

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA DE LA ADAPTACIÓN EN LA DOCTRINA

1. Introducción	59
2. Notas sobre el sistema de las disposiciones internacionalistas en nuestra Constitución. Compatibilidad del dato normativo con las tesis dualista y monista	62
3. Planteamiento del problema	75
4. La transformación del derecho internacional en derecho interno en la concepción de Kelsen: a) la Transformación del derecho internacional convencional	86
5. Continuación: Notas sobre las diversas hipótesis de transformación previstas o presupuestas por Kelsen	91
6. Continuación: Crítica de la tesis de Kelsen	101

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA DE LA ADAPTACIÓN EN LA DOCTRINA

SUMARIO: 1. *Introducción.* 2. *Notas sobre el sistema de las disposiciones internacionalistas en nuestra Constitución. Compatibilidad del dato normativo con las tesis dualista y monista.* 3. *Planteamiento del problema.* 4. *La transformación del derecho internacional en derecho interno en la concepción de Kelsen:* a) *La transformación del derecho internacional convencional.* 5. *Continuación: Notas sobre las diversas hipótesis de transformación previstas o presupuestas por Kelsen.* 6. *Continuación: Crítica de la tesis de Kelsen.* 7. b) *Posición de Kelsen con relación a la transformación del derecho internacional consuetudinario.* 8. *Control lógico de los resultados alcanzados en el estudio anterior (notas sobre otras tesis de autores monistas acerca del problema de la transformación, en nota).* 9. *La función del artículo 10, apartado 1, de la Constitución italiana en la interpretación de la doctrina. Examen de las opiniones expresadas sobre la naturaleza de las normas que contemplan la adaptación automática del ordenamiento interno al derecho internacional.* 10. *Aceptación de la tesis que configura al artículo 10 de la Constitución como norma que reenvía a los hechos de producción del ordenamiento internacional; examen crítico de las objeciones que han sido opuestas a esta tesis.*

1. *Introducción*

Antes de desarrollar el problema que nos ocupa es preciso efectuar una advertencia. Al examinar los distintos procedimientos a través de los que el ordenamiento del Estado se armoniza con el derecho internacional —y en particular las normas que nuestro ordenamiento dedica a las relaciones con el mencionado derecho internacional— es preciso prescindir de cualquier toma de posición *a priori* sobre la cuestión teórica de las relaciones entre ordenamiento internacional y ordenamiento interno.

Conviene evitar, a este propósito, un error en el que fácilmente se puede caer, pero que ha sido denunciado por la mejor doctrina.

La existencia de disposiciones *internacionalistas*¹ en nuestra carta constitucional no podría, en efecto, ser considerada como una prueba de que nuestro constituyente se haya inspirado en una orientación teórica monista más que en otra dualista.² Por limitarnos a las dos teorías más comúnmente sostenidas por la doctrina, sería inexacto afirmar que los datos de nuestro ordenamiento positivo sean compatibles exclusivamente con las tesis dualista y con la denominada tesis del monismo moderado.³

¹ Con esta expresión se designa, por una parte de la doctrina, al régimen que establece el ordenamiento interno para adaptar sus propias normas al ordenamiento internacional, para regular la conducta del Estado en la esfera de las relaciones internacionales y para determinar los órganos competentes para formar o declarar la voluntad del Estado, que vienen a constituir los actos jurídicos imputados a este último como sujeto de derecho internacional. *Cfr.* Gutzévitich Mirkine, *Droit constitutionnel international*, París, 1933, pp. 39 y ss.; Perassi, *La Costituzione e l'ordinamento internazionale*, Milán, 1952, p. 9 (antes in *Scritti giuridici*, I, Milán, 1953, pp. 415 y ss.). La doctrina alemana habla de una *Völkerrechtsklausel* para indicar sobre todo la disposición relativa a la adaptación al derecho internacional. *Cfr.* una tentativa de clasificación de tales normas como normas "de comportamiento" y normas de "adaptación", en Astolfi, "Diritto internazionale e diritto interno nelle norme costituzionali internazionali, en *Studi*, Pavia, xxxiv (1956), pp. 222 y ss.

² *Cfr.* en nuestra doctrina, Monaco, *L'ordinamento internazionale in rapporto all'ordinamento statale*, Turín, 1932, p. 174; Morelli, "L'adattamento del diritto interno al diritto internazionale in alcune recenti costituzioni", en *RDI*, 1933, pp. 3 y ss.; Ago, *Lezioni di diritto internazionale*, Milán, 1943, p. 32 (en nota); Socini, *L'Adeguamento degli ordinamenti statuali all'ordinamento internazionale*, Milán, 1954, p. 79, quien se refiere en particular al procedimiento automático para excluir que tal procedimiento pueda ser aducido como prueba de la bondad de la tesis monista. Véase también la posición metodológica de Barile, G., *Diritto internazionale e diritto interno*, Milán, 1957, pp. 11 y ss., quien prescinde de una adhesión apriorística e incondicionada a la tesis monista o a la dualista; De Meuron, *L'Autorité des traités internationaux* (thèse Neuchatel) 1937, quien aceptando la tesis monista, interpreta el derecho positivo suizo tanto en base a una como a otra de las tesis doctrinales. En la doctrina extranjera *vid.* Verdross, *Die Einheit des rechtlichen Weltbildes*, Tubinga, 1923, p. 115 y, del mismo, *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, Viena, 1926, p. 19; Preuss H., *Reich und Länder: Bruckstücke eines Kommentars zur Verfassung des deutschen Reiches*, Berlin, 1928, pp. 94 y ss.; Preuss, L., "International Law in The Constitutions of the Länder in the American Zone of Germany", en *AJIL*, 1974, p. 897; *vid.* también, en el sentido de la coincidencia de resultados a los que conducen las tesis dualista y la monista, Esposito, *La validità delle leggi*, Padua, 1934, pp. 255 y ss., en la que se examina el problema de la conformidad de las leyes al derecho internacional; Scerni, *Saggio sulla natura giuridica delle norme emanate dagli organi creati con atti internazionali*, Génova, 1930, pp. 10 y ss. (con referencia sobre todo a la configuración del concepto de competencia interna dentro de las distintas escuelas); Salvioli, "Qualche riflessione sulla legge ed il trattato", en *ZAORV*, 1958, pp. 385 y ss., según la cual la hipótesis monista y la dualista pueden asumirse indiferentemente como puntos de partida por el análisis del derecho interno.

³ *Cfr.*, para esta dirección de la corriente monista, Kelsen, últimamente en "Théo-

Afirmamos con ello que las cuestiones que se plantean en la presente

rie générale du droit international public”, en *Rec. C.*, 1953 (vol. 84), pp. 1-201 y en *Principles of International Law*, Nueva York, pp. 401 y ss., Verdross, *Völkerrecht und staatliches Recht*, *lic et droit interne*, en *ReDI*, 1954, pp. 219 y ss. La expresión “monismo moderado” es del mismo Verdross (*op. cit.*, p. 221), pero también se encuentra en la doctrina dualista: *vid.* por ejemplo Ross, *A Text-book of International Law*, Londres, s.d. (1947), p. 62. Esta orientación de la doctrina monista se distingue del así llamado monismo radical, en cuanto que, aunque afirma la unidad del derecho internacional y el derecho interno, admite que los dos ordenamientos tienen una propia individualidad, el carácter de ordenamientos parciales, y, sobre todo, que el derecho internacional está privado de *vis abrogans* en relación con el derecho interno que se encuentre en contradicción con él; afirmación, ésta, que es rechazada por la corriente más intransigente de la doctrina monista, representada sobre todo por el primer Kelsen *Das problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, Tübinga, 1920. Sobre el paso de Kelsen de una a otra corriente de la tesis monista, *Cfr.*, Verdross, *Droit international public... cit.*, p. 220 (nota 6). En el curso de la investigación que sigue nos referiremos sólo a la tesis del monismo moderado.

La tesis dualista, como es conocido, ha encontrado una amplia aceptación en Alemania y entre nuestra doctrina, *vid.* por todos Triepel, *Diritto internazionale e diritto interno* (trad. Buzzati) Turín, 1913; Walz, *Völkerrecht und staatliches Recht*, Stuttgart, 1933. Para nuestra doctrina, *vid.* Anzilotti, *Corso di diritto internazionale*, Padua, 1955, y, del mismo, “Il diritto internazionale nei giudizi interni”, en *Scritti di diritto internazionale pubblico*, I, Padua, 1956; pp. 281 y ss.; Perassi, *Lezioni di diritto internazionale*, Padua, 1957; Morelli, *Nozioni di diritto internazionale*,⁵ Padua, 1958. *Vid.* también Romano, *L'ordinamento giuridico*,² Florencia, s.d. (1946); ID., *Corso di diritto internazionale*,⁴ Padua, 1939. Sin embargo, no ha faltado a nuestra doctrina tentativas de revisión de la tesis dualista, o de superación de las dos tesis contradictorias. *Cfr.* Salvioli, “Diritto internazionale e diritto interno”, en *ASC*, 1933, p. 325; Barile, G., *Diritto internazionale e diritto interno*, *cit.*, pp. 69, 86, 114, 134 y ss., *vid.* las observaciones críticas de Sperduti, *L'individuo nel diritto internazionale*, Milán, 1950, pp. 20 y ss.; “L'individue et le droit international”, en *Re. C.*, 1956, II (vol. 90), pp. 742 y ss.; *Lezioni di diritto internazionale*, Milán, 1958, pp. 87 y ss. Para un lúcido y profundo análisis de los puntos de convergencias entre las dos escuelas, *Cfr.* Quadri, (*Diritto internazionale pubblico*,³ Palermo, 1960, spec. pp. 49 y ss.), quien, aunque pone de relieve los errores de la doctrina dualista italiana (*op. cit.*, pp. 50-51), reconoce el fundamento de la que él mismo ha, en otro sitio (en la retención a Dahm, *Völkerrecht*, Stuttgart, 1958, in *DI*, 1959, p. 400), definido como posición “monista estructural”.

Sobre la contribución de la doctrina italiana a la evolución de la tesis dualista *vid.* entre otros, Meriggi, “Der Einfluss des italienischen öffentlichen Rechts im internationalen Recht”, en *ZfV*, 1931-32, p. 751; Sereni, *The Italian Conception of International Law*, Nueva York, 1943, pp. 349 y ss.; Verdross, *Droit international public... cit.*, p. 220.

Véanse, además, sobre el problema de las relaciones entre ordenamientos dentro de nuestra doctrina: Cammarata, *Il concetto del diritto e la pluralità degli ordinamenti giuridici*, Catania, 1926; Capograssi, “Alcune osservazioni sulla molteplicità degli ordinamenti giuridici”, en *Studi Sassaresi*, 1936, pp. 77 y ss.; Cueli, *Pluralità degli ordinamenti e condizioni della loro coesistenza*, Milán, s.d. (1949); Levi, *Teoria generale del diritto*, Padua, 1950, pp. 56 y ss.; Allorio, “La pluralità degli ordinamenti giuridice e l'accertamento giudiziale”, en *RDC*, 1955, pp. 248 y ss.

investigación se suscitan cualquiera que sea la solución del problema teórico al que antes nos hemos referido. Pero no que el problema de las relaciones entre derecho internacional y derecho interno pueda ser resuelto indiferentemente en sentido monista o en sentido dualista.⁴ Así, aun acogiendo la tesis dualista, a cuya elaboración ha contribuido notablemente la escuela italiana de derecho internacional, hemos tratado en el curso de esta investigación de tener en cuenta las construcciones de la opuesta doctrina monista y confrontarlas con las del dualismo. Como hemos de ver, las dos teorías llegan a resultados, si no idénticos, muy próximos, en relación a muchos problemas técnicos de la adaptación.

