

CAPÍTULO III

LAS NORMAS DE ADAPTACIÓN EN EL SISTEMA DE LAS FUENTES

8. Valor de las reglas de adaptación al derecho internacional convencional: <i>a)</i> Equiparación, en términos generales, de dichas reglas a las leyes ordinarias	333
9. <i>b)</i> Casos en que las normas ejecutivas de acuerdos internacionales resultan superpuestas a las leyes ordinarias, pero subordinadas a las reglas constitucionales, y pueden reconducirse a la categoría de fuentes atípicas: <i>aa)</i> Las normas de ejecución de los tratados relativos a la condición jurídica del extranjero (artículo 10, párrafo 2º, constitucional). En nota: Referencia a las normas de ejecución de los Pactos Lateranenses, artículo 7, párrafo 2º, constitucional)	336
10. <i>bb)</i> Las leyes de ejecución de los tratados relativos a materias incluidas en la competencia normativa de la región.	342
11. El artículo 10 y la importancia de las derogaciones, mediante tratado, de las normas de derecho internacional general: <i>a)</i> Notas sobre la extensión del esquema conceptual de la norma dispositiva al derecho internacional	356
12. <i>b)</i> Inclusión, en el ámbito de aplicación del artículo 10, de las reglas convencionales que derogan las normas de derecho internacional general	368

8. Valor de las reglas de adaptación al derecho internacional convencional: a) Equiparación, en términos generales, de dichas reglas a las leyes ordinarias

El artículo 10 viene, por tanto, considerado bajo el aspecto que aquí interesa con neta distinción de los dos perfiles a los que hemos hecho referencia. Partiendo de que este precepto origine el deber constitucional de los órganos del Estado (y la conexas responsabilidades de estos últimos dentro de los límites sancionados en nuestro ordenamiento) de tener en cuenta, en el ejercicio discrecional de los propios poderes, las obligaciones derivadas de los tratados, no se puede deducir de ello, sin dar un salto lógico, la consecuencia ulterior, según la cual la Cons-

de la adaptación permanece, por así decirlo, sustraído al arbitrio del legislador, al menos en el sentido (indicado a su tiempo: *supra*, p. 212) de que el ámbito de extensión del dispositivo automático se extendería inevitablemente más allá de los límites que resultan expresamente o pueden recavar de la formulación literal de la norma sobre la adaptación. En efecto, bastaría que el derecho interno hiciera la apelación a una cierta categoría de normas internacionales, para que en el reenvío fuesen traídos —diríamos, por inevitable implicación— también los sectores del derecho internacional que no se contemplan explícitamente por el legislador estatal. El significado último de esta construcción está claro: ella conduce a sostener que la norma de reenvío, dada por el constituyente, se dirige, sustancialmente, a cano-nizar el sistema de las fuentes internacionales y, por el trámite de las normas sobre las fuentes, a proyectar el reenvío incluso sobre otras reglas que, si el intérprete tuviera que mantenerse adherido a la letra del dato legislativo, no podrían ciertamente encuadrarse en el ámbito del artículo 10, p. 1.

Se explica por esta vía, como algún A. ha reconocido en el reenvío a la norma *pacta sunt servanda*, el argumento decisivo para configurar la hipótesis, inversa a aquella aquí considerada, pero en cierto sentido equivalente, de un reenvío implícito al derecho consuetudinario, en los sistemas que sólo se adecuan automáticamente respecto a los tratados. Este modo de entender el reenvío al derecho internacional está aún desprovisto de una base, como ya hemos indicado en otro lugar (*supra*, p. 84, en nota) y no ha sido acogido por ninguna dirección de nuestra doctrina (la cual, como es sabido, asume como objeto del reenvío las normas internacionales o los relativos hechos productivos, jamás las normas internacionales sobre las fuentes. Para una indicación en el sentido de que estas últimas reglas serían prespuestas y no recibidas por el artículo 10, v. Mortati, *Lezioni...*, *cit.*, p. 163); menos aún Quadri, para quien, como sabemos, el reenvío predispuesto por medio de los tipos de adaptación especial vincula la producción de determinadas normas internas a las reglas internacionales; y no, por tanto, a los hechos productivos de estas últimas o a las normas que, siempre en el seno del ordenamiento designado, imprimen a los hechos de producción su cualidad característica (*op. ult. cit.*, pp. 57 y 61), las llamadas, según Quadri, normas “primarias”; se observa, pues, que el ilustre autor se inclina a eliminar la misma noción de fuente de la sistemática general del derecho internacional (*op. ult. cit.*, p. 89 y bibliografía allí).

Cfr., por último, un matiz de notable interés en Curti Gialdino, *Rimessa in vigore...*, *cit.*, p. 128, nota 5, según el cual la adaptación del ordenamiento interno a la norma *pacta sunt servanda* es admisible “limitatamente almeno a questo effetto,

titución establece un límite al contenido de los actos emanados por los órganos destinatarios de tal obligación, o bien, como parece presuponer la opinión últimamente indicada, a algunos de ellos.

La existencia de semejante límite a la ley ordinaria debe ser demostrada. A nosotros nos parece que la solución negativa se puede argumentar correctamente con las mismas consideraciones que, como se ha visto, sirven para rechazar la tesis que amplía la adaptación automática al artículo 10. Si bien, en efecto, se opina con la mayoría de la doctrina que la norma *pacta sunt servanda* agota la propia función en la esfera del ordenamiento internacional, se debe necesariamente excluir que el constituyente haya querido, al formular el artículo 10, referirse de algún modo a esta última norma. Lo cual es claro, sea referido a la sanción de la adaptación automática a los tratados, sea para acoger la fórmula de adaptación más restringida y negativa (aunque también, como se ha dicho, automática en cierto sentido)⁶⁹ que precisamente se tendría si del artículo 10 pudiera derivarse el principio de subordinación de las leyes ordinarias. A esto se debe añadir que, mientras la conformidad de las leyes de derecho internacional está prevista explícitamente, falta todo argumento textual para afirmar que la Constitución contiene, como se ha apuntado, “una regla que expresamente establezca, como límite a la ley ordinaria del Estado, la condición de que las normas que la misma crea no sean contrarias a las obligaciones internacio-

che vengano esclusi l'ingresso o la persistenza in vigore di norme in base alle quali si dovrebbe assumere, in contrasto con il diritto della comunità degli Stati, l'esistenza od inesistenza, la validità od invalidità, l'efficacia od inefficacia di accordi internazionali”. Si con esto se quiere decir que el artículo 10, mediante la referencia a la norma *pacta sunt servanda*, ha eliminado la posibilidad de que, en el ordenamiento interno, se reconozca eficacia a los tratados inválidos o ineficaces internacionalmente, o viceversa, que quede extinguida la eficacia interna de un tratado, válido o eficaz en el plano del ordenamiento internacional, se llega a deducir, en definitiva, del precepto constitucional, una limitación a la ley ordinaria, mucho más importante e intensa de lo que afirman las opiniones antes referidas. Adhiriéndose a la construcción expuesta por C.G., se debería, en efecto, concluir necesariamente la inconstitucionalidad no sólo de las normas internas que se separan de los tratados internacionalmente válidos, sino también de las demás reglas a las que el legislador estatal quisiera dar un contenido conforme a un tratado que, en el plano del derecho internacional, es inválido o ineficaz. Aparte de la compleja cuestión de la relevancia, en la esfera del ordenamiento estatal, de las situaciones de invalidez o ineficacia a las que alude el C.G. (*cf. infra*, p. 345, nota 88), se deduce de las observaciones antes expuestas que la tesis de este A. conduce, en mayor grado que las demás, a resultados incompatibles con la premisa según la cual la norma *pacta sunt servanda* queda fuera del dispositivo de adaptación automática.

⁶⁹ *Cfr. supra*, p. 231, nota 3.

nales del Estado, derivadas de convenciones internacionales o, más en general, del derecho internacional particular”.^{69 bis}

Del análisis hasta aquí desarrollado podemos sacar alguna conclusión. A falta de un mecanismo automático de adaptación al derecho internacional convencional, se hace necesario emanar, de vez en cuando, las normas de ejecución de los tratados, en forma de ley o de decreto, según el contenido del tratado que se trata de cumplir. Si, en consecuencia, la norma de ejecución se realiza en forma de ley formal, podrá extinguirse o modificarse, del mismo modo, por un acto posterior del Parlamento.

La solución así formulada se distingue de las posiciones de la doctrina que hemos examinado. De hecho, dado que el artículo 10 ha constitucionalizado, no el principio de la adaptación automática, pero sí, al menos, el de la conformidad de la ley ordinaria al tratado, se termina por asignar a las normas de ejecución una eficacia que —como hemos intentado demostrar en lugar más oportuno— es la de una fuente atípica, es decir, dotada de la *vis abrogans* de la ley ordinaria y del grado de resistencia de las normas constitucionales. Según la solución que nos parece preferible, la ley de ejecución de un tratado ocupa, en cambio, una posición que coincide sin reservas con la de la ley ordinaria.

Con ello no pretendemos negar o disminuir la importancia que, por otra parte, puede atribuirse a los principios recogidos en el artículo 10, en relación también con la adaptación al derecho internacional convencional. Prescindiendo de la admisibilidad de la obligación constitucional, a que antes hemos hecho referencia y que puede ser entendida diversamente (en el sentido de que vincula a los órganos competentes, distintos del Parlamento, para emanar las normas de ejecución; o, más en general, a todos los órganos del Estado en el ejercicio de sus poderes discrecionales, teniendo una conducta conforme al derecho internacional), es pacíficamente aceptado que el artículo 10 ha sancionado, dentro del nuevo ordenamiento, el principio interpretativo en base al cual las normas internas deben presumirse conforme al derecho internacional (particularmente, a los tratados), salvo el caso de un explícito contraste. Esta presunción, cuya importancia parece clara si se observan los ordenamientos extranjeros, comporta no sólo un canon hermenéutico sino, en realidad, un principio de derecho sustantivo que disciplina las relaciones entre ley y tratado en el ámbito del derecho

^{69 bis} Cfr., en este sentido, Perassi, *La Costituzione...*, cit., p. 353. Excluyen la existencia de un límite a la ley ordinaria derivado de los tratados Mortati, *Istituzioni*⁵ ..., cit., p. 975; Pierandrei, *Rapport...*, loc. cit.

estatal. Esta conclusión parece inevitable cuando la presunción de conformidad de la ley al tratado viene entendida en el sentido de que cada acto legislativo contiene una cláusula implícita, en base a la cual las disposiciones en él contenidas, aunque expresamente formuladas, no valen si resultan incompatibles con las disposiciones de un tratado.⁷⁰

Después de enunciar esta solución debemos, sin embargo, hacer inmediatamente la advertencia de que vale para el artículo 10, y se puede añadir que de forma general, porque, como sabemos, esta disposición es la única que nuestra Constitución dedica al problema de la adecuación al derecho internacional. Sin embargo, en la misma Constitución (o en leyes constitucionales) se encuentran disposiciones que conciernen, aunque limitadas a casos particulares, a la adaptación respecto al derecho internacional convencional. Pretendemos referirnos al artículo 10, párrafo 2o., y a las cláusulas de los estatutos de las regiones de régimen especial (todos excepto el estatuto siciliano), que enumeran entre los límites de la ley regional, el de las obligaciones internacionales.

Para reconstruir el tratamiento que nuestro ordenamiento reserva a las normas de adaptación al derecho internacional convencional conviene, sin duda, referirse puntualmente a los casos arriba mencionados.

9. b) *Casos en que las normas ejecutivas de acuerdos internacionales resultan superpuestas a las leyes ordinarias, pero subordinadas a las reglas constitucionales, y pueden reconducirse a la categoría de fuentes atípicas: aa) Las normas de ejecución de los tratados relativos a la condición jurídica del extranjero (artículo 10, párrafo 2o., constitucional). (En nota: Referencia a las normas de ejecución de los Pactos Lateranenses, artículo 7, párrafo 2o., constitucional)*

Podemos examinar, en primer lugar, si el constituyente ha querido introducir una excepción al régimen de adaptación a los tratados, tal como resulta del primer párrafo del artículo 10 en el contexto de este mismo artículo. El artículo 10, párrafo 2o., dispone que la condición jurídica del extranjero está regulada por la ley de conformidad con las normas y los tratados internacionales.

No nos consta que la doctrina se haya preocupado, hasta ahora, de

⁷⁰ Cfr., sobre este aspecto del problema, Miele, *La costituzione italiana...*, y, en general, sobre la presunción de conformidad entre tratado y Constitución, Seidl Hohenfeldern, *op. loc. cit.*; Van Panhuys, *op. loc. cit.*; Preuss, *op. loc. cit.*; Donati, *Gli organi dello Stato...*, *cit.*, pp. 458-459.

estatal. Esta conclusión parece inevitable cuando la presunción de conformidad de la ley al tratado viene entendida en el sentido de que cada acto legislativo contiene una cláusula implícita, en base a la cual las disposiciones en él contenidas, aunque expresamente formuladas, no valen si resultan incompatibles con las disposiciones de un tratado.⁷⁰

Después de enunciar esta solución debemos, sin embargo, hacer inmediatamente la advertencia de que vale para el artículo 10, y se puede añadir que de forma general, porque, como sabemos, esta disposición es la única que nuestra Constitución dedica al problema de la adecuación al derecho internacional. Sin embargo, en la misma Constitución (o en leyes constitucionales) se encuentran disposiciones que concierne, aunque limitadas a casos particulares, a la adaptación respecto al derecho internacional convencional. Pretendemos referirnos al artículo 10, párrafo 2o., y a las cláusulas de los estatutos de las regiones de régimen especial (todos excepto el estatuto siciliano), que enumeran entre los límites de la ley regional, el de las obligaciones internacionales.

Para reconstruir el tratamiento que nuestro ordenamiento reserva a las normas de adaptación al derecho internacional convencional conviene, sin duda, referirse puntualmente a los casos arriba mencionados.

9. b) *Casos en que las normas ejecutivas de acuerdos internacionales resultan superpuestas a las leyes ordinarias, pero subordinadas a las reglas constitucionales, y pueden reconducirse a la categoría de fuentes atípicas: aa) Las normas de ejecución de los tratados relativos a la condición jurídica del extranjero (artículo 10, párrafo 2o., constitucional). (En nota: Referencia a las normas de ejecución de los Pactos Lateranenses, artículo 7, párrafo 2o., constitucional)*

Podemos examinar, en primer lugar, si el constituyente ha querido introducir una excepción al régimen de adaptación a los tratados, tal como resulta del primer párrafo del artículo 10 en el contexto de este mismo artículo. El artículo 10, párrafo 2o., dispone que la condición jurídica del extranjero está regulada por la ley de conformidad con las normas y los tratados internacionales.

No nos consta que la doctrina se haya preocupado, hasta ahora, de

⁷⁰ Cfr., sobre este aspecto del problema, Miele, *La costituzione italiana...*, y, en general, sobre la presunción de conformidad entre tratado y Constitución, Seidl Hohenfeldern, *op. loc. cit.*; Van Panhuys, *op. loc. cit.*; Preuss, *op. loc. cit.*; Donati, *Gli organi dello Stato...*, *cit.*, pp. 458-459.

identificar el exacto significado del límite que tal disposición supone para la ley ordinaria. Conviene, pues, que razonemos, en la medida de nuestros límites, sobre este punto.

Antes habíamos señalado que si se parte de la opinión, según la cual el artículo 10, párrafo 1o., ha extendido la adaptación automática al derecho internacional convencional, el segundo párrafo de dicho artículo asume un simple valor declarativo. Ello indicaría la necesidad de recurrir al procedimiento de adaptación ordinaria, en la hipótesis de que las normas internacionales no fueran susceptibles de inmediata ejecución, es decir, normas que de ellas pueda deducirse el contenido de una correspondiente norma de adecuación.⁷¹

Debemos añadir, inmediatamente, que el artículo 10, párrafo 2o., debería considerarse igualmente superfluo, si se pretende adherirse a la tesis según la cual el primer párrafo —aún sin sancionar la adaptación automática a los tratados— establece, en general, el principio de que la ley ordinaria no puede asumir un contenido disconforme con el tratado.

