muerte del *de cuius* y la existencia de un posible sucesor representan elementos que influyen sólo sobre la producción del efecto en el supuesto de hecho complejo que produce el derecho testamentario de aceptar la herencia, mientras que la relación familiar también es relevante para el contenido del efecto, en cuanto que determina la cuota de patrimonio a la que se refiere el derecho de aceptación. Sobre esto, *vid.* Rubino, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milán, 1939, p. 538.

<sup>79</sup> *Vid.* Oertmann, *Die Rechtsbedingung*, Leipzig, 1924, pp. 61-62. Sobre los límites del fenómeno condicional, sobre las condiciones llamadas constitutivas o extintivas, *vid.* Falzea, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milán, 1941, pp. 219 y ss.

implica conceptualmente la posibilidad de que el sujeto titular del mismo se encuentre en una situación por la que pueda, con un acto de voluntad, hacer surgir los efectos jurídicos a los que se encamina tal voluntad.

Si los efectos jurídicos producidos se pueden reconducir al fin práctico perseguido por el agente, éste (se añade) se revela ciertamente como investido de un poder jurídico. Pero no hay necesidad de afirmar que, asumiendo como hechos de producción de las normas internas los procedimientos de producción de las normas internacionales, debamos reconocer un poder jurídico (y subjetividad en el ordenamiento interno) al legislador del ordenamiento reenviado. La equivocación deriva probablemente de la naturaleza compuesta de la noción misma de poder jurídico. Ésta, por una parte, implica la calificación jurídica de un determinado comportamiento; de otra, expresa otra valoración de tal comportamiento: es decir, la relevancia del mismo como hecho jurídico<sup>80</sup> en orden a los efectos que el ordenamiento atribuye a su producción. Pero, como por otra parte ocurre con cualquier otro hecho, la relevancia de una situación en cuanto tal no viene a implicar por sí misma y en cualquier hipótesis la calificación jurídica de la misma como *acto* ni —mucho menos— da lugar a ninguna situación jurídica, subjetiva.<sup>81</sup> El efecto se

<sup>80</sup> Vid. Barbero, *Il diritto soggettivo*, en *Studi di teoria generale del diritto*, Milán, 1953, pp. 138-139 en nota.

<sup>81</sup> Sperduti (*La produzione di norme...*, cit., pp. 16 y ss.), no reputa coherente sostener —como, en cambio, afirma la teoría que aquí acogemos— que la referencia al proceso de producción jurídica del ordenamiento reenviado (en los términos propuestos por esta doctrina) no dé lugar al reconocimiento de un *poder* o de la *personalidad* del legislador extranjero en la esfera del ordenamiento reenviante. Y esto, precisamente, por dos razones: a) porque “ser investido por las normas de un ordenamiento de un poder jurídico no significa otra cosa que encontrarse en grado, en virtud de tales normas, de hacer surgir en el ámbito del ordenamiento, con un acto propio y de voluntad, los efectos jurídicos a los que se dirige esa voluntad”; y ya que el efecto jurídico se dirige a un fin, querer la producción del efecto significa, según Sperduti, tender a un cierto fin. Si los efectos reconocidos por el ordenamiento a un determinado acto de voluntad son tales como para consentir los fines prácticos que el agente persigue, éste debería considerarse por tanto investido de un poder. b) No sería correcto lógicamente subordinar la posibilidad de titularidad o de ejercicio de un poder a la existencia, en el seno de aquel ordenamiento determinado, de la personalidad jurídica de quien es su titular, aunque tal personalidad se extinguiese en el poder de producir normas jurídicas. Ahora, que la figura del poder se resuelva en el encontrarse de grado de hacer surgir, mediante un acto de voluntad, los efectos jurídicos a los que esta última se dirige, se puede —con alguna reserva acerca de la formulación, especialmente en consideración de que el poder no se extingue por un acto aislado— consentir teniendo presente la sustancia del fenómeno. Sobre todo, si con la orientación más reciente de la doctrina (*cfr.* las agudas investigaciones de

produce, en nuestro caso, por la situación de hecho que en todo o en parte coincide con una situación que no adquiere relevancia como acto considerado en sentido formal.

Guarino G., “Potere giuridico e diritto soggettivo” en *RaDP*, 1949, pp. 238 y ss. spec. pp. 241, 249 y ss.), la construcción del concepto se traslada del plano del sujeto al del acto, y que saca el poder del ámbito de las situaciones subjetivas (del poder como supuesto hecho normativo del acto, habla precisamente Guarino, *op. loc. cit.*, con interesantes desarrollos dogmáticos; una *desvaloración* declarado del concepto de poder la efectúa, en cambio, Cassarino, *Le situazioni giuridiche e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, Milán, 1956, pp. 218 y ss., que tiende a resolver la figura en el esquema indiferenciado y genérico de la eficacia jurídica). Pero no es problema que pueda ser investigado en este lugar. Debemos, más bien, añadir que no llega a convencer la otra objeción contra la validez del criterio de la imputación al sujeto, sobre cuya base la doctrina a la que nos adherimos afirma, que en nuestro caso no se puede considerar que el legislador extranjero sea reconocido como sujeto del ordenamiento interno y como portavoz de un poder. Afirmar que deba existir necesariamente un sujeto de imputación toda vez que exista una voluntad productiva de efectos, se podría hacer sólo perdiendo de vista que la imputación de un acto o de una actividad a un sujeto es cosa bien distinta de conferir una determinada eficacia a un hecho, aunque este último consista en un proceso psicológico de volición. Querriamos decir que, en primer lugar, no parecen decisivos los argumentos que, según Sperduti, deberían llevar a admitir la subjetividad interna del legislador internacional; el autor, tiene además en poca consideración el hecho de que la atribución de un poder no se explica sino en función de la imputación a un sujeto. Aun siendo reacios a la sugestión de prevenciones de carácter ideológico, nos parece —francamente—, desproporcionado e innecesario el resultado que el autor describe polémicamente como consecuencia jurídicamente y lógicamente inevitable de la teoría que él rechaza.