2. *Notas sobre el sistema de las disposiciones internacionalistas en nuestra Constitución. Compatibilidad del dato normativo con las tesis dualista y monista*

En muchos ordenamientos extranjeros se han introducido, sobre todo en el periodo comprendido entre las dos guerras mundiales, disposiciones que regulan la adaptación del derecho interno al derecho internacional. Sin embargo, su experiencia demuestra que carece de justificación atribuir a estas normas constitucionales el significado de una aceptación auténtica de las tesis monista o dualista. Basta recordar que el artículo 4 de la Constitución de Weimar, en la que se inspira el artículo 10.1 de la Constitución italiana, estaba basado en un principio característico de los países del *Common Law* (*International Law is Part of the Common Law*, o, *International Law is Part of the Law of the Land*),⁵ que normalmente ha sido interpretado en un sentido mo-

⁴ Ésta parece ser la opinión de Spiropoulos, *Traité théorique et pratique de droit international public*, París, 1933, p. 23, y del mismo, *Théorie générale du droit international*, París 1930, pp. 70 y ss.; para posiciones intermedias entre las dos tesis, *vid.* la bibliografía citada en la nota precedente.

⁵ Moore, *The Relation of International Law to the National Law of the American Society of International Law*, 1916, pp. 11-23; Schmue, *Art. 4 der Reichsverfassung und die angloamerikanische Rechtsparömie: International Law is a Part of the Law of the Land in Theorie und Praxis* (tesis Göttingen), Berlín, 1927, specie p. 34. Véase, sobre este punto, las interesantes observaciones de Preuss, L., *op. cit.*, p. 888, que se refieren a la influencia de la experiencia americana sobre la formulación del artículo 4 de la Constitución de Weimar. Sobre el significado del principio *International Law is Part of the Law of the Land*, *vid.* Grassetti, *Diritto interno e diritto internazionale nell'ordinamento giuridico angloamericano*, Pavia s.d. (1934), pp. 17 y ss.; Walz, "Les rapports du droit international et du droit interne", en *Rec. C.*, 1937, III (vol. 61) p. 400; Barile, G., *op. cit.*, p. 86 y la literatura allí citada; Picciotto, *The Relation of international Law to the Law of England and the United*

nista.⁶ Sin embargo, tanto la jurisprudencia como la doctrina terminaron acogiendo una interpretación restrictiva de este artículo. Se atribuyó así el valor de normas de derecho internacional generalmente reconocidas sólo a las que habían sido aceptadas como tales por Alemania; y eso, en atención al principio de separación entre los dos ordenamientos y de la independencia del derecho interno respecto al derecho internacional.

Nuestro legislador, como se precisó por voz autorizada en el seno de la Asamblea Constituyente, no quiso sancionar o codificar ninguna de las dos escuelas. Si, como es lógico suponer, esta precisión refleja una orientación general, se debe excluir que el artículo 10 de la Constitución sancione o codifique una determinada orientación de la doctrina sobre las relaciones entre derecho internacional y derecho estatal. El artículo 10, y las demás disposiciones de nuestra Constitución que se refieren a las relaciones con el derecho internacional, representan un dato legislativo neutral respecto a las posiciones teóricas antes mencionadas. Esto

States, Londres, 1915; Wright, *The Enforcement of International Law through Municipal Law*, 1916; Lautertracht, "Is International Law a Part of the Law of England?", en *Transactions of the Grotius Society*, 1940, p. 51; Jessup, "The Doctrine of Eric Rail Road Applied International Law", en *AJIL*, 1939, pp. 740 y ss.; *vid*, también la observación más general de Starke, "Monism and Dualism", en *BYIL*, 1936, pp. 66 y ss.; Borchard, "International Law and Municipal Law", en *ValR*, 1940, pp. 137 y ss., y literatura allí citada; Morgenstern, "Judicial Practice and the Supremacy of International Law", en *BYIL*, 1959, pp. 42 y ss. Para el examen de la jurisprudencia además de las obras citadas más arriba, que se inspiran más o menos ampliamente todas en el llamado "case method" de la ciencia jurídica anglosajona (sobre la que pueden verse las observaciones comparativas de Friedman W., *Legal Theory*,³ Londres, 1953, p. 386; Schwarzenberger, "The Inductive Approach to International Law", en *HLR*, 1947, pp. 535 y ss.; y ahora en *International Law*,³ Londres, 1957, pp. 4 y ss.), se pueden también consultar útilmente los "case books" y los siguientes compendios institucionales de la materia: Lautertracht Oppenheim, *International Law*, I, 1952, pp. 37 y ss.; Schwarzenberger, *International Law*, cit., y amplia bibliografía *ivi*; Hudson, *Cases and Other Materials on International Law*, San Pablo, 1951; Hyde, *International Law: Chiefly as Interpreted and Applied by the United States*,² 1947; Bishop, *International Law: Cases and Materials*, Nueva York, 1953; Cobrett, *Cases on International Law*, Londres, 1947; Briggs, *The Law of Nations*,² Londres, 1953, spec. pp. 52 y ss., 64-65, 884; Orfield e RE., *Cases of International Law*, Londres, 1956, pp. 14 y ss.; Green, *International Law Through the Cases*, Londres, 1957 (colección de casos que acompaña la *op. cit.* de Schwarzenberger), pp. 14 y ss. y para una mención del aspecto histórico del problema, de este último autor, "International Law in Early English Practice", en *BYIL*, 1949, pp. 52 y ss.; Lefebvre, "The Application of International Law in the English Courts", en *ZAORV*, 1956-1957, pp. 568 y ss.

⁶ Sobre estos problemas de interpretación *vid* Morelli, *L'adattamento...*, cit., pp. 10 y ss.; De Visscher, "Les tendances internationales des constitutions modernes", en *Rec. C.*, 1952, I (vol. 80), p. 526.

demuestra y ello queda demostrado, si se toma en consideración que el objeto de estas disposiciones constitucionales puede conciliarse tanto con la tesis monista como con la dualista.

Desde una perspectiva monista, la adopción del artículo 10 se explica, partiendo del postulado de la primacía del derecho internacional, como el cumplimiento por parte del Estado de la obligación que nace del derecho internacional de aplicar y ejecutar las normas de este último ordenamiento, mediante la emanación de normas estatales complementarias. En cambio, si se acepta el postulado de la primacía del derecho estatal, la justificación radicaría en el “reconocimiento” con el que el ordenamiento interno atribuye relevancia jurídica al derecho internacional, incorporándolo como parte integrante del ordenamiento mismo del Estado.

Los defensores de la tesis dualista, por su parte, describen las normas de adaptación como el instrumento del cual se sirve el legislador estatal para consentir que el derecho internacional produzca efectos en la esfera del derecho interno. También aquí, por tanto, tendríamos un “reconocimiento” del derecho internacional efectuado por el derecho estatal. Pero, a diferencia de lo que sostienen los defensores de la primacía del derecho estatal, dentro de la escuela monista, este reconocimiento implicaría una simple conexión entre los ordenamientos, que se presumen distintos y separados, y no la absorción o penetración del derecho internacional en el derecho interno. Los defensores de ambas tesis consiguen así conciliar las disposiciones que analizamos con las premisas de las que parten en sus respectivas teorías.⁷ La exactitud y el fundamento de esta conclusión quedan plenamente confirmados si tomamos en consideración la posición que monistas y dualistas asumen respecto de las hipótesis en las que en algún derecho positivo falte un sistema

⁷ Observa Perassi (*La Costituzione...* cit., p. 24), que el artículo 10 y disposiciones análogas de otros textos constitucionales no implica “el reconocimiento de la subordinación de los ordenamientos internos al derecho internacional, en el sentido de la doctrina del ‘monismo jurídico’, sino que se encamina a establecer un sistema de adaptación “cuyo carácter automático depende del dispositivo de producción jurídica libremente adoptado por la Constitución del estado”. Cfr. Miele, M., *La costituzione italiana ed il diritto internazionale*, Milán, 1951, pp. 9-10, en nota. Este argumento también ha sido utilizado por la literatura alemana. (Cfr. Scholtisser, *Die Allgemeiner Regeln des Völkerrechts im Sinne des Artikel 25 des Grundgesetzes* (diss. Mains) s.d. p. 48; Dencker, *Der Rang der allgemein anerkannten Regeln des Völkerrechts*, Greifswald, 1933, p. 61 (para una *reductio ad absurdum* de la hipótesis monista). La construcción opuesta, con que Verdross había puesto de relieve la naturaleza sólo reconocitiva del artículo 9 de la Constitución austríaca, calificando el concepto de “transformazione” como una ficción, y recogida y discutida por Schmoë, *op. cit.*, p. 34.

o una disposición específica de adaptación al derecho internacional. Se trata, sin embargo, de una hipótesis teórica, ya que allí donde no exista una norma o un complejo de normas de adaptación al derecho internacional, existirán otras disposiciones que se refieran a las relaciones externas del Estado (por ejemplo, las normas sobre la competencia de los órganos encargados de la conclusión o estipulación de tratados o normas relativas a la declaración de guerra) que presuponen la existencia del derecho internacional y que se ocupan por tanto del problema de las relaciones entre los ordenamientos.

Consideremos, no obstante, para control y esclarecimiento de las posiciones asumidas por la doctrina, el caso de un ordenamiento positivo que ignore cualquier referencia al derecho internacional. También en esta hipótesis será posible encontrar una respuesta coherente con ambas escuelas.

Según la teoría monista que postula la primacía del derecho estatal, la carencia de toda disposición de adaptación al derecho internacional significará, desde el punto de vista del ordenamiento asumido como objeto de consideración, que el derecho internacional no existe como ordenamiento jurídico.

En efecto, la existencia del derecho internacional se hace derivar y depender del reconocimiento que este último recibe por parte del derecho estatal. Las posiciones de los monistas que defienden la superioridad del derecho estatal y de los dualistas, coinciden, en este aspecto, en el sentido de que tanto unos como otros afirman que, a falta de disposiciones de adaptación, el derecho internacional no produce efectos en el ordenamiento estatal, pero sin que ello implique o signifique la inexistencia del derecho internacional como ordenamiento jurídico. Está claro, sin embargo, que a este resultado las dos escuelas van a llegar por vías distintas extrayendo además consecuencias diferentes.

Para la doctrina dualista, derecho internacional y derecho interno son ordenamientos originarios e independientes recíprocamente, aunque se encuentren conectados a través de las normas que en un sistema hacen referencia al otro. Por ello, en la hipótesis en la que el derecho estatal se desinteresa del derecho internacional, este último no tendrá ninguna relevancia para el derecho interno; sin embargo, continuará rigiendo como ordenamiento separado y distinto en su propia esfera.

En cambio, para los monistas, la falta de mecanismos internos que den ejecución al derecho internacional, produce una situación análoga a la de la norma constitucional no ejecutada o desarrollada por el legislador

o a la de la ley que no es aplicada por los órganos legislativo y judicial.

Afirmar que el derecho internacional no produce efectos en el ordenamiento interno sino y hasta que este último no le dé ejecución, no significa en efecto, según la escuela monista, reconocer una separación o distinción entre los dos ordenamientos. Tal supuesto puede explicarse también en el marco del sistema unitario en el que los monistas integran derecho internacional y derecho interno. A falta de ejecución del derecho internacional por parte de los órganos estatales, no se verificaría la concretación de la norma internacional, es decir, ese fenómeno que Kelsen y sus seguidores configuran como el desarrollo general por parte de una norma subordinada; como la precipitación se podría decir de una norma desde un nivel más alto a otro nivel inferior dentro del mismo ordenamiento.