La única explicación digna de consideración que, partiendo de las susodichas opiniones, se puede dar a la disposición examinada, ha sido puesta en relieve por la doctrina, que ha examinado el artículo 10, párrafo 2o., bajo un perfil distinto del de la adaptación y que puede considerarse implícito en las afirmaciones de Quadri. La expresión “es regulada por la ley”, que figura precisamente en el segundo párrafo, se interpreta, según ha sido observado, como una reserva de ley.⁷² El significado de esta disposición sería el de prescribir que las normas en ejecución de la categoría particular de acuerdos, a los que se ha referido el constituyente (a saber, todas las normas de adaptación, si se excluye que el artículo 10, párrafo 1o., extiende el procedimiento de adaptación automática a los tratados, o solamente las normas que se hace indispensable emanar en ejecución de los acuerdos —relativos a la condición jurídica del extranjero— que no sean susceptibles de inmediata ejecución, si se acepta la solución opuesta), deben adoptar la forma de ley, aun cuando para la actuación del tratado se pudiera proveer, según el contenido de este último, por medio de reglamentos o de actos administrativos.

Si, en cambio, se parte de la premisa, correcta a nuestro entender,

⁷¹ Cfr., Quadri, *Diritto internazionale pubblico*,³ cit., pp. 66-67.

⁷² Barile P., *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padua, 1953, pp. 57-58, también para un examen de los institutos, propios de la capacidad del extranjero e introducidos por la legislación ordinaria anterior a la entrada en vigor de la Constitución. *Contra* Balladore Pallieri, *Diritto internazionale*,⁶ cit., p. 338, nota 3.

de que el primer párrafo excluye cualquier referencia al derecho internacional convencional, lo dispuesto por el segundo párrafo aparece justificado y se consigue explicar el nexo, según el cual se colocan las diversas disposiciones del artículo 10. Nos parece que el constituyente ha pretendido haber instituido claramente que las normas relativas a la condición del extranjero (las cuales, admitida la reserva de ley que la doctrina reconoce en el segundo párrafo, emanarán en cualquier caso del Parlamento) deben *conformarse* a los tratados que disciplinan la materia. Aquí se ha deseado traducir como *límite* a la ley, la *obligación* que, siguiendo la normal interpretación del artículo 10, párrafo 1o., vincularía los órganos estatales a la emanación de las medidas de adecuación; pero que, por las consideraciones arriba señaladas, debería, en todo caso, retenerse desprovista de sanciones concretas que lleve consigo el propio acto.

El valor innovador de esta disposición respecto al primer párrafo del artículo 10 puede, por tanto, apreciarse plenamente si se observa la distinción sobre la que hemos reclamado la atención, entre la obligación que se dirige al órgano y el vínculo inherente a la ley. Este último es el único relevante a efectos del control de legitimidad. Al disponer que las leyes concernientes a la condición del extranjero no pueden diverger de las normas internacionales que disciplinan la misma materia, el artículo 10 confiere a las leyes de ejecución de estas últimas la eficacia particular que resulta de la posición de un límite a la potencialidad de las normas internas, emitidas en forma de la ley ordinaria e independientemente de la conclusión de un acuerdo internacional.

Otra cuestión es, si además de adecuar, en los límites así precisados, el ordenamiento interno a las exigencias derivantes de los tratados, el artículo 10, párrafo 2o., haya adoptado, con referencia a la categoría de acuerdos allí contemplados, un mecanismo de adaptación automática, del tipo previsto para el derecho internacional general.

La solución negativa parece avalada por el hecho de que el dictado constitucional hace referencia *expresa* a la ley, poniendo así de relieve la necesidad de recurrir al legislador ordinario para dar ejecución a los tratados que examinamos. Alguno, inducido por la dicción literal, ha llegado a afirmar que el constituyente no ha pretendido atribuir valor preceptivo a la disposición examinada; pero se trata de una tesis obviamente extrema.^{72 bis}

^{72 bis} Cfr., Balladore Pallieri, *op. loc. ult. cit.* El autor considera superflua la disposición del artículo 10, p. 2, ya que, por un lado, excluye que esa configure una reserva de ley y, por otro, afirma que la observancia "dei trattati internazio-

De cualquier manera, no hay duda de que, de acuerdo con el artículo en cuestión, el régimen aceptado en general para la adaptación al derecho internacional convencional sufre una derogación o una excepción, cuya importancia parecerá tanto más extensa y significativa cuanto más se opine, con cierta doctrina competente, que la disciplina de la condición jurídica del extranjero interesa en gran medida a la esfera de las obligaciones internacionales del Estado, al referirse además de a los individuos extranjeros, es decir, a los súbditos de los Estados extranjeros que no sean también ciudadanos italianos, a los Estados extranjeros o, más exactamente, a sus órganos.⁷³ Otro punto que conviene distinguir es que la disposición aquí considerada habla de normas y de tratados internacionales. Si las normas que el constituyente ha mencionado junto a los tratados son las normas consuetudinarias, a las que se refiere el primer párrafo del artículo 10, es necesario reconocer que en este caso existe efectivamente una repetición, ya que la conformidad del ordenamiento interno al derecho internacional general resulta, como sabemos, precisamente del primer párrafo. La referencia a dos fuentes distintas del derecho internacional no debería, sin embargo, considerarse inútil, si el constituyente (aunque es dudoso que haya tenido tal intención) hubiese querido indicar al intérprete un criterio para la aplicación de los tratados internacionales en cuestión, advirtiéndole que éstos deben ser valorados según las normas internacionales que regulan la condición del extranjero. Así entendido, el artículo 10, párrafo 2o., se limitaría a tomar en consideración los tratados que han codificado, desarrollado o integrado el derecho internacional consuetudinario, vigente en la materia.

De las breves observaciones que preceden resulta que las normas de ejecución, relativas a los tratados a los que se refiere el artículo 10, pá-

nali riguardi gli stranieri è una semplice conseguenza dell'obbligatorietà in genere dei trattati internazionali". Aparte de la admisibilidad de la reserva de ley, que no tiene relevancia directa para nuestra investigación, está claro que la utilidad del segundo párrafo depende, por las razones que precisamos en el texto, del contenido y del significado que se atribuya al primer párrafo del artículo 10, con referencia a la eficacia interna de los tratados. Que el tratado sea obligatorio en el plano internacional y que el legislador, a la vez que los demás órganos estatales, esté obligado a darle ejecución en el ordenamiento interno, no es un argumento que sirva para negar el valor innovador del artículo 10, p. 2, cuya función es precisamente la de facultar la invalidez de las leyes ordinarias que derogan la disciplina introducida en ejecución de las obligaciones asumidas internacionalmente por el Estado para el tratamiento del extranjero.

⁷³ Así Quadri, *op. loc. ult. cit.* Por el contrario, Barile P., *op. cit.*, pp. 57, 58, nota 116, advierte que por condiciones del extranjero debe entenderse "la capacità di esso in generale, non la posizione dei singoli individui".

rafo 2o., se superponen, por un lado, a las leyes ordinarias y, por otro, se colocan en una posición que no coincide exactamente con la de las leyes constitucionales.

Ningún dato del ordenamiento positivo permite, de hecho, afirmar que las convenciones que conciernen a la posición del extranjero y sus respectivas normas de ejecución se sustraen, a diferencia de lo que sucede con los otros acuerdos internacionales, al respeto de la Constitución. De la disposición según la cual la ley ordinaria no puede disponer en disconformidad con los tratados que se ocupan de una cierta materia, individualizada por la propia regla constitucional, no se desprende en modo alguno que el legislador ordinario pueda, al ejecutar tales acuerdos, evadirse de los límites que, de forma general, condicionan el ejercicio de la potestad normativa del Estado. Así, debe sostenerse que los acuerdos relativos a la posición del extranjero no pueden contener una regulación divergente de las otras disposiciones del mismo artículo 10 (párrafos 3o. y 4o.), donde se atribuye expresamente al extranjero el derecho de asilo en el territorio de la República, en ciertas condiciones, y el derecho a no ser entregado por extradición, en el caso de delitos políticos.⁷⁴

⁷⁴ Balladore Pallieri, *op. ult. cit.*, p. 338, ha manifestado sus dudas acerca de la existencia de un efectivo "diritto" de asilo político, sobre todo, a la vista de las condiciones que el constituyente ha previsto textualmente a este propósito, pidiendo la actuación del legislador ordinario. Sobre el asilo político y prohibición de extradición del extranjero por motivos políticos, *cf.* Miele, *La costituzione italiana...*, *cit.*, pp. 32 y ss. Las conclusiones a las que llegamos acerca de la eficacia de las normas ejecutivas de los tratados relativos a los extranjeros, encuentran confirmación en afirmaciones de la doctrina que se ha ocupado del tema. *Cfr.*, por ej., en el sentido de la prevalencia de las reglas constitucionales sobre las convenciones relativas a la materia, Marmo, *Alcuni rilievi...*, *cit.*, pp. 217, 219, quien critica justamente una opinión del Tribunal Supremo (*Cass. secc. un. pen.*, 5 de marzo de 1949, n. 16), según la cual, serían inconstitucionales por oponerse al artículo 10, p. 4, las normas dadas en ejecución de los tratados concluidos sucesivamente a la entrada en vigor de la Constitución, mientras que debería acogerse la solución opuesta para las convenciones anteriores a la entrada en vigor del texto constitucional. Es obvio que el contenido de los tratados aquí considerados, encuentran un límite en las normas de derecho internacional general, evocadas por el artículo 10, p. 1, que imponen al Estado determinadas obligaciones relativas al tratamiento del extranjero (por ej., el llamado *minimum standard* de protección, sobre el cual v. Sereni, *Diritto internazionale*, *cit.*, II, Secc. I, p. 714), a menos que se considere que las reglas de derecho consuetudinario vigentes en la materia, son dispositivas y pueden ser derogadas mediante tratado (*cf.*, *infra*, pp. 343 y ss.). Por otra parte, no debería dudarse de la posibilidad de que las normas, mediante las cuales se hace internamente eficaz una convención relativa al tratamiento de los extranjeros, puedan prevalecer sobre las leyes anteriores o sucesivas a la entrada en vigor de la Constitución, no sólo por los argumentos expuestos en el texto, sino también por la consideración de que de la disposición constitucional se na elimi-

Por otra parte, las normas ejecutivas de las convenciones examinadas resultan sustraídas, debido a la concretación dispuesta en el artículo 10, párrafo 2o., a la posibilidad de derogación y modificación por obra de leyes ordinarias que no sean emanadas, a su vez, en cumplimiento de acuerdos internacionales, sucesivos e incompatibles con las convenciones ya hechas ejecutivas en el ordenamiento interno. Si esto es exacto, las normas de adaptación en cuestión no pueden ser encajadas dentro del esquema de la ley constitucional o de la ley ordinaria; por la eficacia particular de que están provistas, representan una figura de las que anteriormente hemos definido como fuentes atípicas.⁷⁵

nado el criterio de reciprocidad establecido como base del tratamiento a los extranjeros por el artículo 16 de las disposiciones sobre la ley en general. (Cfr., Barile P., *op. loc. ult. cit.*)

⁷⁵ La conclusión a la que llegamos en el texto podría acogerse también con referencia a las normas de ejecución de los Pactos Lateranenses, si el artículo 7, p. 2, Const., se interpretara en el sentido de que, sin atribuir a tales reglas la idoneidad para derogar o modificar la Constitución, ha excluido que esas puedan ser modificadas o derogadas mediante ley ordinaria. No parece, sin embargo, que la doctrina, que ha discutido mucho y continúa discutiendo sobre el significado exacto del artículo 7, haya propiciado finalmente esta solución. En efecto, se han perfilado dos direcciones distintas prescindiendo de la tesis según la cual el constituyente no se ha propuesto en ningún modo regular la adaptación del ordenamiento interno al sistema concordatorio, sino que se ha limitado a enunciar una norma que vincula al Estado a una determinada conducta en sus relaciones con la Santa Sede (o bien, más exactamente, con la Iglesia Católica, como observa Biscottini (*L'adeguamento... cit.*, pp. 231 y ss.), quien advierte, sin embargo, que el artículo 7, así interpretado, no hace desaparecer la posibilidad de una denuncia de los Pactos por parte del Estado en los casos permitidos por el derecho internacional: contra Balladore Pallieri, *Diritto costituzionale, cit.*, p. 415). De un lado, se ha dicho que el artículo 7 ha actuado la inserción o recepción, en el sistema de la Constitución, de todas las normas singulares de los Pactos; de otro, que ha proveído solamente a constitucionalizar *el principio concordatorio* al prescribir que, en la esfera de las relaciones entre Estado e Iglesia, el legislador ordinario puede intervenir solamente después de la modificación de los Pactos actualmente vigentes o de la conclusión de nuevos acuerdos (análogamente, por lo demás a cuanto dispone el artículo 8, p. 2, acerca de las relaciones entre el Estado y los cultos católicos: para un acercamiento del principio concordatorio y la figura especial de disciplina convencional contemplada por el artículo 8, *cfr.* Crisafulli, "Art. 7 della Costituzione e vilipendio della religione dello Stato", en *AP*, 1950, II, p. 421; Bellini, "I Patti lateranensi e la Costituzione della repubblica italiana", en *D.E.*, 1955, *esp.*, pp. 72 y ss.; D'Albergo, "Sulla costituzionalizzazione dei Patti lateranensi", en *RaDP*, 1959, p. 573, según el cual, por el contrario, sólo se podría hablar correctamente de constitucionalización del régimen convencional con referencia a los cultos católicos. La tesis que extiende la condición jurídica de las normas constitucionales a las normas singulares de los Pactos puede ser y ha sido, en efecto, justificada en base a distintas consideraciones: el reenvío a la ley de ejecución de los Pactos (sobre éstos, v. las agudas observaciones de Crisafulli, *op. ult. cit.*, p. 421; Pergolesi, *Diritto costituzionale*,¹⁴ *cit.*, p. 705, en el sentido de que el artículo 7, recibiendo directamente el contenido de los Pactos lateranenses, habría

10. bb) *Las leyes de ejecución de los tratados relativos a materias incluídas en la competencia normativa de la región*

A la hipótesis antes considerada se debe añadir otra, en que la adaptación al derecho internacional convencional se hace mediante la fórmula negativa que ya nos es conocida, a saber, estableciendo un límite, en el

superado constitucionalmente la ley de ejecución de 27 de mayo de 1929, n. 810 (en torno a las relaciones entre esta última ley y el régimen de adaptación introducido por el artículo 7, *cfr.*, últimamente, D'Albergo, *op. cit.*, p. 549); D'Avack, *op. cit.*, p. 114, quien habla de "preconstitucionalidad" del sistema concordatorio, no para sostener que las normas de este último sean jerárquicamente superiores a las reglas constitucionales, como parece mantener Lener ("I Patti lateranensi nel sistema dei nuovi principi costituzionali" en *CC.*, 1950, IV, p. 444), sino solamente para señalar el carácter de especialidad que las normas introducidas por el artículo 7 vendrían a asumir respecto a otras disposiciones de la carta fundamental). Para la tesis según la cual el artículo 7 contemplaría, con referencia al sistema de los Pactos, un mecanismo de adaptación automática análogo e incluso idéntico a aquel instaurado por el artículo 10, *cfr.*, difusamente, D'Albergo, *op. cit.*, *esp.*, pp. 590-591, y las críticas que este A. hace a la construcción de Lener que intenta aproximar el artículo 7 y el artículo 10 por otra vía, afirmando que en ambos casos el constituyente se ha servido de un precepto legislativo compuesto que resulta de la incorporación, en la disposición constitucional, de un conjunto de otras normas, procedentes de diversos ordenamientos, y provistas en nuestro sistema de la calificación de normas "formalmente" e "indirectamente" constitucionales; sobre el significado de esta configuración (que recuerda como bastante próximo el esquema conceptual del reenvío recepticio), *cfr.*, Lener, "Contributi alla interpretazione dottrinale dell'art. 7 della Costituzione", en *CC.*, 1950, III, pp. 609 y 611; y del mismo A., *I Patti lateranensi. . . , cit.*, pp. 446 y ss. Acerca de los otros modos de entender la llamada al sistema concordatorio por parte del ordenamiento interno, *cfr.*, Ferroglio, "I rapporti tra Stato e Chiesa nella costituzione repubblicana", en *Annali Camerino*, XVII, p. 322, nota 36 y bibliografía allí. A una conclusión opuesta llegan los autores para los cuales el artículo 7 ha constitucionalizado el principio concordatorio sin recibir materialmente, por esto, como parte integrante de la Constitución, el contenido de los Pactos: *cfr.*, por todos, Mortati, *Istituzioni*⁵. . . , *cit.*, pp. 995-996, quien precisa que las cláusulas originarias de los Pactos o aquellas introducidas mediante acuerdos sucesivos deberán considerarse inválidas si se oponen a los principios establecidos por la Constitución como garantía de los derechos individuales; v. también, para otras soluciones que se limitan a afirmar la constitucionalización del principio concordatorio, Bellini, *op. cit.*, *esp.*, p. 66 (donde se precisan los límites al sentido en el que se entiende la referencia al procedimiento de revisión constitucional por parte del artículo 7, p. 2), pp. 73 y ss., y p. 84 (para una precisión de la función simplemente negativa que el artículo 7 estaría destinado a asumir y que consistiría en prescribir la invalidez de las normas disconformes con el sistema concordatorio y establecidas unilateralmente por el Estado, en forma de ley ordinaria: función distinta y más reducida respecto a la del artículo 10 que provee también a insertar automáticamente las normas de adaptación; *cfr.*, sobre este punto Pergolesi, *Diritto costituzionale*,¹⁴ *cit.*, p. 705, nota 2); Ferroglio, *op. cit.*, *esp.*, pp. 317-18; Del Giudice, *Manuale di diritto ecclesiastico*,⁹ Milán, 1959, pp. 129-130; Biscottini, *op. ult. cit.*, p. 242. Sin entrar en el fondo de la cuestión, que no nos interesa directamente, se ha puesto

sentido ya explicado, a las normas internas. Esta vez el vínculo está previsto no para las leyes estatales sino, al menos siguiendo la letra de la Constitución, para las normas, que dentro de nuestro ordenamiento, son establecidas por las regiones. Veremos en seguida que el significado más atendible de la norma constitucional, de la que deriva este límite, es el de disciplinar, dentro de ciertos límites, la adaptación de las nor-

de relieve cómo, admitiendo incluso que las normas de ejecución de Pactos no están en condiciones de modificar o derogar la Constitución o, al menos, ciertos principios constitucionales, no se debe, por ello, excluir necesariamente que tales reglas estén dotadas del grado de resistencia propio de las normas constitucionales, tanto más cuanto el mismo artículo 7 dispone textualmente que las modificaciones de los Pactos (y, lógicamente, también de las relativas normas de ejecución) vienen adoptadas, fuera de la hipótesis, de una revisión consensual, mediante el procedimiento agravado. Por otro lado, parte de la doctrina, admitido que el constituyente ha asumido como objeto de la norma constitucional *la forma* de las relaciones entre Estado e Iglesia, se ha visto inducida a negar que *el contenido* de los Pactos se haya transferido a la Constitución y que, por tanto, a las normas singulares de los Pactos se haya extendido, limitadamente a su fuerza, la apariencia formal de las normas constitucionales. Por lo demás, esta actitud se explica perfectamente si se considera que la doctrina permanece anclada en el criterio tradicional según el cual la fuerza activa y la pasiva concurren para individualizar la eficacia "formal", es decir, la posición de una norma en el sistema de las fuentes. De ahí la opinión de que, como consecuencia del nexo y de la correspondencia entre estos dos aspectos de la eficacia de la fuerza de ley, una norma, que no esté en condiciones de derogar o modificar la Constitución, debe, a su vez, poder ser derogada o modificada mediante ley ordinaria. Pero, si se acoge el punto de vista que hemos intentado aclarar en el texto, resulta evidente que el criterio ahora mismo enunciado no encuentra acogida general en el derecho positivo. De esta forma, si se llegara a demostrar que las normas del sistema concordatorio deben entenderse introducidas en el ordenamiento interno, solamente en cuanto no están en conflicto con las demás reglas constitucionales, se podría, sin temor, enunciar una solución incompatible con los datos de nuestro sistema y admitir que por disposición explícita de la Constitución esas han sido provistas del grado de resistencia de las leyes constitucionales; se trataría, precisamente, de otra de las figuras de fuentes atípicas de las que hemos tratado en el texto. No es la ocasión, en este lugar, de volver al análisis de los argumentos que pueden aducirse contra la opinión predominante de la doctrina. Basta, por ello, con poner de relieve cómo, también a propósito de la construcción sistemática del artículo 7, ninguna de las consideraciones adoptadas para negar que el constituyente haya pretendido agravar el procedimiento de revisión o de modificación de las normas de los Pactos Lateranenses, pueda considerarse decisiva. En primer lugar, sería infundado objetar que no toda la materia regulada por los Pactos Lateranenses es materia constitucional; como observa el mismo Mortati (*Istituzioni*⁵ . . . , *cit.*, p. 994): "non possoho esservi in astratto materie che ripugnino alla disciplina costituzionale" (*cf.* también Lener, *Contributo* . . . , *cit.*, pp. 607-609, quien argumenta, desde la coincidencia entre forma y materia constitucional, que las relaciones entre Estado e Iglesia serían objeto de disciplina constitucional, aun cuando el Estado decidiese revisar la disposición del artículo 7, sustituyendo una disciplina unilateral por el régimen convencional, y esto porque la revisión de los Pactos sería posible sólo mediante la derogación o modificación, con ley constitucional, del mismo artículo 7). No me parece jus-

mas estatales a las exigencias derivadas de los tratados concernientes a materias que son competencia de la región. También aquí es lícito entender que el tratamiento dado por nuestro ordenamiento a esta particular categoría de acuerdos difiere del régimen previsto, en términos

tificada la otra observación (*cf.* Ferroglio, *op. cit.*, pp. 317-318), según la cual, si las normas introducidas para dar ejecución a los Pactos revistiesen el carácter de reglas constitucionales, no se conseguiría explicar cómo esas son susceptibles de derogación o modificación mediante ley ordinaria, al menos en el caso de que haya intervenido un acuerdo entre Estado e Iglesia. Es, quizás, el momento de recordar que el reconocimiento de la eficacia propia de las normas constitucionales a las normas introducidas mediante reenvío a otros ordenamientos, implica necesariamente que el procedimiento o el hecho normativo, del cual el ordenamiento que reenvía hace depender la inserción de las normas en cuestión, sea yuxtapuesto en el cuadro del sistema constitucional, al procedimiento de revisión, ya que ese reviste también, en el seno del derecho estatal, la calificación de procedimiento idóneo para modificar la Constitución, o cuando menos para crear normas que puedan ser derogadas o revisadas solamente por medio del procedimiento agravado. Puede ocurrir también que el reenvío, así entendido, termine por contradecir aquella *vocación de exclusividad* del procedimiento de revisión que es propia o incluso conatural a la Constitución rígida (*cf.*, Mortati, *Istituzioni*⁵ . . . , *cit.*, p. 994). En efecto, algunos AA., como hemos puesto de relieve, reconocen justamente un nexo entre el reenvío del constituyente a otros ordenamientos y el fenómeno de elasticidad de la Constitución, es decir, aquel fenómeno que, sin subvertir el carácter fundamentalmente rígido de nuestro ordenamiento, no obstante, permite en alguna medida la evolución o la modificación del sistema constitucional fuera de las estrecheces del procedimiento agravado.

Este resultado, por excesivo que pueda parecer, ha sido querido, sin embargo, de manera inequívoca por el mismo constituyente. Por otra parte, incluso si se acogiese la hipótesis según la cual el artículo 7 ha constitucionalizado solamente el *principio concordatario*, no se conseguiría por esto eludir las consecuencias a las que se llega cuando se sostiene la tesis contraria. Debemos prescindir de la objeción, a nuestro modo de ver mal planteada, según la cual el ordenamiento interno no puede someter a su propio dominio las relaciones que median entre Estado e Iglesia en el orden externo (*cf.* D'Albergo, *op. cit.*, p. 595; *contra* Mortati, *Istituzioni*⁵ . . . , *cit.*, p. 994, nota 2; *cf.* Bellini, *op. cit.*, pp. 43-44). No se puede negar —la letra de la Constitución no deja sobre este punto duda alguna— que la adopción del procedimiento agravado es el único medio posible para eliminar o modificar las normas singulares de los Pactos (a menos que la revisión y extinción de estos últimos sean acordadas preventivamente entre Estado e Iglesia; en este caso el acuerdo internacional opera, por los motivos antes expuestos, como hecho o procedimiento idóneo para modificar o para introducir en el ordenamiento interno normas dotadas de la misma eficacia que las normas constitucionales). La doctrina, que excluye del ámbito de la Constitución formal las disposiciones singulares del sistema concordatario, recurre a este fin a una explicación diversa. "La legge esecutiva del concordato —se ha afirmado— non prevale su quella successiva, la quale voglia abrogarla, per il fatto di essere fornita di un'efficacia superiore, ma perché il contrasto con essa si risolve in un contrasto con la Costituzione." (Así, Mortati, *Istituzioni*⁵ . . . , *cit.*, p. 994.) Pero ha de preguntarse si esta observación no podría o debería referirse a *cualquier otra* hipótesis en la que haya conflicto entre normas constitucionales y leyes ordinarias. En efecto, es admisible lógicamente que la ley ordinaria debe ceder de frente a la norma constitucional anterior, no

generales, para la adaptación al derecho internacional convencional. Trataremos de precisar. El respeto de las obligaciones internacionales figura entre los límites a la competencia legislativa, de tres de las regiones con estatuto especial: Cerdeña, Trento-Alto Adigio, Valle-de Aosta; no está en cambio previsto para las regiones de derecho común

porque esta última esté en condiciones de resistir a las reglas dadas sucesivamente por el legislador ordinario, sino por otra consideración distinta, a saber, que la regulación de las materias disciplinadas por la Constitución, está sujeta al procedimiento especial prescrito por el artículo 138. Semejante razonamiento conduce, también, a reducir los vicios materiales de la ley a vicios de forma, mientras que nuestra doctrina ha advertido que la reducción e identificación de cualquier figura de invalidez de la ley al vicio formal, aun siendo lógicamente aceptable, choca con serias objeciones que tendremos ocasión de indicar más adelante. Dicho esto, resulta claro que el significado más relevante de la tesis que afirma la constitucionalización del principio concordatario radica, desde luego, en traspasar la invalidez de las normas divergentes de los Pactos al plano de los vicios del procedimiento. Si esto es exacto, se da la consecuencia de que esta tesis tiende a agravar y no a reducir las consecuencias del contraste entre leyes ordinarias y sistema concordatario. Si es cierto que la Constitución ha previsto para la disciplina de las relaciones entre Estado e Iglesia (sobre las dificultades conectadas a la individualización de tal materia, v. D'Avack, *op. cit.*, pp. 103-104; Mortati, *Istituzioni*⁵ . . . , *cit.*, p. 994; Ferroglio, *op. cit.*, p. 315) la forma del acuerdo y no la forma de la ley (o bien, la forma compleja del acuerdo y de la ley, cuando se excluye que el artículo 7 ha adoptado el procedimiento de adaptación automática y se retiene, por el contrario, que el legislador debe hacer ejecutivas de vez en cuando las modificaciones acordadas por las dos partes —v. Biscaretti di Ruffia, *Diritto costituzionale*,⁵ *cit.*, p. 547, nota 2—; pero en ningún caso únicamente el procedimiento legislativo), en efecto, se debería pensar que son inválidas, en cuanto dadas con un acto formalmente viciado, todas las normas que el legislador decidiese emanar unilateralmente en la esfera de las relaciones entre Estado e Iglesia, y, por ello, también aquellas que, por ventura, no estuviesen en conflicto con una regla cualquiera del sistema concordatario. Pero esto no basta; se debería admitir también que las singulares normas de los Pactos son modificables o derogables con ley ordinaria, sólo en la hipótesis de que el artículo 7 sea abolido, se entiende, con ley constitucional. En otros términos, según la opinión de la que hablamos, la derogación o modificación de las normas ejecutivas del Concordato serían posibles solamente a continuación de la publicación de dos actos: una ley constitucional que haga caer el principio concordatario, sancionado por el artículo 7 y otro acto legislativo sucesivo que establezca una norma dirigida a derogar o a modificar ésta o aquella otra regla del sistema convencional. En definitiva, también la solución hasta aquí examinada, lejos de excluir que el constituyente haya agravado o considerado de uso menos frecuente y accesible las formas de extinción o modificación de las singulares normas concordatarias, conduce a considerar, si no nos equivocamos, que estas últimas están provistas de un grado de fuerza superior al de las mismas leyes constitucionales. Tanto es así que, por la constitucionalización del principio concordatario, se ha pronunciado también la doctrina que no duda en atribuir a las normas concordatarias el valor formal de reglas constitucionales (Lener, *Contributi* . . . , *cit.*, p. 612 y las objeciones que D'Albergo, *op. cit. loc. ult.*, pone, también, desde este punto de vista, a las afirmaciones de L.). Para otros desarrollos de las observaciones que preceden reenviamos a nuestra *Note sull'esecuzione* . . . ,

y para otra región con régimen especial, como Sicilia.⁷⁶ La doctrina, sin embargo, parece afirmar de forma concorde, que, de modo general, este límite está implícito en la estructura de nuestro ordenamiento.

Antes de adherirse a la tesis dominante conviene, sin embargo, precisar exactamente el límite de que se trata.

El problema puede suscitar algunas dificultades. Una primera duda sería si las obligaciones a las que se refieren las disposiciones en cuestión se derivan exclusivamente de los tratados internacionales. La solución afirmativa debería resultar del hecho según el cual las obligaciones derivadas del derecho internacional general se contemplan ya en el artículo 10, el cual, como sabemos, incluye automáticamente las normas de adaptación en el ordenamiento interno y prescribe que las mismas no pueden ser derogadas o modificadas sino por ley constitucional; quiere decirse, por tanto, que no pueden serlo ni por una ley ordinaria del Estado ni por una ley regional.

Ya que el límite al que el constituyente ha querido referirse tiene por objeto el respeto de las obligaciones internacionales derivadas de los tratados, surge otra cuestión. ¿Es necesario que el tratado del que se deduce el límite se transforme en una ley de ejecución o basta que se haya perfeccionado a nivel del ordenamiento internacional? La doctrina, que se ha ocupado del problema, afirma que el límite a la competencia legislativa regional deriva de la existencia de un tratado ratificado.⁷⁷ La tesis, si bien está sostenida con autoridad, no convence totalmente. De hecho no se ve cómo, dada la estructura unitaria de nuestro ordenamiento, este último límite puede ser válido cuando el Estado ha decidido no dar ejecución a la obligación internacional o, peor aún, la ha trans-

cit., esp., par. XI. Naturalmente, las consideraciones que pueden aducirse contra la tesis de la que hemos hablado hasta aquí, valen también para rechazar la opinión de que el artículo 10 tiene la función de elevar a regla constitucional el principio de la conformidad del ordenamiento interno al derecho internacional, pero no aquella de constitucionalizar las singulares normas internacionales a las que hace referencia el constituyente. (Cfr. Biscottini. *L'adeguamento...*, *cit.*, p. 216.)