Examinemos ahora si la falta de ejecución del derecho internacional, es decir, la no emanación de una norma de adaptación por parte del Estado, implica la responsabilidad internacional de éste. Así lo afirma sin lugar a dudas la tesis monista, que, como hemos afirmado, considera la adaptación al derecho internacional como una obligación estatal dimanante de aquel derecho internacional. La posición de los dualistas es mucho más precavida, mas, sin embargo, no incurriría en contradicción con sus postulados esenciales aun en el supuesto de que concibiera la adaptación como una verdadera obligación. En efecto, la tesis dualista no niega, sino más bien afirma y presupone, el carácter obligatorio y la naturaleza jurídica del derecho internacional. Admite, por tanto, la existencia y obligaciones a cargo del Estado; en particular, aquellas que tengan por objeto una determinada forma de ser del ordenamiento interno, y, en el caso que nos interesa, la adopción de una o más disposiciones de adaptación.

Cuanto hemos afirmado es válido también para las restantes disposiciones internacionalistas en nuestra Constitución. Nos referimos a las normas que regulan la competencia de los órganos titulares de las relaciones exteriores del Estado; las que establecen la renuncia a la guerra con instrumento de ofensa a la libertad de los demás pueblos y la adhesión a la organización internacional en condiciones de reciprocidad con los demás Estados, y, en fin, aquellas que prevén la adaptación del derecho interno a las normas particulares del derecho internacional.⁸

⁸ Artículo 11: "Italia repudia la guerra como instrumento de ofensa a la libertad de los demás pueblos y como medio de resolución de las controversias internacionales; consiente, en condiciones de igualdad con los demás Estados, las limi-

Para monistas y dualistas las normas que establecen la competencia de los órganos encargados de las relaciones internacionales (en primer

taciones de soberanía necesarias para conseguir un ordenamiento que asegure la paz y la justicia entre las Naciones; promueve y favorece las organizaciones internacionales dirigidas a tal fin."

Artículo 26: "La extradición de un ciudadano sólo puede ser concedida cuando esté prevista expresamente por las convenciones internacionales.

En ningún caso puede admitirse para los delitos políticos."

Artículo 72.3: "El procedimiento normal de examen y de aprobación directa por parte de la Cámara se adoptará siempre para los proyectos de ley... de autorización para ratificar tratados internacionales..."

Artículo 80: "Las Cámaras autorizarán por ley la ratificación de los tratados internacionales de naturaleza política o que se refieran a arbitrajes o reglamentos judiciales a que impliquen variaciones del territorio, gravámenes en las finanzas o modificaciones de leyes."

Artículo 78: "Las Cámaras decidirán el estado de guerra y conferirán al Gobierno los poderes necesarios."

Artículo 87: "El Presidente de la República..."

Acreditará y recibirá a los representantes diplomáticos, ratificará los Tratados internacionales, con autorización previa de las Cámaras en los casos que se precise.

Tendrá el mando de las Fuerzas Armadas... Declarará el estado de guerra si lo acuerdan las Cámaras."

Cfr.: artículo 54 (8) de la Constitución de Albania (1946); artículos 22, 68 (19), 83 (14), de la Constitución Argentina (1949); artículos 9, 16, 50, 66, de la Constitución de Austria (1929, repuesta en vigor con Ley constitucional núm. 4 de 19 de mayo de 1945); artículos 68, de la Constitución de Bélgica (1831); artículos 59 (13), 94 (2), de la Constitución de Bolivia (1945); artículos 66 (1), 87 (7), de la Constitución del Brasil (1946); artículo 35, de la Constitución de Bulgaria (1947); artículo 74, de la Constitución de Checoslovaquia (1948); artículos 43 (5), 72 (16), de la Constitución de Chile (1925); artículo 38 de la Constitución de China (1947); artículos 76 (16), 120 (9-20), de la Constitución de Colombia (1945); artículos 122 (h), 142 (g), de la Constitución de Cuba (1940); artículo 18 (33-69) de la Constitución de Dinamarca (1915); artículos 92 (7), 189, de la Constitución del Ecuador (1946); párrafos 33 y 69 de la Constitución de Finlandia (1919); artículos 26, 27, 73 de la Constitución de Francia (1946); artículos 11, 14, 15, 35, 51-55, de la Constitución de Francia (1958); artículos 32, 33 de la Constitución de Grecia (1951); artículo 73 de la Constitución de Japón (1946); artículo 29, de la Constitución de Irlanda (1937); artículo 21, de la Constitución de Islandia (1954); artículos 25, 32, 59, 123, Ley Fundamental de la República Federal Alemana (1949); artículos 5, 63, 195, de la Constitución de la República Democrática Alemana (1949); artículos 15, 71, 79, Ley constitucional de la República de Yugoslavia (1946); artículo 37, de la Constitución de Luxemburgo (1808); artículos 76 (1), 89 (10), de la Constitución de México (1917, modificada en 1943-46); artículo 26 de la Constitución de Noruega (1814); artículos 58-67 de la Constitución de Holanda (1887, modificada en 1922 y en 1953); artículo 28 de la Constitución de Polonia (1952); artículos 3, 4, 7 de la Constitución de Portugal (1933); artículo 24 de la Constitución de Rumania (1948); artículo 14, Ley constitutiva de las Cortes Españolas (1942); artículo 12 de la Constitución de Suecia (1809); artículos 7-11, 85 (5º-6º), 102 (7º-8º), 112 (2º-3º), de la Constitución de Suiza (1874, enmendada en 1949); artículo 7 de la Constitución de Turquía (1921); artículo 20 (7º) de la Constitución de Hun-

lugar, las que regulan el poder de concluir tratados) han sido establecidas en el ordenamiento interno en virtud de una delegación o de un reenvío —expresiones que no siempre son utilizadas en sentido estricto o unívoco— que efectúa al derecho estatal la norma de derecho internacional que establece los requisitos y la validez de los tratados internacionales. Esta última, según la opinión dominante en la doctrina, debería ser construida como una norma, podríamos decir en blanco, que reenvía al derecho interno la determinación de los órganos competentes para concluir tratados y, en todo caso, para representar y comprometer internacionalmente al Estado. No se podría esgrimir esta disposición para tratar de demostrar que nuestro sistema ha acogido bien la tesis monista bien la dualista, con exclusión de la opuesta. Ambas teorías coinciden en afirmar que la norma que se examina está establecida por el ordenamiento interno para ejecutar y completar el contenido de una norma internacional. Y esto, como en los casos que hemos examinado anteriormente, es conciliable tanto con las premisas de una como con las de la otra tesis. En efecto, tendríamos respectivamente, para la tesis monista, en sus dos direcciones, la prosecución del proceso de producción desde la esfera del derecho internacional a la esfera del derecho interno, o bien la organización de la competencia y de los órganos del Estado en un sector del ordenamiento jurídico, y, para la tesis dualista el reenvío de un ordenamiento a otro.

No se podrá objetar contra esta conclusión la autorizada tesis, no muy seguida por la doctrina, según la cual la norma de derecho internacional que regula la competencia para concluir tratados no puede ser configurada como una norma en blanco, ya que sólo el jefe del Estado sería competente para representar y comprometer internacionalmente al mismo y por ello para concluir tratados internacionales, incluso aunque la Constitución disponga algo distinto. El régimen establecido por nuestra Constitución coincide, en efecto, con el contenido que según esta última opinión se debería dar a la norma de derecho internacional, que se refiere a la capacidad de estipular acuerdos internacionales. El ar-

gría (1949); artículo 49 de la Constitución de la URSS (1936) (modificada en 1947); artículo 75 (7), de la Constitución de Uruguay (1934, modificada en 1942); artículos 104, 161 (3), 198 (4, 5, 6, 9), de la Constitución de Venezuela (1947).

De las constituciones europeas, hoy ya sin vigencia, véanse especialmente los artículos 4, 45 y 78 de la Constitución de Weimar (1919), y artículos 7 a 65 de la Constitución de la Segunda República española (1931) que suscitaron un amplio interés doctrinal.

Para otras referencias a textos y documentos constitucionales, *cfr.* Socini, *L'adeguamento...*, cit., pp. 128 y ss. (y las indicaciones bibliográficas allí contenidas).

título 80 establece la competencia del presidente de la República, aunque, en algunos casos, subordine su ejercicio a la autorización parlamentaria.

Además, se trata de una opinión que puede ser aceptada y ha sido en efecto sostenida tanto por monistas como por dualistas.⁹

Por lo que respecta a las normas que prevén la renuncia a la guerra¹⁰ o la adhesión a la organización internacional, hemos de observar

⁹ *Cfr.*, para la doctrina monista Kelsen, *Principles...*, cit., pp. 324-325, quien no excluye la admisibilidad de esta tesis. Véase, entre los dualistas, Anzilotti, "Parere dissidente alla Corte permanente di giustizia internazionale" (sentencia del 5 de abril de 1933 sobre el *estatuto de la Groenlandia oriental*, Serie A-B fascículo 53) en *Scritti di diritto internazionale pubblico*, II, Padua, 1958, p. 682.

Queda por ver, sin embargo, hasta qué punto la tesis defendida por Anzilotti se separa de la otra opinión. La afirmación de que el jefe del Estado es competente para representar al Estado mismo en la esfera internacional, puede ser, en efecto, entendida en el sentido de que se dirige a restringir la órbita de aplicación del principio por el cual el derecho internacional se refiere a la organización jurídica del Estado, sin que llegue en cambio a excluir la validez de tal principio (Kelsen, *Principles...*, cit., p. 325 en nota 28 *ivi*); ahora bien, la misma libertad de organización interna de la que goza el Estado —y el fenómeno correlativo de las divergencias entre los ordenamientos positivos— deberían inducir a dudar seriamente de la existencia de una noción abstracta de jefe de Estado, que pueda en cualquier forma ser presupuesta por el derecho internacional. Por otra parte, admitiendo que sea lícito construir un paradigma o esquema general de las funciones del jefe del Estado, no por ello se llega a eliminar la eventualidad de que un determinado ordenamiento carezca de un órgano que sea formalmente o efectivamente investido por tales funciones. (Posición eventual, pero no necesaria, "dentro de la colectividad estatal y frente a ella, es la que se llama *Jefe de Estado*, no hoy, sino desde hace siglos", así lo enseña L'Esposito, "Capo dello Stato", en *ED*, VI, p. 226; *cfr.* Sereni, *Diritto internazionale*, II, Milán, 1958, p. 462). Si se toman en cuenta estos límites lógicos de la tesis de Anzilotti, se debería, por tanto, considerar que tal autor, al afirmar la competencia del jefe del Estado, haya querido referirse, en última instancia, al órgano al que el ordenamiento interno atribuye como competencia específica respecto de otros órganos estatales, la de representar al Estado externamente (sobre el significado atribuido por Anzilotti a la noción de "jefe de Estado", *cfr.* Blix, *Treaty Making Power*, Londres, Nueva York, 1960, p. 391, nota 3).

Es difícil ver cómo esta conclusión se distingue de la otra, que presupone en todo caso la referencia del derecho internacional a la organización constitucional del Estado. Véase además, en el sentido de que en derecho internacional no existe una *imposición* sino una *presunción* de competencia de los jefes de Estado, Esposito, *op. ult. cit.*, p. 245.

¹⁰ *Cfr.* artículo 11 de la Constitución, y, en la doctrina Bon di Valsassina, *Il ripudio della guerra nella costituzione italiana*, Padua, 1955, p. 116; *vid* también Mirkine Guetzevitch, "La renonciation à la guerre dans le droit constitutionnel moderne", en *RHDI*, 1951, p. 55 (con amplias referencias a los precedentes históricos y al derecho comparado). En general, sobre la conexión entre derecho internacional de guerra y soberanía estatal: Calogeropoulos-Stratis, "La souveraineté des Etats et les limitations au droit de guerre", en *RHDI*, 1949, p. 153.

que una parte de la doctrina ha visto en ellas meras declaraciones de política legislativa, mientras que otra afirma que tienen contenido jurídico. No se puede sostener en realidad que deban ser identificadas con una u otra de las escuelas doctrinales.