⁷⁶ Artículo 12, Ley constitucional relativa al estatuto especial para Cerdeña, 26 de febrero de 1948, n. 3, artículo 2; l. c. relativa al estatuto especial para el Valle de Aosta, 26 de febrero de 1948, n. 4, artículo 2; l. c. concerniente al estatuto especial para el Trentino-Alto Adige, 26 de febrero de 1948, n. 5, el artículo 4 del estatuto para la región siciliana, aprobado por decreto legislativo de 15 de mayo de 1946, n. 455, que por ley constitucional de 26 de febrero de 1948, n. 2, forma parte de las leyes constitucionales de la República en el sentido y a los efectos del artículo 116 de la Constitución, no contiene expresamente el límite del "rispetto degli obblighi internazionali" en el artículo 4 que determina la competencia legislativa de la Asamblea regional.

⁷⁷ Virga, *La Regione*, *cit.*, pp. 112-113.

gredido dictando una ley contraria a la que ha introducido el tratado en el ordenamiento interno.⁷⁸ Si en tal hipótesis la región debiera permanecer vinculada al respeto de las obligaciones internacionales, se llegaría a una fractura entre la actividad legislativa de las regiones y los intereses nacionales, que exigen una línea de conducta diferente de la prescrita por el tratado.⁷⁹ No se puede sostener que, según nuestro ordenamiento, la ley estatal es en todos los casos conforme al derecho internacional, porque existe un precepto constitucional explícito en este sentido, ya que el artículo 10 establece sólo que las leyes del Estado resultan subordinadas a las normas de derecho internacional general y no a los tratados, al menos como regla general.

Como quiera que se pretenda configurar el límite en cuestión, es conveniente poner de relieve que hay una diferencia entre la situación en que se encontraría una ley de ejecución de los tratados, puesta por el Estado, cuando el ordenamiento interno vinculase al legislador estatal con el respeto de las obligaciones que proceden del derecho internacional convencional y la situación en que la ley regional viene situada por las disposiciones constitucionales que estamos examinando.

En primer lugar, mientras la competencia del legislador regional sigue excluida, sólo por efecto de la emanación por parte de los órganos legislativos del Estado, de las normas de ejecución de un tratado que disciplina materias atribuidas a la región, la norma que impone a la ley estatal el respeto al tratado establece, por esto mismo, un límite que va determinado con referencia al tratado y que por tanto opera en el sentido de invalidar las leyes divergentes del acuerdo internacional, aun cuando este último no sea hecho ejecutivo en el ordenamiento interno.

Por otra parte es concorde la afirmación de la doctrina según la cual el límite de las obligaciones internacionales puede considerarse implícito en la estructura del ordenamiento regional, y que ha sido introducido *ad abundantiam* en los estatutos de ciertas regiones, pero que se debe sobreentender aunque no se configure explícitamente.

Queda por ver si los argumentos comúnmente adoptados para justi-

⁷⁸ La Pergola, *Note sull'esecuzione...*, cit., p. 28.

⁷⁹ Desde este punto de vista se podría proponer la hipótesis de que el límite de las obligaciones internacionales viene resuelto en función del interés nacional, previsto explícitamente para las regiones de derecho común y también para aquellas de régimen diferenciado, excepto Sicilia (en los sectores de competencia exclusiva de esta última). Sobre la configuración exacta de este límite como límite de fondo, *cfr.* Mortati, *Istituzioni...*, cit., pp. 741-742 y la literatura allí citada. Sobre el límite de fondo, en general, v. Paladin, "Il limite di merito delle leggi regionali", en *RTDP*, pp. 117 y ss., extr. y ahora en *La potestà legislativa regionale*, cit., pp. 3 y ss.

ficar esta solución, cuya exactitud está fuera de dudas en nuestra opinión, pueden acogerse sin reservas.

La tesis de que el límite en cuestión sea necesariamente implícito no se podría hacer derivar, por ejemplo, de la igualdad de *status* entre las regiones ni del conexo principio según el cual los límites expresamente previstos para alguna de éstas deben entenderse extendidos a las otras. Dicho principio ha recibido amplia aplicación en los Estados federales, hasta el punto de conformar —según algunos autores— la estructura esencial. En cambio, nuestro constituyente se ha inspirado en el criterio opuesto de la diversidad de posiciones entre las regiones de derecho común y las de derecho especial, de un lado, y entre una y otra de estas últimas, de otro. Se podría hablar de igualdad de *status* entre nuestras regiones en un sentido más restringido, sólo si se piensa que hay un *minimum* de poderes y de obligaciones comunes a todas las regiones, incluyendo las de régimen especial, y que en tal esfera se puede precisamente incluir el límite de las obligaciones internacionales. La solución afirmativa parece preferible, además de por lo que ya hemos dicho, por otras consideraciones que la doctrina no ha dejado de poner de relieve, a menudo y sin deducir todas las consecuencias debidas. Pretendemos precisamente referirnos a los argumentos que se desprenden de la unidad del ordenamiento, de la presunta conexión entre la competencia para concluir los acuerdos internacionales y la de ejecutarlos, así como la falta de subjetividad internacional de las regiones.

Admitido que sean fundadas estas observaciones, no sirven, sin embargo, para identificar con exactitud el significado del límite en cuestión.

Se debe considerar, por ejemplo, la afirmación según la cual el límite de las obligaciones internacionales deriva, sin duda, del hecho de que las regiones carecen de personalidad internacional. Se plantea en otros términos la tesis de las competencias conexas que, como hemos observado en otro lugar,^{79 bis} no puede ser correctamente aplicada a la hipótesis que ahora nos interesa. Además, en el supuesto que a las regiones les fuera reconocida personalidad internacional, aunque limitada a las materias que recaen en la esfera de sus propias atribuciones normativas, el límite del que tratamos podría igualmente presumirse aun en ausencia de una expresa formulación. Tal es de hecho la solución que ha sido dada a este problema en los ordenamientos descentralizados, en los que las regiones o Estados miembros tienen en alguna medida

^{79 bis} La Pergola, *Note sull'esecuzione...*, cit., pp. 10 y ss.

subjetividad internacional. Es decir, tienen una subjetividad internacional condicionada a los límites de su propia competencia normativa y a las exigencias nacionales, o a las directrices de los órganos centrales de gobierno, establecidos para dirigir los asuntos exteriores.

En nuestra opinión, para establecer en qué sentido el límite de las obligaciones internacionales se puede entender como connatural al sistema de descentralización realizado en nuestra Constitución, es necesario, sin perder de vista las consideraciones hechas por la doctrina, explicitar una premisa que generalmente viene sobreentendida. La existencia de este límite, si no erramos, resulta de la atribución al Estado de una esfera de competencia normativa que permanece, por tanto, necesariamente sustraída a la región. De lo cual se deduce que el límite de las obligaciones internacionales debe estimarse implícito, precisamente por cuanto la competencia de emanar normas ejecutivas del acuerdo internacional competente al Estado, y es excluida de la esfera de atribuciones normativas de la región. Así las cosas, el problema que nos interesa consiste en saber si la competencia para dictar las normas de ejecución de un acuerdo que disciplina materias reservadas a la competencia de las regiones pertenece al Parlamento, o bien al órgano legislativo regional.

La cuestión se discute aún por la doctrina. Como quiera que venga resuelta (y veremos pronto que la solución más correcta es la de estimar competente al Estado), hay que observar que, desde el perfil aquí considerado, las normas de ejecución relativas a los tratados de que tratamos deben tener una eficacia que no corresponde enteramente a la de las leyes del Estado, o bien a la de la ley regional; en uno u otro caso dichas normas vendrían, por tanto, a configurarse como fuentes atípicas. Y efectivamente, puesto que en este caso es competente la región para emanar la ley de ejecución del tratado, se desprende que la ley regional de ejecución se coloca en la posición en que, a nivel del ordenamiento estatal, se encuentran las leyes de ejecución relativas a los supuestos del derecho internacional convencional arriba señalados; por ejemplo, los tratados relativos a la condición jurídica del extranjero. Se debería así pensar que las normas establecidas por la región, en ejecución de un acuerdo internacional, no pueden ser derogadas o modificadas por otras leyes regionales, si no fuera como consecuencia de un nuevo acuerdo que disciplina la misma materia. Y así, también, una ley estatal que derogase o modificase una ley de ejecución regional de un tratado (siempre que se estime a la región como competente para dictar las normas de adaptación) invadiría la esfera normativa de las

regiones y, por tanto, debería considerarse nula o, en el mejor de los casos, eficaz hasta que no sea declarada ilegítima por el Tribunal Constitucional. El único medio para derogar o revisar la ley regional de ejecución (fuera del caso de conclusión de nuevos acuerdos, en el que la derogación podría efectuarse con ley regional) parece, en conclusión, que es el procedimiento de revisión constitucional. Así se demuestra que la ley regional de ejecución de un tratado (admitido que la región tenga poder de emanarla) se distinguiría de las otras leyes regionales por un grado mayor de resistencia. El encuadramiento de las normas examinadas, en la categoría de las fuentes atípicas, sería justificado también en este caso.

¿Qué consideraciones inducen, no obstante, a sostener que es el Estado quien tiene competencia para emanar las normas de ejecución de las que tratamos? Considerado el problema en abstracto no tiene fácil solución.⁸⁰ Se encuentran ventajas e inconvenientes tanto en el caso en que la citada competencia se atribuya al Estado, como en el caso en que se atribuya a la región. El aspecto negativo de la primera solución consiste en la posibilidad de que el Estado recurra al expediente del tratado (el *treaty device* que mencionan los estudiosos anglosajones)⁸¹ para invadir la esfera de competencia reservada a las regiones. Por otra parte, si se sostiene la competencia de las regiones, es preciso también reconocer que estas últimas pueden frustrar la ejecución de los compromisos internacionales del Estado. Contra la omisión de emanación de las normas de adaptación por parte de la región no habría, de hecho, remedio alguno o sanción excepto —como se ha dicho— *l'extrema ratio* de la disolución del consejo regional⁸² (por razones de seguridad na-

⁸⁰ Pierandrei, *op. loc. cit.*, quien rechaza la tesis de que sea competente en este caso el legislador regional.

⁸¹ *Cfr.*, sobre este problema, Donati, *I trattati...*, *cfr.*, pp. 231-232; Hendry, *Treaties and Federal Constitutions*, *cit.*, pp. 107 y ss.

⁸² En este sentido, Virga, *La Regione*, *cit.*, p. 113, nota 26, en la que se indica la diversa regulación dictada, para la hipótesis en cuestión, de la Constitución austríaca. Sobre el desarrollo del Consejo Regional en general, v. Sica, "Lo scioglimento del Consiglio regionale", en *RADP*, 1954, p. 468, *Id.*, "Lo scioglimento dei Consigli regionale", en *Atti del primo Convegno di studi regionali* (Bressanone, 27 sett. - I ottobre, 1954), Padua, 1955, pp. 509 y ss. También para este punto reenviamos a las consideraciones que hemos tenido ocasión de desarrollar en *Note sull'esecuzione...*, *cit.*, *esp.*, p. 13, con referencia al estado de la doctrina en este punto. A la bibliografía allí citada, nota 11, *adde*: Cansacchi, *Impegni internazionali...*, *cit.*, p. 1079; Monaco, *Manuale di diritto internazionale pubblico*, Turín, 1960, p. 141, nota 13; *cfr.* "Sentencia de la Corte Constitucional (12 de mayo) 18 de mayo", 1960, n. 32, en *GC*, 1960, p. 537, y allí las observaciones de Mortati, *Influenza della Convenzioni internazionali in ordine alla tutela dell'uso della lingua Tedesca nella Provincia di Bolzano*, *espec.*, pp. 547 y ss.

cional o por violación de la Constitución, y precisamente de la norma que impone el respeto de las obligaciones internacionales). No puede, pues, admitirse, por las consecuencias quizá más graves que se derivarían, una solución intermedia entre estas dos. Es decir, que el único órgano competente para emanar las leyes de ejecución es el Parlamento nacional, a falta de disposiciones que atribuyan tal poder a las regiones, pero que, al propio tiempo, el Estado no puede concluir acuerdos internacionales que incidan en la esfera reservada a la competencia legislativa regional sin violar, con ello, la Constitución.⁸³ Es claro que por esta vía se sustraería a la competencia de los órganos encargados de concluir los tratados y, por tanto, a la dirección de las relaciones internacionales del Estado, toda la materia que atañe a la competencia legislativa de las regiones. Se vendría, así, a abrir un vacío en un sector de importancia vital para el Estado.⁸⁴ El único medio para evitar esta consecuencia paradójica sería el de recurrir al procedimiento de revisión, emanando la ley de autorización a la ratificación del tratado en forma de ley constitucional. Verdaderamente, el problema que examinamos no puede resolverse hasta que no se elimine el equívoco que anida en la tesis, según la cual la publicación, por parte del Parlamento nacional, de la ley de ejecución de un tratado constituiría una invasión de la esfera de competencia normativa de las regiones, cuando el tratado mismo tenga por objeto una materia que pertenece a esta última. Puede ser útil al respecto la consideración comparativa de los problemas que, en los ordenamientos federales, se conectan con la disciplina de la competencia para estipular acuerdos internacionales o emanar las relativas normas de educación. En la solución de estos proble-

⁸³ Por lo demás se observa que también tal solución, al afirmar que el ámbito de poder para concluir acuerdos internacionales coincide con la esfera de atribuciones de la que está investido el legislador estatal, está fundada también en la afirmación según la cual *treaty making power* y poder legislativo están conectados, y ofrece, por tanto, el flanco de las objeciones que de forma más general pueden oponerse a la tesis de las competencias conexas. *Cfr.* La Pergola, *Note sull' esecuzione . . .*, *cit.*, p. 11.

⁸⁴ *Cfr.*, sobre este punto, la famosa decisión del caso *Missouri v. Holland* (1920), 252 U.S. 416, 40, y la afirmación del juez Holmes según la cual la genérica presunción de competencia estatal establecida por la décima enmienda de la Constitución americana a favor de los Estados miembros ("some invisible radiation from the general terms of the 10th Amendment"), no implica que quede cerrada para los órganos centrales la posibilidad de concluir y exigir acuerdos internacionales incluso en la esfera de competencia legislativa local; de otro modo, observa Holmes: "A power which must belong to and somewhere reside in every civilized government is not to be found." Texto y comentario de la decisión en Freud, Sutherland, Howe, Brown, *Constitutional Law Cases and Materials*,² Boston, 1954, p. 1615.

mas la doctrina y (sobre todo en los ordenamientos anglosajones) la jurisprudencia se han inspirado en el criterio, adoptado por el ordenamiento positivo, para repartir las competencias entre autoridad central y autoridades locales, entre gobierno federal y Estados miembros, según el cual, cuando se ha seguido el criterio de la enumeración unilateral (solamente estatal o solamente federal) de las competencias, la explícita atribución de la materia de los asuntos exteriores al gobierno central comporta el poder de promulgar las relativas leyes de ejecución.⁸⁵

Prescindiendo de las diferencias de estructura entre estos ordenamientos y el nuestro, sobre las que no podemos obviamente entretenernos aquí, es importante recordar que entre nosotros se ha adoptado el sistema de la enumeración de los poderes regionales, creando así una presunción de competencia a favor del Estado. De esta forma se explica cómo la tesis, según la cual la región es competente para promulgar las normas de ejecución de los tratados que entran en su esfera legislativa, no tiene base en nuestro ordenamiento. La preocupación de la que parte esta opinión es evidente. Si se atribuye exclusivamente al Estado el poder de concluir los tratados, se consiente que traduzca a la esfera de las relaciones exteriores y, por tanto, someta a su propia competencia materias que, de otro modo, en base al criterio según el cual la competencia legislativa está repartida entre el Estado y las regiones, recaerían en la esfera regional. Estas perplejidades serían justificadas si la atribución al Estado del poder de promulgar las normas dirigidas a introducir en el ordenamiento interno el tratado, que afecta a la esfera legislativa de la región, desorbitase el sistema de reparto de competencias, que es presupuesto por el tipo de descentralización realizado en la Constitución. Así, pues, basta aclarar los términos en que se sitúa la relación entre competencia legislativa estatal y regional, para descubrir cómo esta última consta de *enumerated powers* (para

⁸⁵ V., sobre este punto, Virga, *La Regione...*, cit., pp. 43 y ss., para una apreciable investigación de los criterios que presiden la individualización de los sectores de competencia del Estado y de las regiones; Paladin, *La potestà legislativa regionale*, cit., pp. 87, 112.

Cfr. las interesantes y bien documentadas observaciones de Froesch, *Ausdrückliche und stillschweigende Kompetenzverteilung im Bundesstaat* (diss. Zürich), s. f. (1955), espec., pp. 67-68, que demuestra cómo, en términos generales, la enunciación del criterio, en virtud del cual se reparten el poder normativo y las demás competencias entre Federación y los Estados miembros, es de esencial importancia desde el punto de vista de la técnica legislativa, sobre todo porque sirve para impedir las dudas que de otro modo podrían surgir fácilmente acerca de la presencia de poderes coexistentes en la organización federal; para cualquier observación sobre la evolución histórica de estos problemas, cfr., con especial referencia al artículo 3 de la Constitución de Suiza, *op. cit.*, p. 65.

usar aquí también una expresión de la jurisprudencia anglosajona), es decir, de atribuciones que el intérprete no puede extender fuera de las materias taxativamente atribuidas a la región. Sin proponernos controlar la exactitud de los criterios, en base a los que se construye comúnmente la noción de materia u objeto de una determinada esfera de competencia normativa, nos limitamos a advertir que, en nuestro caso, no sería fácil encuadrar la “materia” de los asuntos exteriores dentro de uno u otro de los esquemas sugeridos por la doctrina, para distinguir los sectores en que se reparte la competencia legislativa del Estado o de la región. Si se ha afirmado con autoridad que para verificar la pertenencia de una determinada materia a la esfera de las relaciones externas es relevante, e incluso decisiva, la circunstancia de que la misma haya sido regulada, concretamente, mediante tratado, se acaba por configurar tal esfera como una materia “acéfala”,⁸⁶ de la que es imposible predeterminar el contenido. De hecho, los tratados pueden tener cualquier contenido y disciplinar también relaciones que no presentan elementos ajenos a las otras actividades del Estado.

Un punto que parece unánimemente admitido a pesar de esta fluidez de conceptos, es que en la materia de los asuntos exteriores, de cualquier modo configurada, debe incluirse la conclusión de los acuerdos internacionales.

Admitiendo como fijo este resultado, es lícito establecer la ulterior conclusión de que la región no puede promulgar normas de ejecución, aun cuando sea limitadamente a aquellos tratados que tienen por objeto materias de competencia de la propia región. La actividad legislativa inherente a la conclusión de acuerdos internacionales (la cual, como hemos establecido, se identifica, o al menos en parte coincide, con la materia de las relaciones internacionales sustraída a la competencia normativa de la región) puede consistir en la emanación de una ley de autorización o de una ley de ejecución de los tratados. Después de todo, no existe motivo alguno para negar a la región competencia para promulgar la norma de ejecución y reconocerle, en cambio, la de estable-

⁸⁶ Kelsen, *Principles...*, cit., p. 405.

“For it is impossible to distinguish the so-called ‘domestic affairs’ from the ‘foreign affairs’ of the state, as two different subject matters of legal regulation. Every so-called domestic affair of a state can be made the subject matter of an international agreement and so be transformed into a foreign affair. The relation between employers and employees, for instance, is certainly an ‘internal relationship within the state’, and its legal regulation a typical ‘domestic affair’. But as soon as a state concludes a treaty with other states concerning the regulation of this relationship, it becomes a foreign affair.”

cer las normas de adecuación. La emanación de la ley de ejecución de *todos* los acuerdos internacionales recae, por tanto, en la competencia de los órganos legislativos estatales, por el simple hecho de que ella no puede incluirse entre la materia reservada a la legislación regional. Otra consideración contra la tesis de la competencia regional, prescindiendo de la ya indicada, consiste en lo siguiente: la competencia para autorizar la conclusión de los tratados, que implican una modificación del ordenamiento legislativo, comporta también la de obtener preventivamente el consenso del legislador estatal, en cuanto órgano competente para garantizar la ejecución de los tratados y para promulgar las relativas normas de adaptación. Se debe añadir que la atribución de competencia legislativa a la región, en un ámbito de esencial importancia para los intereses nacionales, contrastaría con la exigencia fundamental de la unidad del ordenamiento.

Dado, por tanto, que el Estado es competente para promulgar las leyes de ejecución, relativas a los tratados que implican modificaciones de la legislación regional, es preciso señalar en qué situación se encuentran estas leyes. Resulta *de plano* que ellas se sustraen a la posibilidad de derogación o modificación por medio de leyes regionales, no sólo por el límite de las obligaciones internacionales que se establece a la región, sino también por la constatación de que se trata de leyes emanadas en el ámbito de la competencia exclusiva del Estado. Es también dudoso que estas leyes puedan ser derogadas o modificadas por medio de una norma estatal en forma de simple ley ordinaria. La norma con que el Parlamento derogase o revisase una ley anterior, promulgada en ejecución de un tratado relativo a una materia de competencia de la región, no podría considerarse ya como emanación de un poder exclusivo del legislador estatal y, por tanto, encontraría el límite que para la ley estatal se deriva de la competencia legislativa de la región. El legislador puede disciplinar una materia que recaiga en las atribuciones de la región, sólo si la ley que de él emana, en cuanto tal, esté vinculada a la conclusión o a la ejecución de un tratado. La conexión entre ley estatal y tratado puede desaparecer, como se ha advertido, por la extinción del tratado o por la disconformidad de la ley respecto al propio tratado. En la hipótesis aquí considerada la ley estatal dictada en ejecución de un tratado, cuya eficacia ha cesado en el plano del derecho internacional, se encuentra en idéntica situación de cualquier otra ley con la que el Estado disciplina una materia reservada a la región. Según una autorizada corriente doctrinal, la misma

debe considerarse válida sólo cuando el legislador regional no haya desarrollado la propia competencia.⁸⁷

La ley con la que el Estado deroga o modifica una precedente ley de ejecución del tratado, colocada en los límites de la competencia del legislador estatal, no puede incidir en general sobre materias que, prescindiendo de la hipótesis en que la ley estatal se vincula con la norma internacional, recaen en la esfera de competencia exclusiva de la región. Ella no está, por tanto, en disposición de producir sus propios efectos en el ámbito del ordenamiento regional. Esto conduce a pensar que las normas de adaptación a la particular categoría de tratados, de que hemos hablado, se sustraen a la posibilidad de derogación mediante ley ordinaria. Y ya que, fuera de la hipótesis particular de la conexión del tratado con la ley estatal de ejecución, debe aplicarse el criterio general que preside en nuestro ordenamiento el reparto de las competencias legislativas entre Estado y región, entendemos que para modificar o extinguir la norma establecida con el tratado, son necesarios dos actos distintos: uno del Estado y otro de la región, y que estos últimos emanen de las respectivas esferas de competencia territorial, en orden a la materia que formaba objeto del tratado. Todo lo cual se entiende dejando a salvo la posibilidad de la derogación de las leyes de ejecución del tratado que venga como consecuencia de un nuevo acuerdo internacional (que sustituye o modifica al primero).

Inútil es añadir que en todas estas hipótesis, como en cualquier otra, la derogación o modificación de las leyes de ejecución debe estimarse siempre posible mediante leyes de revisión constitucional.

En conclusión, la posición del límite a la ley regional, aquí examinado, implica que las normas promulgadas por el legislador estatal, para adaptar el ordenamiento interno a los tratados que afectan a sectores de competencia de la región, se colocan, en el sistema de fuentes, en una situación particular.

Estas normas no pueden ser derogadas o modificadas con ley ordinaria si no es a través de la modificación o revisión de un tratado, precedentemente concluido, y la promulgación de nuevas normas de ejecución. En todo caso queda la posibilidad de recurrir al procedimiento de revisión constitucional. Por otro lado, dado que el poder de concluir y ejecutar los tratados internacionales debe desarrollarse en los límites de la Constitución, los mismos no pueden modificar las normas cons-

⁸⁷ V. Mortati, *Istituzioni* 4. . . , cit., p. 666.

titucionales.⁸⁸ Así encuentra aquí una puntual verificación cuanto se ha dicho a propósito de las fuentes atípicas.^{88 bis}

11. *El artículo 10 y la importancia de las derogaciones, mediante tratado, de las normas de derecho internacional general: a) Notas sobre la extensión del esquema conceptual de la norma dispositiva al derecho internacional*

Hay un aspecto de la problemática de la adaptación al derecho internacional que nos parece que no ha sido todavía estudiado y sobre

⁸⁸ Sin embargo podría suponerse que la hipótesis de la derogación y aquella de la modificación deben considerarse distintas en el sentido de que, derogando las normas dadas en ejecución de un acuerdo precedente, el Estado no invadiría, sino que liberaría el campo reservado a la competencia del legislativo regional. Sobre los argumentos que pueden aducirse para sostener este punto de vista, *cfr.* La Pergola, *Note sull' esecuzione...*, *cit.*, pp. 39 y ss.

^{88 bis} Por motivos obvios de espacio hemos omitido la consideración de si la conclusión a la que llegamos en el texto debe juzgarse firme incluso en la hipótesis de que se trata de dar ejecución a una pluralidad de acuerdos internacionales que encajan en una de las categorías examinadas antes (por ejemplo, los acuerdos relativos a la condición jurídica del extranjero o a materias de competencia del legislador regional) y que se encuentran en conflicto entre sí.

Suponemos que Italia ha concluido diversos acuerdos culturales (que tienen como objeto la instrucción elemental —materia, como es sabido, de competencia de las regiones—) asumiendo los mismos compromisos en relación con un cierto Estado, y sucesivamente, en relación con otros firmantes. Una parte de la doctrina parece orientada en el sentido de que, dado un conflicto entre dos o más normas (*cfr.* acerca de los extremos lógicos del conflicto entre normas internacionales, Kelsen, *The Law of the United Nations*, *cit.*, pp. 113-114, con referencia, en especial, al artículo 103 del Estatuto de la ONU; en la literatura menos reciente, Monaco, “L’abrogazione delle norme giuridiche internazionali”, en *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, III, Padua, 1940, pp. 240-241. Sobre la distinción entre derogación y conflicto, Rousseau, “De la compatibilité des normes juridiques contradictoires dans l’ordre internationale”, en *RGDI*, 1952, espec. pp. 157 y ss., para una lúcida distinción y un análisis de las varias figuras de conflicto, Morelli, “Norme dispositive di diritto internazionale”, en *RDI*, 1932, pp. 492-493; sobre las varias soluciones planteadas por la doctrina, *cfr.*, por todos, Quadri, *Diritto internazionale pubblico*,³ *cit.*, pp. 146-147), todas las normas compatibles deben considerarse válidas; pero el Estado que haya asumido las mismas obligaciones en relación con firmantes diversos, se encuentra en condiciones de poder cumplir uno solo de los diversos acuerdos que figuran en la hipótesis ahora mismo indicada. De ahí la consecuencia de que la ejecución de un acuerdo implicaría necesariamente la infracción de los demás y, por tanto, el cumplimiento de un acto internacionalmente ilícito. Así construida, la situación en la que se encuentra el Estado que ejecuta un acuerdo internacional, violando implícitamente otros acuerdos, incompatibles con este último, puede describirse en los términos siguientes: el comportamiento del Estado es cualificado y considerado como ilícito por el derecho internacional, sin que se sancione la invalidez del acto jurídico en el que se concreta tal comportamiento. En este lugar interesa precisar de qué modo tal situación se toma en consideración por las

el cual conviene fijar nuestra atención, a tenor de las consideraciones que preceden. Según la tesis que creemos condidir, el artículo 10 tiene la naturaleza de una norma sobre la producción jurídica, la cual contempla los hechos idóneos para crear, modificar o extinguir las normas internacionales consuetudinarias; idóneos igualmente para crear, modificar o extinguir las normas correspondientes del derecho interno.

normas internas que regulan la ejecución de los acuerdos internacionales. Se ha dicho que, al menos cuando el acuerdo afecta a materias atribuidas a la competencia de las regiones, la ley de ejecución ocupa en el sistema de las fuentes una posición diferenciada respecto a la de las leyes ordinarias. Queda por ver si se puede reconocer esta misma eficacia a la ley de ejecución también en el caso de que dicha ley, refiriéndose a un acuerdo incompatible, en el sentido indicado, con un acuerdo precedente, revista el carácter de acto internacionalmente ilícito. Las soluciones lógicas y abstractamente posibles a este respecto son diversas. En primer lugar se puede sostener que nuestro derecho interno no sólo ha prescrito con el artículo 10 de la Constitución la invalidez de las normas que se separan del derecho internacional evocado (derecho internacional general), sino que además ha establecido que los órganos encargados de la dirección de los asuntos exteriores están obligados constitucionalmente a cumplir las obligaciones internacionales (para evitar que el comportamiento propio pueda implicar una situación de ilicitud o de responsabilidad internacional del Estado). El artículo 10, así entendido, tendría el significado de cualificar la actividad internacionalmente ilícita del Estado como actividad ilícita para el derecho constitucional y de someter, en consecuencia, los órganos responsables del ilícito internacional a las sanciones que nuestro ordenamiento atribuye a la violación de la Constitución. Si el precepto constitucional fijado en el artículo 10 se interpreta en el sentido indicado, se puede sostener también que ha formulado implícitamente un canon hermenéutico relevante para la solución del problema que se examina. En efecto, dadas dos normas, una de las cuales deriva de un comportamiento internacionalmente ilícito del Estado y la otra no, el intérprete —antes de aplicar una en vez de la otra— debería declarar, en primer lugar, que la ley dada en ejecución de un acuerdo internacional, incompatible con un acuerdo concluido con anterioridad, constituye un ilícito internacional; en consecuencia, debería negar también que ésa pueda estar en condiciones de sustituir o modificar la ley dada en ejecución del primer acuerdo. Por otra parte, no se puede decir que la solución ahora indicada valga para asegurar que se reconozcan como válidos sólo los actos jurídicos internos a los que corresponde un comportamiento internacionalmente ilícito del Estado. Supóngase, en efecto, que nuestro Estado ha concluido acuerdos incompatibles respectivamente con el Estado B y con el Estado C, pero que no ha dado ejecución a ninguno de ellos. En tal caso —siguiendo siempre la opinión indicada— el Estado se mantiene absolutamente libre de cumplir un acuerdo en lugar del otro: cualquier conducta dirigida a obligarse no podrá evitar el cumplimiento de un ilícito internacional. Cumpliendo sólo uno de los dos acuerdos, el Estado transgrediría necesariamente el otro; incurriría igualmente en un ilícito omitiendo la ejecución de uno u otro acuerdo. Añádase que el artículo 10 (porque dispone de la validez de la norma, a la que debe adecuarse nuestro ordenamiento, sea valorada desde el punto de vista del ordenamiento internacional) no puede haber excluido que el ordenamiento interno deba adecuarse a un acuerdo que el derecho internacional considera plenamente válido, por el simple hecho de que tal acuerdo es fuente de obligaciones incompatibles con otros compromisos asumidos, con anterioridad o sucesivamente, por el mismo Estado. Todo esto, bien entendido,