La adhesión a la organización internacional para el mantenimiento de la paz, de la seguridad mundial y la renuncia consiguiente a la guerra como instrumento de ofensa o método de resolución de controversias entre los Estados, no parece que tengan otro significado que el de una fórmula con la que se ha pretendido señalar una limitación de la soberanía estatal. Limitación implícita en la sumisión del derecho interno al derecho internacional, y ciertamente mucho más intensa y evidente en el caso de la adhesión a los sistemas de derecho internacional convencional a que se refiere el artículo 11 de la Constitución.

Para los que, como los dualistas o los defensores de la primacía del derecho estatal, parten de la absoluta originariedad y exclusividad del derecho interno, este artículo se explica como una autolimitación a la que se ha recurrido en efecto para resolver una contradicción que, de otra forma, sería insuperable. Se trata del fenómeno de la sumisión del soberano a la ley y, por tanto, en la esfera de las relaciones internacionales, de la sumisión del Estado al derecho internacional.

Para los monistas que defienden la primacía del derecho internacional, las declaraciones constitucionales, como las del artículo 11, tendrían un valor puramente declarativo. Se limitarían a reafirmar el principio de la limitación o de la posible limitación de la soberanía del Estado que es consecuencia inevitable de la subordinación del derecho interno al derecho internacional.

Tampoco se llegaría a consecuencias distintas afirmando que, de una parte, la tesis de la primacía del derecho internacional y, de otra, la hipótesis opuesta en el monismo o la tesis dualista, enmascaran bajo el razonamiento jurídico concepciones políticas distintas e incluso contrarias. Kelsen,¹¹ en una de las formulaciones menos recientes de su pensa-

¹¹ Kelsen, "Les rapports de système entre le droit international et le droit interne", en *Rec. C.*, 1926, IV (vol. 14), p. 323. Muy recientemente, sin embargo, Kelsen parece haber tomado en consideración el aspecto político de su tesis "Die Einheill von Völkerrecht und Staatlichem Recht", en *ZAORV*, 1958, p. 248, en donde se señalan también los puntos de contacto entre las doctrinas de la Escuela de Viena y algunas concepciones científicas (Cfr. para una referencia Planck, *Vorträge und Eritmerung*, 1949, p. 247). Sobre el significado político del monismo véase también Metall, "Die politische Befangenheit der Reinen Rechtslehre", en *RITD*, 1936, pp. 163-177. Sobre la conexión entre el monismo kelseniano y las concepciones pacifistas, Cfr. Ichimata, "La critique par Kelsen de la théorie de la trans-

miento, ha hablado de una conexión íntima existente entre la postura que defiende la primacía del derecho internacional y el pacifismo internacionalista. Por otra parte, añade, el dogma de la soberanía nacional y el expansionismo imperialista o nacionalista vienen a representar el sustrato político de las hipótesis de primacía del derecho estatal y del dualismo (que, es preciso recordar, no es para este autor una postura aceptable o coherente a no ser que no se identifique o resuelva en la negación del derecho internacional o, lo que es lo mismo, en la absorción del derecho internacional en el derecho interno).

Sin embargo, aun acogiendo esta interpretación auténtica del significado “político” de la tesis monista, es aún preciso ver si la tesis pluralista puede hacerse coincidir sin reservas con una postura contrapuesta al internacionalismo que dicen defender los monistas, o si más bien, las que Kelsen llama contradicciones y contrasentidos jurídicos del dualismo representan o sobreentienden (al defender, por una parte, la existencia y validez del derecho internacional como ordenamiento jurídico y, por otra, la independencia del ordenamiento estatal) una fórmula de compromiso entre las tendencias políticas que Kelsen contrastó. Y es que, ciertamente, se puede dudar que la tesis dualista implique una concepción política contradictoria a la que se presupone para la hipótesis de la primacía del derecho internacional.

Pero, si se quiere considerar nuestro derecho positivo desde este punto de vista, no parece lícito extraer del contexto de la Constitución que ésta se haya inspirado en una más que en otra de las ideologías políticas a que acabamos de referirnos.

También aquí, si no nos equivocamos, el dato legislativo puede plejarse a las distintas orientaciones de la doctrina. El artículo 11 puede explicarse en términos dualistas si se construye como la diagonal de dos componentes: el pacifismo internacionalista, en el que se informa la primera parte del artículo, y el residuo de nacionalismo que puede apreciarse en las cautelas y condiciones con las que, en el seno de la misma disposición, se ha querido atenuar y delimitar la declaración de adhesión a la organización internacional. Por este camino se atribuye al artículo 11 el valor político de un compromiso que siempre que se quiera dar una motivación e interpretación en tal sentido a esa doctrina, se puede considerar propio de la tesis dualista.

Pero igualmente sería posible interpretar este artículo de acuerdo con una y otra de las alternativas que propone la escuela monista.

formation du droit international en droit interne”, en *RITD*, 1938, pp. 233 y ss. (sobre este trabajo *vid. infra*, p. 33).

Empecemos por la hipótesis, que en este aspecto podría despertar alguna complejidad, de la primacía del derecho interno sobre el derecho internacional. En efecto, se plantea la duda de si, una vez identificado el núcleo político de esta hipótesis del monismo en la idea del expansionismo nacionalista, no sería preciso por coherencia reconocer que encuentra *desarrollo* y expresión mucho más adecuada de una forma de hegemonía que en el criterio de paridad que establece el artículo 11 como condición de nuestra participación en la organización internacional. Prescindiendo de ello, es siempre posible atribuir al artículo 11, incluso en los términos en los que se encuentra redactado, un significado que sea conciliable con la tesis que analizamos. La adhesión a la organización internacional podría, en efecto, entenderse como reflejo y consecuencia del reconocimiento mediante el que el Estado (siempre siguiendo a la hipótesis de primacía del derecho estatal) habría considerado el derecho internacional como parte integrante de su propio ordenamiento jurídico. De donde se deduce que la organización internacional no excluye, sino presupone, la soberanía nacional; puede surgir y afirmarse en cuanto encuentre su propio fundamento en la voluntad de los Estados nacionales que se han adherido a ella.

Podría aun objetarse que la hipótesis del reconocimiento, que sólo sirve para explicar la primacía del derecho interno sobre el derecho internacional cuando éste permanezca todavía carente de un aparato institucional eficiente, estaría en cambio destinada a estrellarse contra la realidad política de un superestado, de un ordenamiento internacional que hubiera evolucionado en forma tal de ser capaz de imponer su propia autoridad a los Estados nacionales. Pero incluso en este supuesto podríamos encontrar una explicación monista. Piénsese, por ejemplo, en el mecanismo del contrato social al que Kelsen (y otros autores bien distintos de los monistas) han aproximado la tesis de la primacía del derecho estatal.

Si, en fin, tomamos en consideración la otra hipótesis defendida por el monismo, resultará claro que el requisito de igualdad que exige el artículo 11 no puede considerarse conceptualmente y necesariamente incompatible con la hipótesis de la primacía del derecho internacional, al igual que no constituye argumento invocable *a priori* contra la tesis de la primacía del derecho del Estado. Desde este último punto de vista se puede, en efecto, sostener que el constituyente, al contemplar la paridad entre los miembros de la organización internacional como condición de nuestra participación en experiencias supranacionales, se ha limitado a transcribir en el artículo 11 un principio, el de la igualdad de

los Estados, que caracteriza el derecho internacional en su actual configuración institucional. La tesis monista no niega, en efecto, que el derecho internacional siga siendo todavía un derecho entre iguales y, por tanto, en un cierto sentido un derecho “desorganizado”, es decir, un derecho primitivo. Basta recordar, a tal efecto, la construcción kelseniana de la “descentralización de la fuerza” y del “principio del contrapeso”.¹² Tampoco puede afirmarse con seguridad que, incluso cuando de-sea el advenimiento de una *civitas maxima*, la tesis monista pretenda alejarse del criterio de igualdad entre los Estados como base para el establecimiento futuro de la comunidad internacional.¹³ Si, por tanto, se quisiera dar una interpretación monista, el límite establecido en el artículo 11 debería considerarse, más que introducido por la Constitución, como implícito en la estructura misma del derecho internacional; las reservas con las que el mencionado artículo 11 trata de condicionar la adhesión de nuestro ordenamiento a la organización internacional serían sólo aparentes, y la declaración de nuestro constituyente se manifestaría como inspirada claramente en esa ideología que según Kelsen constituye

¹² Kelsen, *Principles...*, cit., pp. 11 y ss. spec. p. 14. Las tesis citadas en el texto están encaminadas a demostrar que el derecho internacional se encuentra todavía desprovisto de un sistema adecuado de sanciones, de controles y de represión de las actividades ilícitas. Para el paso desde una fase de desorganización a un tipo concentrado de organización, *cf.* del mismo autor, *Peace through Law*, Chapel Hill, 1944, p. 19. Para un análisis sociológico del principio del contrapeso *vid.* Kelsen, *Società e natura*, Turín, 1952, pp. 84 y ss. Sobre el problema del monopolio de la fuerza, *vid.* del mismo autor, *Principles...*, cit. p. 13.

En sentido claramente contrario a la afirmación de Kelsen, según la cual el derecho internacional sería un derecho primitivo se ha pronunciado la doctrina dualista, para la cual no pocas de las instituciones características del derecho internacional se explican a la luz del principio de libertad y de igualdad de los Estados y no, como considera Kelsen, sobre la base de analogías entre el derecho internacional y los ordenamientos primitivos (*cf.* Ago, *Lezioni...*, cit., pp. 96 y ss.). En el mismo orden de ideas se mueve también Giuliano, *La comunità internazionale ed il diritto*, Padua, 1950, pp. 314 y ss., spec. p. 318. Al discurrir sobre los caracteres distintivos del ordenamiento de la comunidad internacional, este autor afirma que el derecho internacional no se puede definir como imperfecto o poco avanzado, si como base de tal definición se asume el grado de organización de la comunidad de la cual tal derecho es expresión. En sentido conforme, en lo sustancial, Paradisi, “Norma fondamentale e contratto alle origini della comunità internazionale”, en *CS*, III, pp. 57 y ss. Este autor advierte que el esquema técnico del acto contractual, utilizado por los estudiosos de distintas orientaciones, se plantea desde el inicio “como un dato originario y no como un perfeccionamiento de la vida jurídica”; y que no podría ciertamente aducirse como apoyo de la tesis contraria la opinión “que se ha convertido en común y repetida en forma mecánica por la cual el derecho internacional sea un derecho primitivo” (p. 62, nota 15).

¹³ Kelsen, “Sovereign Equality of States as a Basis for International Organisation”, en *YLJ*, 1944, pp. 207-220; *Peace through Law*, cit., pp. 34 y ss.

el sustrato en el plano político de la tesis monista: el internacionalismo pacifista.

Y una última observación. La conclusión a la que hemos llegado sigue siendo válida incluso en los casos en los que se encuentran en nuestra Constitución reenvíos a normas concretas de derecho internacional, bien sea general o convencional. Se trata de las disposiciones que se refieren a la posición jurídica de los extranjeros y al sistema concordatario entre el Estado y la Iglesia católica.¹⁴ También ellas son conciliables con ambas posiciones de la doctrina.

Por lo que respecta a la situación de los extranjeros, basta señalar para lo que nos interesa, un hecho, un aspecto destacable: las normas de derecho internacional se refieren, en este caso, a la esfera de un sujeto privado y ello se explica tanto desde el punto de vista monista como desde el punto de vista dualista. Para los monistas los derechos del extranjero (que la Constitución se limitaría a declarar) derivan directamente del derecho internacional; para los dualistas (y para los defensores de la primacía del derecho estatal) derivarían, en cambio, de la norma constitucional y sólo inmediatamente del derecho internacional.