La investigación más importante y delicada que el intérprete debe llevar a cabo consiste, por tanto, en individualizar cuáles son los hechos creativos, modificativos o extintivos de las normas internacionales, porque el artículo 10 refiere a ellos, precisamente, la inserción automática de las normas de adaptación.

siempre que se parta de la premisa conforme a la cual el ordenamiento internacional considera igualmente válidos todos los tratados que se encuentran en una situación de conflicto. Si, por el contrario, se sostiene que el derecho internacional resuelve de otro modo el conflicto entre normas convencionales (prescribiendo, *ad ex.*, la invalidez de las normas incompatibles o de una de ellas: *cf.* Quadri, *op. loc. ult. cit.*; Moreli, *op. ult. cit.*, p. 489, nota 2), es necesario llegar a la conclusión opuesta y señalar que nuestro ordenamiento se adapta solamente a las normas internacionales cuya ejecución constituye, siempre desde el punto de vista del derecho internacional, un acto lícito. Este no es el lugar más oportuno para indagar si —como postula una de las soluciones antes enunciadas y la otra, por el contrario, necesariamente excluye— la invalidez e ilicitud son, para el derecho internacional, figuras o criterios de cualificación *normalmente* diferentes. Nos limitamos aquí a constatar que en nuestro ordenamiento falta cualquier apoyo textual para sostener el principio según el cual deben considerarse válidas solamente aquellas leyes de ejecución que se concretan en una actividad del Estado internacionalmente lícita. Un criterio semejante, en cuanto tiene un significado restrictivo o limitativo, debería haberse enunciado explícitamente. La Constitución, por el contrario, guarda silencio al respecto. Admitido, pues, que el artículo 10 regula la conducta del Estado como sujeto de derecho internacional, queda simplemente por observar que no se puede, sin un salto lógico, inferir de la regla, que vincula determinados órganos estatales a seguir un comportamiento internacionalmente lícito, la consecuencia de que las normas estatales, emanadas en violación de esta regla, estén sujetas a la sanción de invalidez en el derecho interno. Las normas de ejecución de los tratados internacionales, que desde el punto de vista del derecho internacional deben considerarse actos ilícitos, son, sin embargo, normas plenamente válidas para el derecho interno. Una vez establecido esto, la solución más lógica y mejor aplicable, siempre que surja un conflicto entre las leyes emanadas en ejecución de tratados incompatibles, parece aquella de adoptar el criterio prefijado por el ordenamiento interno para resolver la diferencia entre las fuentes dotadas de igual eficacia (*lex posterior derogat priori*). Consideramos, no obstante, que la aplicación de éste o de principios semejantes es admisible con una doble advertencia: en primer lugar es necesario aclarar que esto no contradice sino que confirma el resultado al que hemos llegado en el texto, a saber, que las normas de ejecución de la particular categoría de acuerdos, objeto de nuestro estudio, están colocadas, como ya hemos precisado, en un plano distinto de aquel del de las leyes ordinarias. Es cierto que la norma de ejecución de un acuerdo puede ser extinguida o modificada, en el caso concreto de que el acuerdo mismo esté en conflicto con otros acuerdos internacionales, mediante una norma dirigida a cumplir uno de los acuerdos compatibles con aquel al que la ley, que es extinguida o derogada, estaba conectada sin necesidad, pues, de recurrir a uno u otro de los dos procedimientos que antes hemos indicado como los únicos idóneos para modificar o extinguir las normas de ejecución (de un lado el procedimiento de revisión constitucional y de otro el procedimiento que consiste en modificar o extinguir el acuerdo por las vías previstas en el derecho internacional, *ad ex.*, mediante *contrarius consensus* de los firmantes haciendo ejecutivas las modificaciones o la extinción así actuada con una norma interna que a su

En esta línea hay, pues, que considerar si el problema de la adaptación al derecho convencional puede plantearse, fuera de los casos de los que hemos tratado ya, sobre la base del mismo artículo 10, apartado 1o.

La teoría según la cual el dispositivo de adaptación automática al

vez deroga o limita la ley de ejecución del acuerdo originario). La explicación de este fenómeno debe buscarse en el hecho, demasiado conocido para que aquí se deba insistir en él, de que —mientras el derecho internacional no ha configurado todavía un sistema de sanciones tal que el conflicto entre normas implique necesariamente la invalidez y la publicación de una de las normas incompatibles— el derecho interno o, al menos, nuestro derecho ha sancionado el principio opuesto, principio que, por lo demás, está sostenido y justificado por la diversa realidad institucional y por la más completa organización de controles sobre los actos jurídicos y las normas, propias del ordenamiento estatal. Excluido, por un lado, que la norma de ejecución, que figura como acto internacionalmente ilícito, debe considerarse inválida o, en general, no idónea para producir los efectos propios de las leyes ordinarias en el derecho interno y, por otro lado, que en este último ordenamiento puedan coexistir disposiciones incompatibles, es necesario insistir en la solución que hemos sugerido. Que después tal solución no esté, en modo alguno, en contraste con la tesis acogida por nosotros con el fin de individualizar la posición de las normas de ejecución en el sistema de las fuentes, resulta claro sólo con considerar que la necesidad de dar aplicación a normas internacionales, incompatibles pero igualmente válidas, puede presentarse *cualquiera que sea la posición asignada por el ordenamiento interno a las normas de ejecución*, y esto se da incluso cuando a estas últimas se les reconozca una eficacia no sólo diferenciada bajo ciertos aspectos de la eficacia de la ley ordinaria, como nosotros sostenemos, sino incluso igual a la de las normas constitucionales. La otra advertencia se refiere a los límites dentro de los que queda circunscrito el problema que examinamos. La doctrina internacionalista no niega, en general, que la invalidez e ilicitud, incluso cuando son concebidas como figuras de valoración normalmente diferenciada, puedan coincidir y que un acto, internacionalmente ilícito, sea calificado también como inválido. Esto tendría lugar, por ejemplo, según una autorizada opinión, cuando un tratado, además de calificar como ilícito el comportamiento de los Estados firmantes en violación de las normas establecidas por aquél, dispusiera la invalidez de los acuerdos en los que se ha exteriorizado el comportamiento (para otros casos, *cfr.* Quadri, *op. loc. ult. cit.*).

Naturalmente, las observaciones que hemos hecho hasta el momento pueden extenderse también a los casos en que una norma convencional se halle en conflicto con una regla de derecho internacional general siempre dentro de los límites en que se asuma que tal conflicto comporta la invalidez de la regla convencional que se separa del derecho internacional consuetudinario. Por ello está claro que el problema puede producirse en este caso y en las demás hipótesis antes consideradas solamente si se admite la existencia, en el seno del ordenamiento internacional, de una categoría de normas de obligatorio cumplimiento y si se afirma no sólo la ilicitud del comportamiento que contravenga tales reglas, sino también la invalidez de las normas en las que se concreta el comportamiento ilícito; se trata aquí de aspectos generalmente olvidados por la doctrina que se ha ocupado del fenómeno de la adaptación. *Cfr.*, no obstante, Astolfi, *op. cit.*, pp. 250-251; Ruini, "Considerazioni riguardo l'attuale rilevanza del Memorandum d'intesa di Washington sui beni tedeschi in Italia", en *FI*, 1956, p. 617, nota 34, p. 618, nota 36.

derecho internacional general se extiende al derecho internacional convencional, ya que entre las normas de derecho internacional generalmente reconocidas entraría también la norma *pacta sunt servanda*, debe ser rechazada sin lugar a dudas, como se ha visto.

Por tanto, debemos partir de la posición, acogida generalmente por la doctrina, según la cual el artículo 10 se limita a organizar la adaptación del derecho interno al derecho internacional general.

Sin embargo, no parece que la doctrina haya fijado su propia atención en un problema que, como aclararemos en seguida, destaca —a nuestro juicio— por la denotación exacta del fenómeno de la adaptación de nuestro ordenamiento al derecho internacional.⁸⁹

Ahora se afirma con mucha insistencia —y no sólo por parte de quien configura el artículo 10 como una norma sobre la producción jurídica— el carácter de totalidad que distinguiría, esencialmente, el procedimiento previsto por la norma que examinamos. A la vez, se piensa que se puede considerar como automático tal procedimiento, en cuanto que él es capaz, sobre todo, de asegurar la conformación del ordenamiento estatal a cualquier variación o modificación de las normas internacionales.

Se puede afirmar, con toda seguridad, que entre los hechos creadores, modificadores y extintivos de las normas internacionales —a las que el artículo 10 vincula la producción de las correspondientes normas internas de adaptación— está, en primer lugar, la costumbre en contrario, entendida esta última como extinción o sustitución de una norma consuetudinaria por otra. Y es, también, una afirmación pacífica que entre los hechos idóneos para modificar la costumbre internacional deben ponerse aquellos de los cuales la ordenación internacional deriva no ya la modificación o la extinción, sino la suspensión de las normas consuetudinarias. Un ejemplo, por lo que respecta a esto último, podría ser ofrecido claramente por la incidencia de la guerra sobre la eficacia de las normas consuetudinarias, las que dejan de ser aplicadas en las relaciones entre los beligerantes durante el periodo bélico: la guerra se convierte aquí, verdaderamente, en hecho idóneo para determinar la suspensión de la costumbre internacional.⁹⁰

⁸⁹ Cfr. Literatura citada *supra*, p. 296, nota 53.

⁹⁰ No está claro que el problema, que abordamos en el texto, se haya tomado en consideración por la doctrina que ha prestado especial atención a las relaciones entre el derecho internacional general y el derecho convencional. Desde el punto de vista de la adaptación se ha prestado mayor atención a la hipótesis de un tratado que codifica, reproduce, desenvuelve o integra las reglas consuetudinarias traídas a colación con el derecho interno (cfr., Migliazza, *Convenzioni internazionali e Costituzione*, cit., p. 178; Capotorti, en "Problemi...", cit., CS, V. p. 393 (con

La hipótesis que —como advertíamos anteriormente— queremos considerar más específicamente, por el indudable interés que reviste para la reconstrucción sistemática de estos fenómenos, es, sin embargo, la de un hecho modificativo, del cual resulta la variación del contenido de las normas internacionales: hecho constituido por un acto (o hecho en sentido estricto) idóneo no ya para modificar, extinguir o suspender la eficacia de las normas internacionales, sino para derogarlas.

Así, formulado el problema, consiste en buscar si en el derecho internacional existe una categoría de normas técnicamente calificables como normas derogables o, usando una expresión corriente, normas dispositivas.

El tratamiento en profundidad de tal problema nos conduciría, sin embargo, mucho más allá del fin principal que nos mueve aquí a mencionar, sin pretender agotarlos, solamente algunos aspectos esenciales, en vista de las particulares consecuencias que se pueden sacar de ellos, para nuestra investigación.

Los estudiosos del derecho internacional, sobre todo nuestra doctrina, parecen condicionar el concepto de norma dispositiva generalmente acogida en la dogmática del derecho interno.⁹¹ Naturalmente, la problemática suscitada por esta noción, usada para la clasificación de normas internacionales, se presenta más compleja y en parte divergente, dado el sistema de las fuentes propias de este último ordenamiento.

Son bien conocidas las implicaciones de naturaleza lógica y filosófica que, en términos de teoría general, se derivan a este respecto de la contrastada admisibilidad de una categoría de normas permisivas a las que pueden ser reconducidas las normas dispositivas.

Es fácil constatar que en la construcción técnica del concepto de norma dispositiva se refleja a menudo la dificultad de conciliar, con las formulaciones corrientes de la concepción imperativa de la norma jurídica, la existencia de una función permisiva del derecho; y no se puede negar que, en muchos casos, el procedimiento de reducción de lo per-

referencia a la jurisprudencia); y en la doctrina extranjera Scholtissek, *op. cit.*, p. 42; y las observaciones más generales de De Visscher, “Coutume et traité en droit international public”, en *RGDI*, 1955, pp. 353 y ss.; Kunz, “The Nature of Customary International Law”, en *AJIL*, 1953, pp. 662, 669; Lauterpacht, “Codification and Development of International Law”, en *AJIL*, 1955, pp. 16, 43), o bien (*supra*, nota 80 ter), la hipótesis, inversa a aquella considerada en el presente párrafo, de los tratados que se encuentran en conflicto con el derecho internacional convencional (*cfr.*, por todos, sobre este último punto, Ruini, *op. cit.*, p. 618, nota 36).

⁹¹ Sobre el concepto de norma dispositiva en general, v. Ferrara, *Trattato di diritto civile italiano*, *cit.*, pp. 59 y ss., Mortati, *Istituzioni*⁵. . . , *cit.*, p. 18.

mitido a lo obligado resulta artificioso.⁹² Por otra parte, no parece que apoyándose en la existencia de normas permisivas (entendidas genéricamente como determinativas de una esfera de licitud, junto a las esferas de lo mandado y de lo prohibido) se consiga alcanzar la demostración —a la cual se tiende— de lo erróneo de la concepción del derecho como norma, o sea como imperativo. Añadiremos que no convence, además, la tentativa de elevar *sic et simpliciter* a principio formal de calificación jurídica el postulado según el cual —no pudiendo admitirse acciones o comportamientos indiferentes en sí mismos al derecho— debe entenderse jurídicamente relevante, en virtud de la autónoma función permisiva del derecho, lo no prohibido y no mandado.⁹³ Este resultado no se puede afirmar en líneas generales porque depende de la estructura del ordenamiento considerado específicamente; es perfectamente

⁹² Sobre estos procedimientos en general, *cfr.* Esposito, *Lineamenti di una dottrina del diritto*, Fabriano, 1930, cap. II, n. 16 y ss., y de la literatura allí citada, véase especialmente, Del Vecchio, *Il concetto del diritto*, Bolonia, 1912, pp. 85 y ss. (*Lezioni di filosofia del diritto*,⁷ 1950, pp. 224-225).

⁹³ El principio lógico del tercio excluido que es invocado más o menos implícitamente con el fin de eliminar la posibilidad de acción o conducta jurídicamente indiferentes, o sea, no calificadas *sub specie iuris* (véase, por ejemplo, Levi, *Lecito, illecito non tutelato*, en *Saggi di teoria del diritto*, Bolonia, 1924, IV, pp. 136 y ss.; Fuchs, “Lex permissiva. Indifferenzstandpunkt, rechtsleherer Raum, Lückenfrage”, en *RITD*, 1926, especialmente, pp. 198 y ss.), es un principio lógico, y no normativo. El principio según el cual lo que no está prohibido o mandado está jurídicamente permitido, se reduce a una formulación negativa del principio ontológico de entidad (él equivale, efectivamente, a las dos afirmaciones siguientes: “lo que está permitido está jurídicamente permitido”; “lo que está prohibido está jurídicamente prohibido”). *Cfr.* en este sentido, por último, García Máynez, “Principios generales del derecho (normativos y no normativos)”, en *Studi in memoria di Calamandrei*, Padua, 1958, vol. I, pp. 339 y ss.; *cfr.*, también, Virga, *Libertà giuridica e diritti fondamentali*, Milán, 1947, pp. 30 y ss., pp. 41 y ss. El principio de que lo que no está prohibido está jurídicamente permitido presupone, por tanto, el conocimiento previo de la cualificación del comportamiento. Lo que no excluye, naturalmente, la admisión de una norma permisiva cuando exista una norma que expresamente consienta determinados tipos de conducta. Sólo que el principio del que hablamos no puede ser asumido por sí mismo *a priori* como criterio de complemento de dichas lagunas, es decir, como instrumento de cierre del ordenamiento jurídico. Es inútil añadir que el aspecto aquí considerado de lo lícito en sentido objetivo no se confunde con la noción de lo lícito propia de la filosofía del derecho postkantiano. Lo lícito en este sentido es propio del derecho, lo que lo distingue de la moral. *Cfr.* Rava, A., *Il diritto come norme tecnica*, ahora en *Diritto e stato nella morale idealistica*, Padua, 1950, I, p. 7.