Por lo que se refiere al artículo 7 es conveniente recordar, en este lugar, la fórmula con la que se regulan y describen las relaciones entre el Estado y la Iglesia católica: “El Estado y la Iglesia católica son, cada uno en su propio orden, libres, independientes y soberanos.” ¿Podría afirmarse que con esta expresión nuestro constituyente haya pretendido establecer *expressis verbis*, según una orientación dualista, el principio de que el ordenamiento del Estado y el de la Iglesia son independientes, ya sea recíprocamente el uno del otro, ya, en sentido absoluto, de cualquier otro ordenamiento? Si así fuera, resultaría que la Constitución, al postular la independencia y la originariedad del ordenamiento del Estado (así como el de la Iglesia), ha pretendido excluir que el derecho interno derive del derecho internacional, y que, por el contrario, pudiera admitirse la pertenencia común de Estado e Iglesia a un sistema jurídico universal, como debería haber mantenido si hubiera aceptado la tesis monista.

Pero también aquí basta con invertir los términos del razonamiento para poder explicar y conciliar el artículo 76 con esta última teoría monista. Según tal doctrina, los esquemas posibles abstractamente, para regular las relaciones entre dos o más ordenamientos jurídicos, son la subordinación de un ordenamiento al otro o la subordinación de todos

¹⁴ Artículo 10.2; 7 de la Constitución.

los ordenamientos a un tercero que los coordina: *tertium non datur*. Partiendo de esta premisa el artículo 7 no tendría otro significado que el de reconocer la subjetividad internacional de la Santa Sede,¹⁵ afirmada en la carta fundamental para sancionar, con la garantía de una norma constitucional, la consiguiente obligación del Estado de regular las relaciones de la Iglesia católica respetando las formas del derecho internacional y sin recurrir, en cambio, a los mecanismos de los acuerdos o de la ley interna que están previstos para las demás confesiones religiosas.

3. *Planteamiento del problema*

En los razonamientos que hemos expuesto sucintamente con anterioridad, se ha tratado de demostrar que las disposiciones internacionalistas de nuestra Constitución se pueden conciliar tanto con la tesis mo-

¹⁵ En efecto, resulta claro que también partiendo de la hipótesis monista, no se llega a eliminar el problema “de la soberanía” del Estado y los relativos a las demás características del ordenamiento de los sujetos de derecho internacional. Por ejemplo, el problema de la naturaleza del reconocimiento de Estados o de gobiernos se ha planteado a los monistas tanto como a las demás escuelas, aunque se resuelva en forma distinta según las concepciones, a menudo diferentes, que tienen del Estado. Y la hipótesis de que un Estado declare reconocer el carácter independiente y soberano del ordenamiento de otros sujetos de derecho internacional, lejos de resultar inconciliable con los postulados del monismo, es utilizada en forma explícita por Kelsen y por sus seguidores para explicar el fenómeno del reconocimiento. Nada impide considerar que tal declaración pueda, también para los monistas, encontrarse contenida en una norma de derecho interno o, como en el caso del artículo 7, en una disposición constitucional con la que se reconoce o refuerza el reconocimiento de la Iglesia como sujeto de derecho Internacional. Tal vez se podría objetar que el artículo 7, entendido así, se reduce a una fórmula inútil o redundante ya que ninguno habría jamás dudado del reconocimiento de la Iglesia como sujeto de derecho internacional por parte de nuestro Estado, aun antes y también prescindiendo de una declaración constitucional explícita en este sentido. Pero, si se considera que el artículo 7 establece obligaciones que no existen en relación con otros sujetos de derecho Internacional, la objeción se suplirá fácilmente. Según una opinión, al menos, nuestro constituyente ha establecido en efecto el procedimiento de revisión constitucional para la autorización parlamentaria previa a la denuncia de los pactos de Letrán y tal previsión no podría extenderse ciertamente a la denuncia de otros tratados o acuerdos internacionales, incluso aunque se hubiera incluido en el artículo 10.1 una referencia al derecho internacional convencional. Para la solución dada por los monistas al problema del reconocimiento, *vid.* sobre todo Kelsen, “Recognition in International Law. Theoretical Observations”, en *AJIL*, 1941, p. 605; Verdross, *Volkerrecht*, ct., pp. 88 y ss., 93, 98 (con especial referencia a la subjetividad internacional de la Iglesia católica), 107 y las observaciones de Cassese en la recensión a esta obra RDI, 1957, pp. 655-656. Sobre la equiparación establecida por Kelsen entre Estado e Iglesia en cuanto que uno y otro son “ordenamientos jurídicos soberanos” considerados “en su unidad”, *vid.* Balladore Pallieri, *Le dottrine di H. Kelsen*. . . , cit., pp. 46-47.

nista como con la dualista. En este sentido, como hemos visto, puede hablarse de “indiferencia” o “neutralidad” del dato legislativo respecto a las distintas posiciones teóricas.¹⁶

¹⁶ Esta opinión que hemos formulado se encuentra apoyada por la doctrina (Ago, Morelli, Mónaco) a que hemos hecho referencia anteriormente (*supra*, nota 3). Consideramos, por tanto, que es posible mantener esta conclusión sin necesidad de demostrar su fundamento desde el punto de vista de la metodología de la interpretación. Más exactamente, estimamos que las consideraciones que hemos expuesto en las páginas antecedentes no pueden ser entendidas, en forma alguna, como una desvalorización implícita del método dogmático, o como negación del fundamento de las construcciones lógico-jurídicas, desde el punto de vista de interpretación. Ciertamente, sería un grave error extraer tal argumentación de la relatividad que es propia de todo concepto jurídico, para justificar el resultado último al que fatalmente se llegaría rechazando la existencia —verdaderamente imprescindible— de encuadrar conceptualmente el dato legislativo; es decir, la consideración de una pluralidad asistémica de normas (*cfr.* a este propósito, las páginas sugestivas Pugliatti, *La logica e i concetti giuridici, ora in Diritto civile, Saggi*, Milán, 1951, pp. 667 y ss., especialmente p. 676). Por otra parte, no se puede olvidar la función (sobre la que insiste oportunamente Ascarelli, “L’idea di codice nel diritto privato e la funzione dell’interpretazione”, en *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milán, 1952, p. 198) que ejercitan las construcciones dogmáticas: al determinar que debe ser considerado como típico, contribuyen a conseguir fines de uniformidad y justicia en la aplicación de la ley. Al tratar de darnos cuenta de la posición del legislador sobre el problema que nos interesa, la comprobación que hemos creído poder hacer, significa simplemente que el complejo de las normas recitadas más arriba autoriza a pensar que no han penetrado y no forman parte integrante del instrumento técnico adoptado por el legislador elementos por los que imponga, sin duda, en la construcción dogmática destinada a explicar el sistema normativo una de las dos concepciones generales (monismo y pluralismo) de las relaciones entre el ordenamiento estatal y el ordenamiento internacional. Esto, naturalmente, no equivale a afirmar que sea indiferente para el jurista la búsqueda de una justificación de las enunciaciones de carácter general, en las que basa, colocándolas en un cuadro más amplio, sus investigaciones sobre el dato positivo. Pero en esta situación, el jurista seguirá una orientación, en la que confluye su entera personalidad de estudioso, su formación cultural y, nos sentimos tentados a afirmar, su más profunda *vocación*. Desde nuestra perspectiva, no existe contradicción sin embargo entre el dato de derecho positivo y las posiciones doctrinales. Ambas pueden ser invocadas, y así lo han sido, con utilidad. En nuestro caso, en efecto, no se plantea posibilidad de conflicto entre un determinado esquema conceptual, que es el propio del legislador, y la construcción científica del intérprete. Tal posibilidad ha llevado a algún autor a distinguir entre dogmática interna, la de los conceptos legislativos, y dogmática externa, la elaborada por la ciencia jurídica (Gorla, *Interpretazione del diritto*, Milán, 1941, pp. 62 y ss.; 139 y ss.), atribuyendo validez y legitimidad a esta última sólo en cuanto proceda al desarrollo de los conceptos legislativos, es decir, a los propios del ordenamiento que se considera (*cfr.* las críticas de Betti, *Interpretazioni della legge degli atti giuridici*, Milán, 1949, pp. 15-16). Sin embargo, conviene señalar que sería una grave equivocación atribuir al legislador determinadas concepciones (que se consideran con razón o sin ella, dictadas por exigencias de la lógica jurídica) que sin embargo no tiene. En estos límites, todavía son válidas las acertadas afirmaciones de Geny, *Methodes d’interprétation et sources en droit privé positif*, I, París, 1954, pp. 51 y ss., 124 y ss.

Demostrado que según la tesis que se elija para la definición de las relaciones entre los ordenamientos, se pueden dar distintas interpretaciones de nuestro sistema, es preciso aclarar y profundizar todavía en las diferencias sustanciales que existen entre las distintas construcciones del derecho positivo.

A tal fin es preciso advertir de inmediato que el problema más importante, y que hay que examinar ante todo, es el que regula el artículo 10, apartado 1, de la Constitución, que reza: "El ordenamiento jurídico italiano se ajusta a las normas del derecho internacional generalmente reconocidas." Como hemos de ver, es necesario valorar el significado exacto de este artículo para explicar y construir en forma coherente el sistema de los demás preceptos constitucionales a que antes hemos hecho referencia. Los problemas relativos al análisis del artículo 10.1 de la Constitución deben ser, en efecto, planteados y resueltos en el siguiente orden:

- 1) Definición del concepto de adaptación del derecho interno al ordenamiento internacional; procedimientos de adaptación;
- 2) Determinación del valor, en el sistema de fuentes de nuestro ordenamiento, de las normas de adaptación al derecho internacional.

Hemos efectuado una exposición lógica, ya que la solución que se dé al problema de la adaptación condicional, en el sentido y por los límites que se han de aclarar, esa otra cuestión que es la relativa al valor y rango de las normas introducidas en el ordenamiento interno. Debe añadirse que entre uno y otro problema existe una relación de progresión incluso en el sentido de que los problemas de orden teórico, que se plantean desde la perspectiva de la relación entre la norma de derecho internacional y la norma de derecho interno (núcleo esencial del problema de la adaptación), resultan, por así decirlo, superados una vez que se haya comprobado qué efectos otorga el ordenamiento interno a la norma de derecho internacional y se trate por tanto sólo de determinar la posición que corresponde a las normas de adaptación en el sistema de las fuentes del derecho estatal.

Más exactamente, y por anticipar una conclusión a la que llegamos tras examinar el artículo 10.1 de la Constitución, se observa que la divergencia entre la tesis monista y la dualista es máxima cuando se toma en consideración la posición que asumen con respecto a las relaciones entre los dos ordenamientos; pero se va reduciendo dicha divergencia a medida que nos adentramos en el terreno del derecho positivo, en el examen concreto de los diversos procedimientos de adaptación. Y esto se comprueba por el hecho que el concepto de adaptación ha sido con-

figurado tanto por los monistas como por los dualistas en una forma tal que pudiera satisfacer ciertas exigencias dogmáticas, las cuales representan por tanto una base común para las construcciones de ambas corrientes doctrinales.

Pero, antes de abordar la investigación que nos proponemos, es necesario refutar la tesis que afirma que el problema de la adaptación no es concebible si no se parte de los postulados del dualismo. Premisa de esta afirmación es que el fenómeno de la adaptación se verifica exclusivamente cuando existen normas que han sido establecidas en un ordenamiento separado y diferente de aquel a que pertenece la norma de adaptación. Así, se dice, si el derecho internacional y el derecho interno son concebidos como un único ordenamiento, no se plantea el problema de la adaptación. Veámoslo en las dos hipótesis de la escuela monista:¹⁷

1) Si se acepta la primacía del derecho interno, porque los efectos que los defensores de la otra corriente monista, o los del dualismo, van a la norma internacional, se producirían aquí en virtud de una norma de derecho interno, y sólo indirectamente en virtud del derecho internacional. Según la tesis a la que estamos haciendo referencia no habría, en consecuencia, ninguna necesidad de que el ordenamiento interno se armonizase con una norma que habría sido establecida por el mismo ordenamiento;

2) Si, en cambio, se presupone la primacía de derecho internacional, porque deriva en consecuencia que este último entra inmediatamente en vigor en la esfera del derecho interno, de forma similar a como el derecho federal opera dentro del ordenamiento de los Estados miembros.

A estas afirmaciones se debe objetar, en primer lugar, que la hipótesis de primacía del derecho internacional no implica que las normas de este ordenamiento deban entrar en vigor en forma inmediata en el ordenamiento estatal. En efecto, se ha precisado por algunos autorizados autores del monismo que el derecho internacional, o al menos las normas de derecho internacional convencional, adquieren eficacia inmediata en el ordenamiento estatal cuando los Estados que han participado en su formación (las partes contratantes de un tratado), han determinado también, en el sentido que más adelante se precisará, cuáles son los destinatarios de la norma, disponiendo que ésta pueda ser aplicable a los órganos o a los sujetos del ordenamiento interno.

Esta hipótesis, sin embargo, como admiten la mayoría de los autores

¹⁷ Socini, *L'adeguamento...*, cit., spec. cáp. III.

monistas, es excepcional.¹⁸ Normalmente el derecho internacional se aplica a los individuos sólo a través del derecho interno. Y no sólo ello, incluso cuando las normas de derecho internacional se dirigiesen en forma directa a los sujetos, y fuesen en consecuencia de ejecución inmediata en el interior de los ordenamientos estatales, existe la posibilidad (siempre según la misma doctrina monista) de que el derecho interno exija, antes de darles aplicación, que estas normas sean traducidas o transformadas en normas estatales. Como explicaremos más adelante, los mismos monistas reconocen que las normas de derecho internacional son aplicables directamente cuando la Constitución y el ordenamiento interno no disponen algo en contrario.

Y conviene no olvidar que, cuando la Constitución guarda silencio sobre la aplicabilidad directa del derecho internacional, contiene siempre, sin embargo, otras disposiciones, como las que se refieren a la competencia para estipular tratados internacionales. Y de ellas deducen los monistas que el ordenamiento interno, al haber autorizado a ciertos órganos a crear normas internacionales, ha pretendido también, por ello mismo, conferir a las normas así creadas la misma eficacia que confiere a las normas de derecho interno.

También para la tesis monista la aplicabilidad directa de las normas de derecho internacional en el derecho interno deriva de las disposiciones de este último, como veremos más adelante. El derecho internacional por ello, ya sea configurado como un ordenamiento distinto, ya como una parte del mismo ordenamiento estatal, no puede desplegar su propia eficacia en el derecho interno sin que éste lo consienta aunque sea implícitamente. Pero de ello se deduce que el problema de la adaptación se plantea tanto para la tesis monista como para la tesis dualista. Así es si, como parece opinión dominante, la adaptación consiste en determinar qué actos normativos son necesarios en el derecho interno para que el derecho internacional pueda recibir aplicación en él.

Esta afirmación también es válida para la tendencia monista que afirma la primacía del derecho estatal. Afirmar que reside en el derecho interno la base de ese ordenamiento unitario en el que la escuela monista engloba derecho internacional y derecho interno, no excluye tampoco que el Estado deba o pueda dictar una norma de adaptación para el cumplimiento de las obligaciones internacionales. La tesis contraria a la que antes hemos hecho mención, parece fundarse en que sería inconcebible una norma interna de adaptación a una obligación que nace

¹⁸ Verdross, "Fondement du droit international", en *Rec. C.*, 1927, I (vol. 16), p. 305.

del derecho estatal y por él puede ser eliminada. Pero es erróneo limitar los problemas de la adaptación a los casos en los que existen dos ordenamientos que se presumen diferentes y separados. También se plantea en el seno del mismo ordenamiento, cuando se trata de adaptar una de sus partes a otra. Con respecto de la revocabilidad de las obligaciones internacionales por parte del Estado hay que observar, en primer lugar, que esta consecuencia ha sido rechazada por algunos de los mismos defensores de la primacía del derecho estatal, y, en segundo lugar, que serían revocables (aceptando los postulados de la tesis a la que nos referimos) no sólo las normas de aquella parte del derecho del Estado que viene a corresponder con el derecho internacional (o como también se dice al derecho público externo), sino también todas las demás. Que el Estado pueda revocar la obligación internacional sólo significa que la norma de la que deriva esta obligación puede ser eliminada mediante otra norma del ordenamiento estatal. Por ello no excluye que, hasta que la norma establecida por el Estado para regular sus relaciones exteriores (que en la hipótesis de primacía del derecho estatal es una norma interna) permanezca en existencia, pueda o deba emanarse otra norma que provea a adaptar el mismo ordenamiento estatal a las exigencias que derivan de la primera.

Tampoco se podría objetar que las normas de derecho internacional estén subordinadas jerárquicamente a las normas internas, dado el criterio con el que, partiendo de la superioridad del derecho estatal, debe construirse la jerarquía de las fuentes. Si así fuera, resultaría contradictorio admitir, por una parte, la primacía del derecho interno y, por la otra, la posibilidad de que las normas estatales pudieran desarrollar las internacionales o adaptarse a ellas.

La doctrina que defiende la primacía del derecho estatal no ha precisado cómo debe construirse la *Stufenbau*, salvo en el sentido de que la norma básica debe estar supraordinada a las normas de derecho internacional; norma básica que, en este caso, sería la norma de derecho interno de la que deriva la eficacia del derecho internacional mismo. Pero de ello no deriva, necesariamente, que en la jerarquía de las normas subordinadas, las de derecho internacional deban estar colocadas en un plano inferior a las normas de derecho interno, distintas de esa norma básica.¹⁹

¹⁹ V. Balladore Pallieri, *Le dottrine di H. Kelsen...*, cit., pp. 57 y ss. Este autor ha visto que uno de los aspectos más débiles y contradictorios del monismo, consiste en que Kelsen, aunque afirma la necesidad de adaptar la construcción científica a la realidad del ordenamiento positivo, ha olvidado observar que la ordena-

Demostrado así que el problema de la adaptación se plantea cualquiera que sea la tesis que se pretenda aceptar, es preciso examinar ahora las distintas soluciones que los monistas y los dualistas dan al mencionado problema.

Por los primeros se sostiene que las normas establecidas por el derecho interno con el fin de que las normas de derecho internacional puedan alcanzar eficacia en este ordenamiento, son parte integrante del proceso de producción de las normas internacionales, o actos de aplicación, ejecución y desarrollo de las mismas. Para la tesis dualista, en cambio, las normas internas de adaptación y las normas internacionales deben ser consideradas como separadas lógicamente, ya que, perteneciendo a ordenamientos distintos, tienen características estructurales, esferas de eficacia y destinatarios también distintos.

Precisemos, no obstante, que para aquel sector de la doctrina monista que concibe la norma de adaptación como parte del proceso creativo de la norma internacional, dicha norma de adaptación es también una norma de derecho interno. Y ello porque, dada la relación de identidad que existe entre los dos ordenamientos, como presupuesto de tal tesis, no son lógicamente incompatibles las calificaciones de norma de derecho internacional y de norma de derecho interno, pudiendo por tanto aplicarse a un mismo acto normativo.

Además la doctrina monista no incurriría en contradicción si sostuviera que la norma de adaptación es, al mismo tiempo, acto ejecutivo en cuanto aplica la norma de derecho internacional, y acto normativo, ya que, y en cuanto extiende la eficacia de esta última norma a los órganos y a los súbditos del Estado a los que el derecho internacional se dirige, al menos normalmente, sólo de forma mediata. En la construcción por escalones del ordenamiento jurídico, como ha señalado Kelsen, si se prescinde de la *Grundnorm*, que es ella sola acto normativo, y de las actividades materiales de ejecución, no hay una distinción clara entre creación y aplicación del derecho: cada norma, cada escalón de la *Stufenbau*, es ejecución de una norma que la precede y, al mismo tiempo, creación de una norma nueva y más completa.²⁰

ción del sistema de fuentes cambia (más bien, resulta revolucionada) según que se postule la primacía del derecho internacional o la del derecho interno. De donde se sigue la consecuencia que una de las dos hipótesis (que Kelsen considera como igualmente fundadas y admisibles) contradice en forma necesaria el ordenamiento positivo. La libertad de elección que Kelsen deja al intérprete es insostenible para Balladore Pallieri y, en definitiva, contradice la lógica "interna" del monismo.

²⁰ Sobre este punto, sobre todo *vid.*, de Kelsen, *El contrato y el tratado analizados desde el punto de vista de la teoría pura del derecho*, México, 1943, p. 1 y, más

Hemos de volver sobre estas consideraciones, al examinar más de cerca el concepto de adaptación. Nos basta en esta sede con haber señalado qué razones inducen a considerar que el problema que planteamos se suscita también fuera de la tesis dualista.

Otra prueba de la posibilidad de que el problema de la adaptación subsista también dentro del mismo sistema jurídico, la ofrece la experiencia de los Estados federales y las discusiones, recientes, sobre las relaciones existentes entre la ley regional y la ley estatal en nuestro ordenamiento.²¹

recientemente, las agudas afirmaciones de Crisafulli, "Atto normativo", en *Ed*, IV, pp. 248-249.

²¹ *Cfr.* Estos problemas en: Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*,⁵ Padua, 1960, pp. 729 y ss.; Virga, *La Regione*, Milán, 1949, cap. II; Socini, *L'adeguamento...*, cit., pp. 70 y ss.; Lipartiti, *L'adattamento...*, cit., pp. 9 y ss. de la separata.

La posibilidad de extender el mecanismo conceptual del reenvío a las remisiones que se pueden producir entre normas pertenecientes a un mismo ordenamiento es, sin embargo, rechazada por un sector de la doctrina constitucional. La cuestión ha sido debatida sobre todo, con el fin de comprobar si la legislación estatal (en materia de competencia regional) permanece o entra en vigor respectivamente (según que sea anterior o sucesiva a la instauración del ordenamiento regional) en la esfera territorial de la región prescindiendo de un acto de recepción con el que el legislador regional declare aplicar a la región las normas establecidas por el Estado o prorrogar su eficacia temporal. Jurisprudencia y doctrina han afirmado que un acto de recepción regional de las normas estatales aunque se refiera a las materias reservadas a la competencia exclusiva del legislador regional, debe considerarse inútil, o incluso inconstitucional. *Cfr.* para datos jurisprudenciales GC, 1956, p. 516.