El principio de la plenitud del ordenamiento no está admitido sin controversias por la doctrina internacionalista. *Cfr.*, en sentido afirmativo, Kelsen, *Principles...*, *cit.*, p. 783; *The Law of the United Nations*, *cit.*, p. 198. En contra, Giuliano, *I diritti e gli obblighi degli Stati*, *cit.*, p. 13; *cfr.* las perplejidades manifestadas por Barile acerca de “el demasiado fácil expediente dogmático de la norma negativa de cierre” (*Diritto internazionale e diritto interno*, *cit.*, p. 26).

concebible un sistema de normas que no deja margen a la iniciativa de los sujetos, en el sentido de que la conducta de estos últimos, en todas sus determinaciones, debe considerarse sujeta a la norma y, por tanto, al deber.⁹⁴

Mirándolo bien, sin embargo, la cuestión concerniente a la existencia de normas dispositivas, como subespecie de las normas permisivas, al menos por lo que respecta a la estructura técnica de ese tipo de normas, puede ser correctamente considerada sin penetrar en las graves discusiones de las que se ha hablado antes. La investigación acerca de los modos de el derecho y la función permisiva del mismo, según el método que parece lógicamente más coherente, es considerada distinta del problema relativo a la existencia de disposiciones, cuyo único efecto es el de crear un permiso; o sea, normas exclusivamente permisivas.⁹⁵ Y, viceversa, no obstante la enérgica reafirmación de la naturaleza imperativa —como nota indefectible de toda norma jurídica—, se admite que en todo ordenamiento sea posible individualizar una clase, más o menos amplia, de normas permisivas junto a las imperativas.⁹⁶

Planteado esto, nos parece que la función típica de la norma dispositiva se pone de relieve más en relación al concepto del *posse*, del *können* jurídico,⁹⁷ que al de *lícito*. Por tanto, se explica cómo, según un convencimiento difundido, la categoría tiene una aplicación predominante, si no excesiva, en el ámbito del derecho privado,⁹⁸ donde la esfera de lo lícito tiende a coincidir con el reconocimiento de un poder de autonomía conferido a los sujetos y, por consiguiente, de modificación de la disciplina legal de las relaciones;⁹⁹ y cómo, en consecuencia, se le reconoce valor decisivo, por la determinación del mismo concepto de norma dispositiva, al medio técnico que lleva a cabo la derogación: el negocio jurídico privado. Esta limitación no se puede considerar plenamente justificada, como en seguida se precisará. Pero,

⁹⁴ Cammarata, *Limiti tra formalismo e domatismo nelle figure di qualificazione giuridica*, Catania, 1936, p. 638.

⁹⁵ Así, principalmente, Esposito, *Lineamenti...*, cit., n. 13, pp. 39 y ss.

⁹⁶ Vid. el tratamiento reciente de Bobbio, *Teoria della norma giuridica* (lit.), Turín, 1958, pp. 151 y ss.

⁹⁷ Sobre estos puntos *cf.* ya las observaciones de Thon, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, Weimar, 1878, p. 347.

⁹⁸ Vid., sin embargo, Ferrara, *op. cit.*, p. 62.

⁹⁹ Sobre las relaciones entre poder y autonomía, algunos principios interesantes recientemente en Ferri, L., “Norma e negozio nel quadro dell’autonomia privata”, en *RTDPC*, 1958, pp. 72 y ss. (y ahora en *L’autonomia privata*, Milán, 1959, p. 33), y en Jurt, *op. cit.*, p. 11, con amplias referencias al problema del fundamento de la autonomía privada.

entre tanto, sería, si no erróneo, carente de todo interés constructivo un concepto de norma dispositiva, según el cual fueran entendidas como tales todas las normas que atribuyen a los sujetos el poder de producir, mediante declaración de voluntad, efectos jurídicos.^{99 bis}

Una norma de tal contenido debe considerarse, efectivamente, presupuesta siempre por la norma derogable, por la consideración misma de que aquí se atribuye a la voluntad privada el efecto específico de sustituir una regulación diversa a la prevista por la norma dispositiva.

Hemos dicho que la doctrina internacionalista se mueve desde la noción corriente que caracteriza a la norma dispositiva, como aquella que regula una relación determinada sólo si la voluntad privada no ha dictado una regulación divergente. La norma absoluta u obligatoria se contrapone también aquí a la norma dispositiva, en cuanto que ella se impone a la voluntad de los sujetos y no puede ser sustituida por una regulación contractual diversa.¹⁰⁰

^{99 bis} Morelli, "Norme dispositive di diritto internazionale", en *RDI*, 1932, p. 390, que revela justamente lo vano del concepto en estos términos entendido por Radnitzsky ("Dispositives Völkerrecht", en *OZOR*, 1914, pp. 656 y ss.). Una norma de este contenido, en general, se coloca como fundamento del mismo fenómeno de la autonomía privada, sobre todo en las construcciones normativas del negocio. Sobre el concepto de *Ermächtigungsnorm*, *vid.*, Manigk, *Das rechtswirksame Verhalten*, Berlín, 1939: "jede Lex dispositiva setzt notwendig die grundsätzliche Ermächtigung zur privatautonomen Gestaltung des normierten Rechtsverhältnisses voraus hinter der die Lex zurücktreten will" (*op. cit.*, p. 37). Hay que anotar que aceptando las premisas propias de las concepciones normativas del negocio jurídico privado (sobre las cuales han tratado últimamente Romano (Salvatore), *Autonomia privata*, Milán, 1957, pp. 2 y ss.; Ferri, L., *Norma e negozio...*, *cit.*, pp. 38 y ss.), decae toda razón válida para distinguir la hipótesis de norma derogable mediante negocio de la de una norma derogable mediante hecho de producción jurídica propugnada en el texto, siguiendo a Morelli, *Norme dispositive...*, *cit.*, p. 399.

¹⁰⁰ La doctrina, generalmente, reconoce que la mayor parte de las normas de derecho internacional general tienen carácter dispositivo: *cfr.* Verdross, *Völkerrecht*, *cit.*, p. 79, según el cual el fenómeno del *ius cogens* es un fenómeno excepcional y está representado por disposiciones individuales aisladas (mejor, principios; por ejemplo, de la libertad de los mares, los principios fundamentales constitucionales relativos a la subjetividad internacional y a la organización de las fuentes, etcétera), y en el mismo sentido, Ago, *Lezioni di diritto internazionale*, *cit.*, pp. 57 y ss. Para una crítica al planteamiento del problema en Verdross, *vid.* Heydte, "Die Erscheinungsformen des zwischenstaatlichen Rechts, Jus cogens und Jus dispositivum im Völkerrecht", en *ZfV*, 1932, pp. 467 y ss., párrafo 4, con desarrollos útiles en torno a los criterios de clasificación de las diversas normas dispositivas. Para una delimitación del concepto de *ius cogens* en derecho internacional, *vid.* Ziccardi, *La costituzione...*, *cit.*, pp. 424 y ss. Sobre la configuración que el concepto de las normas dispositivas viene a asumir en relación al sistema de las fuentes del derecho internacional, *vid.* Perasi, *La teoria...*, *cit.*, pp. 300-301, quien insiste sobre el necesario lazo de unión entre el fenómeno de la derogación y el medio técnico (negocio jurídico) con el cual es llevada a cabo y rechaza, consecuentemente, la

Se ha dicho con más precisión que en la hipótesis de una norma dispositiva concurren dos disposiciones normativas diversas, la primera de las cuales considerada en sí misma prevé una relación determinada, prescindiendo de la regulación que pueda hacerse de ella mediante el negocio jurídico, mientras que la otra contempla un negocio jurídico como un hecho idóneo para llevar a cabo la derogación de la norma maleable. Se admite, además, otra figura de norma derogable: la llamada norma suplementaria,¹⁰¹ la cual presupone también la existencia de otra norma de la que se deriva la eficacia del negocio jurídico; eficacia que ella integra en los límites en los que la regulación predispuesta por los sujetos interesados resulte incompleta o con lagunas.

Podemos constatar así que, también, según este esquema conceptual, un rasgo relevante de la norma dispositiva es el que la derogación se lleve a cabo por medio de un negocio jurídico (el fundamento del carácter derogable de la norma, como se ha visto, se individualiza en el ámbito de la autonomía privada). Sin embargo, es necesario añadir que el fenómeno —según esta doctrina—¹⁰² es sustancialmente el mismo, cuando el medio por el cual se lleva a cabo la derogación está constituido por un acto unilateral o por un acto que se considera solamente como hecho jurídico en sentido estricto; o también por un acto que emana de un órgano estatal; acto que es contemplado por el ordenamiento como hecho de producción jurídica, dotado, sin embargo, de eficacia distinta e inferior respecto a la de la norma derogable. Está claro, efectivamente, en relación a esta última hipótesis, que una ley que sea derogada por otra ley no podría, sólo por esta razón, ser considerada como norma maleable. La derogación resultaría aquí de la emanación de una norma que tiene igual eficacia que la de la norma derogable; pero dada la igualdad o equivalencia de rango entre norma derogante y norma derogada, la derogación constituye en este caso un

aplicabilidad de la categoría a las normas de derecho internacional. Cavaglieri, "Concetto e caratteri del diritto internazionale generale", en *RDI*, 1921-22, p. 490; Anzilotti, *Corso...*, *cit.*, pp. 90 y ss., según el cual el fenómeno de la derogación en el derecho internacional queda confinado a la hipótesis de un tratado general, que es derogado mediante acuerdos particulares entre los Estados firmantes y, por tanto, de común asenso. Sobre la tesis de Anzilotti, *vid.*, Heydte, *op. cit.*, p. 569, nota 1, y más recientemente, Morelli, *Nozioni...*, *cit.*, pp. 60 y ss.

¹⁰¹ Cfr. Morelli, *Nozioni*, *cit.*, pp. 64-65, y la perspicaz definición de Dahm, *op. cit.*, p. 6: "Teil VR —das ergibt sich schon aus seinem Begriff— geht gemeinern VR vor. Dieses stellt sich als das subsidiär geltende Recht gegenüber dem besondern VR dar, dessen Lücken durch das universale VR ausgetüllt werden. Es gibt aber auch zwingende VR Normen allgemeiner Natur, die den Vorrang auch vor den völkerrechtlichen Verträgen beanspruchen dürfen."

¹⁰² Morelli, *op. cit.*, pp. 390-391.

efecto, por decirlo así, natural y típico de la posición de una ley que sustituye a una ley anterior, la cual, igual que podría abrogar esta última y extinguirla completamente, puede de la misma manera suspender la eficacia derogándola en un caso particular.¹⁰³

Es diferente el caso en que la norma que lleva a cabo la abolición de la norma dispositiva, no sería por sí misma idónea, teniendo en cuenta su eficacia normal para abrogar esta última, ya que está dotada de una eficacia menor que la norma dispositiva, porque está subordinada a ella en la escala de las fuentes normativas.¹⁰⁴ Este aspecto es considerado por la doctrina que postula la necesidad de que el sujeto que promulga sea diferente del que lleva a cabo la derogación, precisamente con el fin de poner de relieve que, derogación en sentido estricto, se tiene cuando las dos normas —la norma derogable y la que la deroga— no puedan considerarse fungibles o equivalentes y están, en cambio, jerárquicamente ordenadas. Lógicamente, eso implica que, donde el hecho idóneo para llevar a cabo la derogación consista en un acto jurídico o en una norma, éste es tomado en consideración por dos normas distintas sobre la producción jurídica. Ante todo, por la que le atribuye cualidad de hecho de producción jurídica o —lo que es lo mismo— idoneidad para producir determinadas consecuencias jurídicas, que individualizan su eficacia típica; en segundo lugar, por la norma sobre la producción que acompaña a la norma derogable y por la cual se le atribuye la eficacia —distinta y posterior respecto a la que posee en cuanto hecho de producción jurídica— de derogar otra norma superior.

Obrando con estos esquemas en el plano del derecho internacional es necesario establecer, en la hipótesis que nos interesa, si la derogación de una norma consuetudinaria mediante una norma convencional puede reconducirse a la noción de derogación en sentido técnico.

La solución de la cuestión depende, como debería estar ya claro, del modo en que se configure la relación entre acuerdo y costumbre, y del orden en que el uno y la otra sean colocados en el sistema de las fuentes del derecho internacional.

El problema no subsiste, obviamente, en caso de que la costumbre se establezca como acuerdo tácito. Siguiendo esta orientación se llega

¹⁰³ Sandulli, *Legge, forza di legge, valore di legge, cit.*, p. 272, el cual, como sabemos, describe la idoneidad para innovar el orden legislativo preexistente, como fuerza propia y típica de la ley.

¹⁰⁴ Sobre las relaciones entre el fenómeno de la norma dispositiva y la jerarquía de las fuentes, *cfr.*, De Giovanni, *Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico*, Nápoles, 1958, pp. 70-71.

a eliminar toda distinción sustancial entre las dos fuentes. Si la costumbre se resuelve en el acuerdo tácito, debe considerarse que su propia eficacia se deriva de la norma *pacta sunt servanda*, sobre la cual, como sabemos, reposa la eficacia obligatoria de todo tratado. La derogación convencional de las normas consuetudinarias no se distinguiría lógicamente, por esta vía, de la hipótesis en que el contenido de las normas consuetudinarias se modifiquen por cese de la costumbre. Por tanto, planteada la coincidencia estructural entre acuerdo y costumbre, o sea, la posibilidad de identificar las dos fuentes, no hay duda de que las derogaciones convencionales del derecho internacional consuetudinario pueden fundamentarse, sin más, en la previsión del artículo 10.

Sin embargo, se debería llegar también al mismo resultado partiendo de la tesis, según la cual acuerdo y costumbre toman su respectiva eficacia de dos normas distintas de producción y que, por tanto, la costumbre, a su vez, deriva su propia fundamentación de otra norma superior a ella, que la contemple como hecho de producción jurídica.

No obstante, el hecho de que costumbre y acuerdo infieran su propia eficacia de normas instrumentales diversas no implica, necesariamente, que entre estas dos fuentes haya una relación de jerarquía y de subordinación.

La doctrina se ha orientado, efectivamente, en el sentido de considerar costumbre y acuerdo como fuentes paralelas o equivalentes, aun cuando una y otra se refieran a dos normas diferentes sobre la producción. Se afirma además que la costumbre tiene eficacia subjetiva de tendencia ilimitada, y en eso se distingue del acuerdo que vincula solamente a las partes firmantes. Pero, prescindiendo de los casos —a decir verdad, excepcionales— en que la costumbre tiene eficacia particular, porque reglamenta relaciones que se establecen entre un número limitado o incluso mínimo de sujetos (y fuera de la otra hipótesis, en cierto sentido recíproca, en la cual los efectos de los tratados se extienden a terceros Estados), está claro que la esfera de los destinatarios de las normas puede asumirse como criterio idóneo para individualizar la potencialidad y eficacia de las mismas normas solamente desde el punto de vista, por decirlo así, subjetivo. Tal criterio valdrá simplemente para considerar que el acuerdo puede derogar a la costumbre y que la derogación tiene, sin embargo, eficacia solamente para aquellos Estados que han participado en la formación del acuerdo mismo.

Teniendo por firme la equivalencia entre acuerdo y costumbre, se vuelve a la hipótesis, antes considerada, según la cual la derogación

convencional de una norma consuetudinaria se asimilaría al cese de la costumbre o a los otros hechos modificadores contemplados por el artículo 10.

La distinción mencionada entre el aspecto objetivo y el subjetivo de la eficacia de la norma internacional provoca algunas precisiones que servirán para clarificar, con menos fugacidad, el problema, apenas rozado por las consideraciones precedentes.

Puesto que la norma convencional y la consuetudinaria no encuentran, por lo que se refiere a su contenido, limitación alguna, no sólo es posible sino también inevitable que un tratado (o una costumbre particular) quede vinculado por los límites subjetivos de eficacia, en el sentido de que él asumirá, ante todo, el contenido que las partes quieran conferirle, pero que, obviamente, la norma podrá vincular solamente a los Estados firmantes.