Esta conclusión ha sido fundada en la continuidad existente entre el viejo y el nuevo ordenamiento (se ha afirmado así que la instauración del ordenamiento nuevo no implica automáticamente la extinción o caducidad de las normas del ordenamiento anterior) y en la estructura unitaria, aunque descentralizada, del ordenamiento actual. Esta última explicaría cómo las normas del Estado tienen eficacia automática en todo el territorio nacional. En defensa de la tesis de la aplicabilidad inmediata de las leyes centrales en el territorio de la región, se ha utilizado la distinción entre "competencia subjetiva", es decir, competencia del legislador central para dictar normas cuyo ámbito de aplicación coincide con la esfera territorial del ordenamiento estatal y competencia "sustancial", "la que se refiere a las distintas materias, parte de las cuales ha sido transferida a la potestad del legislador regional": Así, Arias, "Rapporti tra lo Stato e la regione siciliana nella giurisprudenza dell'Alta Corte", en *RMAS*, 1951, p. 184. No podemos entrar en el examen de esta cuestión, que aquí nos interesa directamente. Sin embargo, queremos observar que no es lo mismo determinar si es preciso un acto de recepción, implícito o explícito (*Cfr.* sobre este punto Martines, "Questioni e dibattiti sulla legislazione regionale siciliana", en *RTDP*, 1954, p. 234) de la ley estatal en el ordenamiento de la región, que comprobar si el legislador regional puede ejercitar su propia competencia reenviando a otras normas establecidas por el legislador estatal, por otro legislador regional, o incluso por fuentes de ordenamientos jurídicos extranjeros o distintos del estatal, en lugar de dictar directamente su contenido. *Cfr.* sobre esta última cuestión, las agudas afirmaciones de Lavagna, "Sulle leggi regionali receltizie", en *GC*, 1959, pp. 652-653. Incluso admitiendo que la unidad del ordenamiento

Debe admitirse, con ciertas reservas, el principio de que el derecho federal entra inmediatamente en vigor en el ordenamiento de los Estados miembros. Si, en efecto, se excluye del ámbito del derecho federal la propia Constitución federal, considerando esta última como un ordenamiento superior al derecho federal y al derecho local, está claro que el derecho establecido por el Estado central, bien sea la forma de ley o de otro acto normativo, será inmediatamente aplicable en el ordenamiento de los Estados miembros sólo en aquellos casos en los que la competencia legislativa federal sea exclusiva. En las hipótesis, que la doc-

estatal baste para explicar la aplicabilidad automática de las normas estatales (Cfr. las reservas formuladas por la autorizada voz de Mortati, *Istituzioni*⁵ . . . , cit., pp. 728-730 y bibliografía allí citadas), no se puede inferir de esta premisa, como hace Martines (*Questioni* . . . , cit., p. 233), la inadmisibilidad de un reenvío entre fuentes que pertenecen a un mismo ordenamiento. Se ha demostrado por autorizada doctrina que no existe ningún motivo válido para confirmar el fenómeno del reenvío en las relaciones entre ordenamientos independientes y, asimismo, originarios. Así resultará, también de las referencias que tendremos ocasión de efectuar más adelante a la concepción monista del reenvío, v. *infra*, pp. 31 y ss.; 134 y ss.; *cfr.*, en el sentido de la admisibilidad del reenvío a una ley estatal por parte del legislador regional, Mortati, *op. loc. ult. cit.*; Balladore-Pallieri, "L'attività legislativa delle Regioni", en *Atti del Primo Convegno di Studi Regionali*, Padua, 1955, p. 94; Chiarelli, "Rapporti tra potestà legislativa dello Stato e della Regione", en *CCCC*, 1948, III, p. 1137; Giannini, "Problemi relativi all'abrogazione delle leggi", en *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Perugia*, Padua, 1942, p. 30 y bibliografía allí (nota 9) citada; este autor denomina el reenvío entre normas del mismo ordenamiento, como reenvío "infraconstitucional"; Sperduti, "La produzione di norme giuridiche mediante rinvio al diritto straniero", en *Leggi d'Italia*, 1946, p. 8, en donde, aceptando una opinión de Perassi, se afirma la unidad del fenómeno de la recepción de las normas extranjeras y del de la producción de normas jurídicas mediante el expediente del "reenvío interno"; Piccardi, "La pluralità degli ordinamenti giuridici e il concetto di rinvio", en *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, I, 1940, pp. 257, 275 en nota; Biscontini, "Osservazioni sulla funzione delle norme di diritto internazionale privato", en *Jus*, 1941, p. 456, donde se pone de manifiesto la analogía estructural de la norma de derecho internacional privado con las llamadas normas de *extensión* o de *correlación*, las cuales, dentro del ordenamiento interno vendrían a asumir la función de extender ciertas normas jurídicas "a supuestos de hecho que originariamente no contemplaban", p. 460 (*cfr.* p. 461, donde se precisa que el objeto de la extensión sería el contenido lógico de la norma llamada, para el establecimiento de algunas notas diferenciales entre las normas de derecho internacional privado y las demás normas de extensión, *vid.* p. 463). *Vid.*, también Batiffol, *Traité élémentaire de droit international privé*, París, 1959, p. 302 y la bibliografía allí citada, nota 16-19, p. 306, nota 29. Para una amplia reseña de las opiniones sobre el reenvío dentro de un mismo ordenamiento plurilegislativo, *cfr.*, entre la más reciente doctrina, Tommasi di Vignano, *Note critiche su alcuni recenti saggi in tema di rinvio*, Milán, 1960, spec. pp. 30, 33 y ss. (con referencia a la naturaleza de las normas "de conflicto interlocal"). El hecho de que el ordenamiento regional se encuentre comprendido en el más amplio ordenamiento del Estado, significará, todo lo más que en forma distinta de lo que ocurre en la hipótesis de una pluralidad de ordenamientos distin-

trina denomina en forma variada (competencia compartida, concurrente, fraccionada, etcétera), en las que la ley federal debe ser desarrollada, ejecutada o recibida antes de ser aplicada en la esfera de los

tos y separados que pueden entrar en contacto sólo a través de los reenvíos que un ordenamiento haga espontáneamente a otro la aplicación de las normas centrales de un ordenamiento unitario, también las relativas en materias reservadas a la competencia exclusiva del legislador local, ocurre prescindiendo de un acto de recepción por parte de este último. La inconstitucionalidad de una norma de reenvío regional podría defenderse (aunque no sea problema del que nos podamos ocupar, ni siquiera incidentalmente en esta sede) por la inderogabilidad de las normas constitucionales que fijan el límite territorial de la ley regional: ello si se considera que tal límite se frustra por una ley regional que al reenviar una norma de una región distinta, tiene como consecuencia extender el ámbito de vigencia de la norma reenviada. Al mismo resultado se debería llegar si, una vez configurada la norma de reenvío como norma sobre la producción, se concluyese que el legislador regional, al operar la recepción y la novación de fuentes distintas, aunque pertenecientes al ordenamiento estatal, alarga el mecanismo de las formas de producción del derecho e invade por esta vía un campo que debería estar regulado por la Constitución o por el estatuto regional. *Cfr.*, sobre este problema las interesantes observaciones de Lavagna según el cual, el intérprete, para comprobar la inconstitucionalidad de una ley regional receptiva, debe controlarse la recepción de normas estatales (y, se podría añadir de otras normas regionales: *Cfr.* Chiarelli, *op. ult. cit.*, p. 1137) representa una forma, aunque atípica de ejercitar la potestad legislativa propia de la región, o, en cambio, un ejercicio de potestad distinta y más amplia, y como tal exorbitante de la primera, *op. cit.*, p. 656. *Cfr.* sobre una figura de reenvío o de reclamo o de reenvío recíproco (la así llamada "reciprocal legislation", cuya constitucionalidad es discutida entre normas locales en el ordenamiento constitucional de los Estados Unidos, La Pergola, *Studies in Public Law*, Milán, 1959 (ed. prov.), p. 100 en nota. Pero es demasiado evidente que las dudas acerca de la constitucionalidad de las normas receptivas regionales derivan no ya de la inadmisibilidad lógica de un reenvío dentro del mismo ordenamiento de carácter unitario, sino de los límites que se pueden establecer por el derecho positivo a cualquier forma de reenvío: por tanto, también al reenvío hecho por el legislador estatal a un ordenamiento extranjero, por ejemplo, al derecho extranjero al derecho internacional. Debe notarse que el funcionamiento de la norma de derecho internacional privado o de otras normas de reenvío encuentra los límites que derivan del orden público, de la Constitución o también según una autorizada doctrina (Mortati, "I limiti della legge regionale", en *Jus*, 1959, pp. 452-453) del orden público constitucional. Para una mención a la hipótesis de que el legislador decida no sólo condicionar sino también excluir el reenvío a otros ordenamientos, *cfr.* Biscottini, *op. ult. cit.*, p. 464. Piénsese que Martínez, *op. loc. ult. cit.*, mientras, como se ha dicho, excluye la posibilidad de un reenvío entre fuentes distintas del mismo ordenamiento, reconoce que se pueda dar un fenómeno de adaptación de la legislación regional a las normas estatales. Y ello porque, en este último caso, el legislador regional ejercitaría su propia potestad, no ya en forma elíptica o abreviada, como ocurre con el reenvío, sino formulando explícitamente el contenido de las normas que debe dictar cada vez para adaptar el ordenamiento local a las exigencias de la legislación nacional. Esta conclusión no nos convence. La adaptación puede ser dispuesta en forma automática (*cfr. infra*, p. 81), mediante una norma configurada en forma análoga, si no idéntica, a la norma de reenvío.

Estados miembros, surge la necesidad de adaptar en el seno de un mismo ordenamiento jurídico el derecho local al derecho federal.²²

Tal afirmación resulta más clara cuando el procedimiento de adaptación al derecho federal por parte del ordenamiento del Estado miembro es diferente del procedimiento de adaptación de este último ordenamiento al derecho internacional. Prescindimos, en efecto, del supuesto en que la potestad de concluir tratados constituye una competencia exclusiva de los órganos federales y las normas establecidas mediante tratado entran a formar parte tanto del ordenamiento del Estado federal como de los ordenamientos locales. En este caso, la adaptación del derecho del Estado miembro a las normas emanadas por los órganos federales en el ejercicio de una competencia exclusiva, comprende la adaptación al derecho internacional convencional. Pero pueden existir supuestos en los que las dos figuras de adaptación no coincidan.

Serán así necesarios procedimientos de adaptación diferentes y separados, para que el Estado miembro adapte su propio ordenamiento al derecho internacional y para que, en los casos de competencia concurrente, el derecho establecido por los órganos legislativos centrales sea eficaz en los ordenamientos locales. Tendríamos la misma situación, cuando el Estado federal y los Estados miembros estén, ambos, dotados de subjetividad internacional y, por tanto, aunque en medida distinta, del poder de concluir tratados y del de legislar en materia de asuntos internacionales. En tal caso, el problema que se plantea al Estado miembro es doble. Por una parte, en cuanto que tiene propia subjetividad internacional, o el poder de dictar normas de ejecución de tratados internacionales, tal ordenamiento debe adaptarse a las normas de derecho internacional; por otra parte, debe adaptarse al derecho federal, en los casos, y dentro de los límites en el que éste esté establecido en el ejercicio de una competencia repartida entre los órganos federales y los órganos estatales, y no en el ejercicio de una competencia exclusiva. Éste y otros problemas, conexos a la estructura del Estado federal, vienen a demostrar como conclusión que el fenómeno de la adaptación, se plantea, además de en la hipótesis de existencia de varios ordenamientos separados e independientes, en la otra de un ordenamiento único siempre que esté descentralizado.

²² Bernhardt, *Der Abschluss völkerrechtlicher Verträge im Bundestaat*, Berlín, 1957, spec. p. 134; McLeod Hendry, *Treaties and Federal Constitutions*, Washington, s.d., 1955, pp. 197 y ss.

4. La transformación del derecho internacional en derecho interno en la concepción de Kelsen

a) La transformación del derecho internacional convencional

Veamos, en primer lugar, cómo se configura el fenómeno de la adaptación, entendido en el sentido arriba indicado, en el principal exponente de la doctrina monista: Kelsen.²³

La consideración especial, si bien no exclusiva, del pensamiento del jurista vienés, nos parece justificada no sólo por la relevancia de su construcción en el ámbito de esta dirección doctrinal, sino también por el hecho de que Kelsen es el autor que ha dedicado al problema la investigación más específica y penetrante, dándole una sistematización exhaustiva.