Este aspecto ha sido —nos parece— tenido en cuenta por la doctrina que propugna la admisibilidad de una relación entre dos acuerdos internacionales como relación entre norma que se puede derogar y norma derogante. Se reconoce, efectivamente, que en esta hipótesis ocurre un fenómeno de derogación en sentido técnico; pero se precisa que la esfera de eficacia subjetiva de los dos acuerdos es totalmente, o en parte, divergente. Sobre la base de este razonamiento, el primero de los dos tratados puede construirse como norma derogable, siempre que contenga una cláusula (importa poco si ha sido estipulada contextualmente o mediante una ulterior determinación de las mismas partes), en virtud de la cual el contenido del tratado se modifique dependiendo de la conclusión de un acuerdo posterior, llevado a cabo por algunos de los firmantes originarios y terceros Estados, o bien por Estados que quedaron fuera del acuerdo originario. Este segundo acuerdo es previsto, pues, como un hecho idóneo para modificar el contenido del primero, adquiriendo una eficacia que, en caso diferente, no podría tener. La hipótesis aparece, por tanto, asimilable a la de la derogación de una costumbre internacional, mediante una norma consuetudinaria particular o por medio de acuerdo.

12. b) *Inclusión, en el ámbito de aplicación del artículo 10, de las reglas convencionales que derogán las normas de derecho internacional general*

Después de cuanto se ha dicho, está claro que, si se accede a la construcción indicada, el fenómeno de la derogación de una norma in-

ternacional por parte de otra queda circunscrito a aquellas hipótesis en las cuales sea posible establecer, si no un orden jerárquico entre las diversas fuentes consideradas, sí al menos una distinta esfera de eficacia subjetiva de las mismas. En efecto, parece que hay que excluir que una jerarquía pueda fundamentarse en límites de carácter objetivo. Hemos visto cómo un límite de esta naturaleza no subsiste ni para los tratados ni para las costumbres, cuyo contenido es ilimitado. El único criterio relevante bajo este aspecto es, pues, el de la eficacia subjetiva del acto. Así, una derogación —propriadamente— se tendría cuando una norma contemple la posibilidad de una regulación divergente por parte de otra norma dotada de diversa esfera de eficacia subjetiva. Sin embargo, admitido que sea correcto hablar de derogación en sentido propio, sólo en casos particulares y limitados, no se ve por qué, en la aplicación del artículo 10, se deberían diferenciar los hechos, que en dichas determinadas hipótesis se deben considerar como idóneos para llevar a cabo la derogación, de los otros hechos modificadores, como el cese de la costumbre.

Veamos ahora qué argumentos podrían aducirse en contra.

a) Pensamos que, bajo la perspectiva que nos interesa, no se puede lógicamente establecer una diferencia de cierto relieve entre modificación y suspensión de eficacia, por una parte, y revisión del contenido de la norma, por otra. Sin embargo, se podría objetar que la norma dispositiva no se extingue y ni siquiera se modifica por la que la deroga. La norma —se podría añadir— mantiene efectivamente su propia eficacia, incluso cuando las partes hayan dictado una reglamentación divergente, que vale exclusivamente en lo que a ellas se refiere. Una distinción, en estos términos, entre la suspensión de la eficacia de la norma internacional y la modificación verdadera y propia de la misma, no tendría, en general, ninguna justificación plausible; lo que también, en el caso de las normas consuetudinarias, debería repetirse para la distinción entre las “rupturas”, las derogaciones y la modificación o la extinción de la norma. No se podría, en efecto, sostener seriamente que la derogación no implique una modificación de la norma derogable. Ella altera verdaderamente su contenido, aunque sea en relación a un determinado caso específico. Constituye precisamente una modificación de la norma derogada, en el sentido de que ésta pierde eficacia cualificatoria respecto a la situación particular prevista por la norma derogante.¹⁰⁵

¹⁰⁵ En el sentido de que la derogación, aun debiéndose considerar distinta del cese de la fuerza cualificatoria, lleva a cabo una modificación de la norma dero-

b) Se podría, en segundo lugar, incidir en la consideración de que la norma que puede ser derogada y la norma derogante son dos normas diferentes. El intérprete que aplica la primera no debe por eso mismo aplicar la segunda. Pero también ésta sería una objeción infundada. Cualquier norma que constituya además hecho idóneo para derogar una norma jurídica representa, obviamente, una norma diversa de la que ciertas veces es extinguida o modificada, lo que no excluye, sino más bien impone, que el intérprete deba tenerlo en cuenta. Así, también en la hipótesis que nos interesa directamente, el intérprete aplicaría aquella norma que es idónea para derogar una costumbre internacional y que, por tanto, puede ser considerada como uno de los hechos a los que el artículo 10 conecta la introducción de la norma de adaptación. En definitiva, se aplica aquí la misma norma consuetudinaria, pero tal como queda modificada por la derogación que se ha verificado en la esfera del ordenamiento internacional.¹⁰⁶

c) Consideraciones análogas nos llevan a rechazar la tesis, según la cual, aun admitiendo que la derogación pueda ser relevante a tenor de la aplicación del artículo 10, se debería considerar que ella lleva a cabo una suspensión y no ya una modificación del contenido de la norma internacional. Dicho de otra manera: si una norma consuetudinaria ha sido derogada por un tratado, según esta opinión, el intérprete —quien debe formular el contenido de la norma de adecuación al derecho internacional consuetudinario y, por tanto, también de aquella determinada norma respecto a la cual se ha llevado a cabo la derogación— se debería limitar a dejar sin aplicación la norma internacional consuetudinaria, sin proceder por ello a la aplicación de la norma convencional que se ha derogado. El hecho de que esta construcción no

goda, *cfr.* Giannini, M.S., *Problemi relativi all'abrogazione delle leggi*, extra "Annali Facoltà di giurisprudenza Università di Perugia", Padua, 1942, pp. 31-32. Naturalmente, la modificación no se identifica con la derogación. Pero en nuestro caso, si se tiene en cuenta —como generalmente se admite— cualquier modificación de la norma internacional, no se puede estimar de modo diferente respecto a la derogación, que es precisamente una modificación limitativa.

¹⁰⁶ Pugliatti, *Abrogazione, cit.*, p. 153, n. 18. Considerando que las normas dispositivas admiten ellas mismas la derogación, se deriva que dichas normas sean aplicadas también cuando se las deroga. Entre tanto, es posible aplicar alternativamente la disciplina de la norma derogable o la dictada por la norma que la deroga, en cuanto norma derogada y norma derogante están en un indefectible nexo de correlación lógico-jurídica. Véase también, Donati, B., "L'unità del diritto e l'unità nella scienza del diritto a proposito della distinzione del diritto in pubblico e privato", en *RITD*, 1926, p. 130.

Para una identificación sustancial del fenómeno de la derogación y de la abrogación *vid.* Ziccardi, *La costituzione...*, *cit.*, p. 448.

valga para resquebrajar la validez de los aspectos aquí expuestos se deriva de la simple constatación de que una cosa es la derogación (figura que implica siempre la modificación del contenido de la norma aun cuando sea en relación a una hipótesis particular) y otra la simple no aplicación o suspensión de la norma misma. Finalmente, no estaría tampoco justificado querer distinguir la hipótesis en la que la derogación es llevada a cabo mediante una costumbre particular, de otra, en la que la derogación resulte de un acuerdo o tratado internacional. Tanto una como otra fuente son asumidas aquí sólo en cuanto hechos idóneos para llevar a cabo la derogación de una norma consuetudinaria. Nos parece, en efecto, superfluo advertir que, aunque se incluyen entre los hechos previstos por el artículo 10 a las derogaciones convencionales de las normas consuetudinarias, no se debe necesariamente llegar además a la conclusión de que el artículo 10 ha instaurado un procedimiento de adaptación automática en relación a los tratados; lo que —como se ha visto— creemos que debe rechazarse.

Ahora bien, no hay contradicción entre las premisas de las que ha partido nuestra investigación y los resultados a que nos ha conducido. Efectivamente, una cosa es el fenómeno de la adaptación automática al derecho convencional y otra el relieve que las normas de derecho internacional pueden asumir bajo un determinado y limitado perfil; es decir, en cuanto ellas sean idóneas para derogar la norma consuetudinaria. Y en verdad, si el ordenamiento se hubiese inspirado en el principio de la adaptación automática al derecho convencional, deberían considerarse introducidas todas las normas necesarias para dar aplicación a los tratados internacionales. En cambio, en la hipótesis que propugnamos, se toman en consideración solamente aquellas normas convencionales que derogan a las normas consuetudinarias.

Es evidente que el procedimiento automático debería asegurar plena y puntual correspondencia del ordenamiento interno a las exigencias de adaptación que se derivan de los tratados. Sin embargo, por lo que respecta a la adaptación al derecho internacional consuetudinario, el derecho convencional asume, en el sentido aclarado hace poco, una relevancia ocasional y, en todo caso, limitada a aquellos casos en los que se pueda asegurar que la norma consuetudinaria ha sido derogada mediante normas convencionales.

Prescindiendo de estos límites, relativos al ámbito de relevancia del procedimiento de adaptación a normas de derecho convencional, en cuanto que ellas derogan normas consuetudinarias, se puede afirmar que entre la hipótesis de la que hablamos y el procedimiento de adap-

tación automática a los tratados subsisten, en todo caso, las siguientes diferencias esenciales:

1) En primer lugar, continuidad y totalidad de adecuación son, como sabemos, características del procedimiento de adaptación automática; tales notas faltarían, en cambio, en el caso en que se deba tener en cuenta un tratado internacional; pero solamente en cuanto que él sea relevante para la determinación del contenido de las normas de derecho internacional general. Así, es del todo evidente que en el ordenamiento interno deben considerarse introducidas no todas las normas contenidas en el tratado —como, en cambio, sucedería en el caso de adaptación automática—, sino solamente las normas que sean necesarias para la adaptación a la norma consuetudinaria, la cual, sin embargo, resulta modificada por la derogación convencional (como sucede con todo otro hecho modificador).

2) Se deduce de cuanto ha sido observado hasta aquí, que la base sobre la cual puede asentarse la relevancia del derecho convencional en la aplicación del artículo 10 no está constituida —como parece considerar una parte de la doctrina— por la norma *pacta sunt servanda*. El tratado, que es puesto de relieve en cuanto hecho idóneo para derogar una norma consuetudinaria, deriva su propia eficacia no ya de la norma recordada —de la cual se deduce sólo la eficacia obligatoria de los tratados *inter partes*—, sino de otra norma sobre la producción que acompaña a la norma derogable. Esa norma atribuye al tratado el efecto posterior de sustituir la disciplina contenida en la norma derogable por una reglamentación diversa. Estamos, por tanto, fuera de la eficacia típica del tratado que deriva de la norma *pacta sunt servanda* y que, gracias a ésta, consiste en la creación del vínculo entre las partes firmantes. Se trata, efectivamente, de una eficacia derogativa específica que se deriva de la norma sobre la producción que acompaña a la norma dispositiva.

Presumimos que las consideraciones hasta aquí desarrolladas valen para justificar la solución propuesta. Pero hay una constatación que nos parece decisiva. Si se rechazase la tesis expuesta anteriormente, excluyendo del ámbito de aplicación del artículo 10 las derogaciones convencionales a la costumbre internacional, se llegaría a resultados extremos y que contrastarían, en definitiva, con el espíritu informador de la norma. Pongamos que un tratado haya derogado a una costumbre y se haya hecho ejecutivo en el ordenamiento interno. A menos que el artículo 10 no sea interpretado en el sentido de incluir en la previsión de la norma misma las normas convencionales que derogan la costumbre internacional, la ley de ejecución de un tratado, que deroga a la costum-

bre, sería inconstitucional, porque es contraria a la norma de derecho internacional consuetudinario, contenida en el artículo 10, o más exactamente por la norma que, mediante el mecanismo de adaptación automática, ha sido introducida en el ordenamiento interno, en correspondencia con la norma internacional, cuyo valor —como sabemos— es el de una norma constitucional.¹⁰⁷ Esta consideración podría aparecer como excesiva y voluntarista, teniendo en cuenta que la función típica de la adaptación es la de conformar, lo más fiel y puntualmente posible, el derecho interno a las variaciones que las normas del derecho internacional sufren en la esfera de tal ordenamiento.

Alguna otra objeción que podría aducirse contra el orden de ideas aquí sostenido es fácilmente superable. Así, por ejemplo, la cuestión de si la norma convencional debe considerarse como hecho idóneo para llevar a cabo la derogación de la norma consuetudinaria solamente después de que ella se haya hecho ejecutiva en el ordenamiento interno. Puesto que la idoneidad de la norma convencional para realizar la derogación de una norma consuetudinaria se deduce de una norma internacional, se debe considerar que el ordenamiento interno condicione tal idoneidad a la circunstancia de que el tratado se haya perfeccionado en el plano del derecho internacional, aun cuando no haya adquirido eficacia en el ordenamiento interno.

Así también merece la misma consideración el problema, tendente a establecer si —admitido que las derogaciones convencionales de las normas consuetudinarias recaigan en el ámbito del dispositivo de adaptación automática— es necesario emanar una norma de ejecución para aquellos tratados que derogan el derecho consuetudinario. La solución afirmativa se deduce de cuanto hemos observado acerca de las diferencias entre el procedimiento de adaptación automática y la situación por la cual se hace necesario emanar la orden o ley ordinaria de ejecución, si se quiere adaptar el ordenamiento interno a la norma convencional internacional de modo completo y puntual, y no solamente por aquel aspecto y en aquella medida que sea necesaria para la adaptación al derecho consuetudinario (en el caso en que el derecho convencional se comporte como uno de los hechos que valen para modificar las normas consuetudinarias).

Las observaciones precedentes nos permiten concluir que el problema examinado últimamente subsistiría, aunque se acogiera una construcción diversa acerca de la naturaleza y la función del artículo 10, configuran-

¹⁰⁷ *Cfr.*, sobre esto, Ruini, *op. loc. cit.*

do, por ejemplo, a este último como norma sobre la producción automática o también como norma material de producción jurídica. Está claro efectivamente que el artículo 10 representa siempre un tipo de adaptación automática, en cuanto es considerado capaz de adecuar el ordenamiento interno a las variaciones de las normas de derecho internacional general, incluida la derogación convencional.

Considérese, pongamos por caso, la autorizada opinión según la cual el artículo 10 debería entenderse como norma sobre la producción automática.

La diferencia, el rasgo distintivo entre esta tesis y la aquí adoptada, de la norma sobre la producción, consiste principalmente, como se ha visto a su debido tiempo, en que, una vez configurado el artículo 10 como una norma sobre la producción automática, llevaría a cabo la inserción de la norma de adaptación cada vez que, con las variaciones de la norma internacional, se verificase el presupuesto para que el ordenamiento interno sufra una modificación correspondiente o, lo que es lo mismo, se adapte al derecho internacional. Consideraremos que no habría ninguna necesidad o justificación apreciable para excluir la derogación de la costumbre mediante un acuerdo internacional de la lista de aquellas circunstancias a las cuales —siempre según la construcción de la que hablamos— está condicionado el mecanismo del artículo 10. Tanto si la derogación es asumida como uno de los hechos contemplados por esta última norma, entendida como norma sobre la producción, como si se le hace descender al nivel de simple condición, la consecuencia que hemos indicado antes no debería cambiar: el derecho internacional convencional adquiere relevancia —bajo un perfil diverso, según los presupuestos de los que se parte— también cuando se trate de aplicar el derecho internacional consuetudinario en el ordenamiento interno. Esta hipótesis se verifica precisamente —con una penetración e interferencia del derecho convencional en el ámbito del artículo 10— cuando se trate de derogación de una norma consuetudinaria mediante tratado.