Pero existe otra razón que nos induce a detener la atención sobre la posición de Kelsen. Desde el punto de vista de la doctrina dualista (o, si se prefiere, pluralista), el problema de la transformación da lugar solamente a una problemática, que representa la puntualización coherente y el desarrollo inmediato de los presupuestos metodológicos que constituyen su base.

²³ Kelsen, H., "La transformation du droit international en droit interne", en *RGDIP*, 1936, pp. 4 y ss.; *Principles*, cit. pp. 194, 351, 431 y ss. Véanse, además, de entre las otras obras de Kelsen: *Less rapports de système...*, citado pp. 217 y 315; "Théorie du droit international public", en *Rec.C*, 1932, IV (vol. 42), pp. 121 y ss., pp. 168 y ss.; "Contribution á la théorie du traité international", en *RITD*, 1936, pp. 253 y ss.; "Théorie du droit international coutumier", *ibidem*, 1939, pp. 257 y ss.; *Teoría generale del diritto e dello Stato* (trad. G. Treves), 1952, pp. 346 y ss., 353 y ss.; "Théorie du droit international public" en *Rec. C*, 1953, III (vol. 84), pp. 135 y ss. Sobre la concepción monista del concepto de transformación, confróntese Kopelmanas, "Du conflit entre le traité international et la loi interne", en *RDILC*, 1937, pp. 88 y ss., 310 y ss., 341. Cfr. las observaciones generales de Mestre: "Les traités et le droit interne", en *Rec. C*, 1931, IV (volumen 38), p. 261. Sobre la construcción kelseniana de las relaciones entre derecho internacional y derecho interno, véase en la doctrina italiana Balladore Pallieri, *Le dottrine di H. Kelsen...*, cit. pp. 24 y ss. (sobre el significado de las normas internacionales que se dirigen a los individuos, véase pp. 78 y 79). Véase también, por último, Zampetti, *Metafisica e scienza del diritto nel Kelsen*, Milán, 1956, pp. 109 y 139; y sobre la concepción kelseniana del derecho internacional en particular pp. 122 y ss. El tema desarrollado en este y en los sucesivos apartados ha aparecido traducido al castellano, en la *REDI*, vol. XIV, 1961, pp. 1 a 50, bajo el título "La transformación del derecho internacional en derecho interno y la teoría de Hans Kelsen". Los traductores han considerado conveniente mantener, en lo posible, esta traducción para la presente versión de esta monografía.

La prueba más convincente de lo fundado de esta idea nos parece que viene ofrecida por el planteamiento que da Kelsen a su argumentación y por la idea que encontramos, a menudo, en los escritos de este autor y de algunos de sus seguidores (Verdross, por ejemplo). Idea de que precisamente el problema de la transformación deriva del punto de vista erróneo que sería peculiar y característico de la posición dualista. Nosotros intentaremos demostrar, en las páginas que siguen, que, a pesar de esta autorizada afirmación, el problema se plantea así, tanto en la doctrina monista, como en la concepción opuesta. Pero es la consideración de la primera la que presenta quizá mayor interés y permite estudiar algunos aspectos que no creemos hayan sido tratados por la bibliografía existente sobre el problema.²⁴

Kelsen parte del supuesto de que el concepto de transformación del derecho internacional en derecho interno, es decir, la tesis según la cual el derecho internacional no puede ser aplicado en los ordenamientos

²⁴ En efecto, no parece que, prescindiendo de la literatura de carácter general sobre las concepciones de Kelsen, el argumento concreto de la transformación haya sido objeto de crítica o de notable interés por parte de la doctrina: con la excepción del artículo ya citado de Ichimata, "La critique..." cit., en el que, sin embargo, se limita a considerar críticamente el aspecto o el móvil político de la tesis de Kelsen, tesis que considera inatacable desde el punto de vista lógico (pp. 223-224). Advierte, en efecto, Ichimata, que Kelsen se ve obligado a rechazar la noción dualista de la transformación, sobre todo por su propósito de negar, frente a la opinión comúnmente admitida, que el rey o el poder ejecutivo sean competentes para ejercitar el *treaty making power* sólo en el plano del ordenamiento internacional, quedando el ordenamiento interno libre para fijar las normas y modos de ejecución y de desarrollo de las normas (internacionales) creadas mediante el tratado (p. 255). La limitación y el error más grave de Kelsen consistirán, por lo tanto, según Ichimata, en haber edificado su tesis sobre la base del supuesto de que la potestad de concluir los tratados y la de darles ejecución en el ordenamiento interno estén atribuidas a un mismo órgano, y que, por lo tanto, sea innecesaria la transformación. La transformación, afirma Ichimata, es una constatación que está fundamentada sólo parcialmente (y, por lo tanto, carece de valor científico), ya que no responde a la realidad constitucional de los Estados de régimen autoritario. Pero es harto evidente que formuladas en estos términos, las objeciones de Ichimata a las tesis de Kelsen se revelan como carentes de consistencia. Sobre este punto nos remitimos a todo lo que hemos afirmado en el texto sobre la posibilidad de que la conclusión y la ejecución de los tratados sean configuradas como poderes distintos, y atribuidas a distintos titulares, no tanto para afirmar la independencia del derecho estatal respecto al derecho internacional o la ideología política que Kelsen y el mismo Ichimata definen como nacionalista y autoritaria, como, por el contrario, para asegurar el control del legislador, normalmente dirigido a la ejecución de los tratados sobre la actuación de los órganos ejecutivos investidos del *treaty making power*.

Por lo tanto, el ordenamiento positivo que sanciona el principio de la transformación de los tratados no debería ser calificado necesariamente como autoritario, en el sentido en que Ichimata parece entender esta calificación.

estatales sin ser antes transformado en derecho interno, es una consecuencia de la concepción que postula la absoluta separación del derecho interno y el derecho internacional. El concepto de transformación del que hablan los dualistas, afirma Kelsen, deriva de la premisa falsa de que el derecho internacional (y, por lo tanto, también la norma internacional individual aisladamente considerada) vincula sólo al Estado y no a los órganos o sujetos de este último. De aquí la necesidad de que la norma de derecho internacional sea transformada en una norma correspondiente de derecho interno, capaz de vincular inmediatamente a los sujetos del ordenamiento estatal.

Según Kelsen, el error de la doctrina dualista consiste precisamente en estimar que los destinatarios de las normas internacionales sean los Estados, y los destinatarios de las normas internas los individuos. Esta tesis presupone que el derecho internacional y el derecho interno tengan sujetos distintos, así como distinto objeto y distintas fuentes; lo que, como es bien sabido, Kelsen niega decididamente, estimando que fuentes, sujeto y objeto de uno y otro sistema no pueden ser distinguidos con base en características estructurales. Para ser más precisos: Kelsen no niega que de los dos elementos de que se compone la norma del derecho internacional, al igual que cualquier otra norma jurídica —el elemento objetivo, el comportamiento humano que la norma regula, y el elemento personal, el sujeto a quien se dirige—, el segundo pueda ser indeterminado. Cuando sucede esto último, la norma de derecho internacional, que queda incompleta, ya que no está plenamente individualizada en sus propios elementos constitutivos, viene desarrollada e integrada por normas internas; esto significa, según él, que la norma se dirige a los sujetos y a los órganos del Estado sólo mediatamente, esto es, a través de las normas estatales que hacen posible la aplicación del derecho internacional en el ordenamiento interno. Concretaremos el significado de esta construcción más adelante. Pero puede suceder que las partes en un tratado hayan pretendido hacer las normas que ellas crean inmediatamente aplicables a los sujetos de sus respectivos ordenamientos. En este caso, afirma Kelsen, a no ser que exista una disposición constitucional que imponga a los órganos estatales la obligación de aplicar sólo el derecho creado a través de una de las formas (ley, reglamento, etcétera) existentes en el ordenamiento interno, la norma creada con el tratado es estructuralmente completa y susceptible de aplicación inmediata en el interior del Estado.

El mismo Kelsen admite, por tanto, que si la Constitución contiene tal disposición o el tratado (o, mejor dicho, las normas contenidas en

el mismo), han sido dejados incompletos por los Estados contratantes, la transformación es necesaria.

Queda todavía por ver cuál sea la naturaleza jurídica que Kelsen atribuye a este fenómeno. Dado que, según la doctrina dualista, hay una verdadera y propia transformación cuando existen dos normas, una de derecho internacional y la otra de derecho interno, dotadas ambas de fuerza normativa, y de las cuales la última tenga el mismo contenido que la primera, el procedimiento por el que se transforma una norma de derecho internacional en una norma correspondiente en el derecho interno lo configura Kelsen en una de estas dos formas:

1) La llamada transformación es una pura y simple repetición de una norma anterior, en cuyo caso no puede tener valor normativo.

2) Si tiene fuerza normativa, el acto de transformación es necesariamente parte integrante del proceso de producción de la norma internacional.

En ambas hipótesis existiría, por lo tanto, una transformación sólo aparente, ya que es requisito indispensable para que exista una verdadera transformación que tanto el acto que debe ser transformado, como el que realiza la transformación, tengan valor normativo.

En la primera de las hipótesis señaladas, el llamado acto de transformación carecería de valor normativo, ya que, en vez de crear nuevo derecho, se limitaría a reforzar el contenido de una norma anterior.

En la segunda, por el contrario, el acto por el cual el ordenamiento interno introduce en su propia esfera una norma de derecho internacional, se considera parte integrante del proceso de producción de ésta. Se invierten así los términos en que Kelsen plantea la solución del primer supuesto. El primero de los dos actos, es decir, la norma internacional, no alcanza fuerza normativa hasta que no se realiza la transformación. La norma de derecho internacional, en efecto, no se crearía hasta la emanación del acto de transformación.

Esta última afirmación merece un estudio más detenido. Para formularla, Kelsen se basa en la teoría, comúnmente aceptada por la doctrina, según la cual, una vez excluido que el jefe del Estado sea el único órgano a quien el derecho internacional reconoce competencia para obligar al Estado, además de representarlo en las relaciones internacionales, se debe admitir que el derecho internacional delega en el derecho interno la designación de los órganos competentes para concluir los tratados. De ello se deduce que todos los actos que exige la Constitución para que las normas creadas con los tratados puedan tener vigor en el interior del ordenamiento estatal (ratificación, promulga-

ción, sanción del jefe del Estado, aprobación de las cámaras o de una sola de ellas, aprobación popular a través del referéndum y las eventuales formas de publicidad, como la inclusión del texto del tratado, con o sin la expresión de haberse realizado uno u otro de los actos arriba indicados en la recopilación legislativa oficial) son atraídos, en virtud de la delegación del derecho internacional en el derecho interno, en la órbita del primero.

El error de perspectiva en que, según Kelsen, cae la doctrina dominante es el de considerar como momento de transformación del tratado el intercambio o el depósito de los instrumentos de ratificación. La construcción que sugiere Kelsen es distinta; una vez admitido que el derecho internacional se remite al derecho interno en todo lo referente a la regulación del procedimiento de conclusión de los tratados, es necesario incluir no sólo la ratificación, sino toda la serie de actos que, según el derecho interno, son necesarios para la eficacia del tratado en la esfera del derecho internacional.

Sólo se puede sostener, como es opinión corriente de los dualistas, que el tratado entra en vigor con la ratificación, si se distingue la eficacia internacional de la norma internacional de la eficacia interna de dicha norma. Para Kelsen, por el contrario, afirmar que el tratado —una vez ratificado— vincula a los Estados, pero todavía no a los individuos o a los órganos del Estado, equivale a negar la fuerza jurídica que la doctrina dualista pretende atribuir al derecho internacional.

Para que una obligación lo sea verdaderamente, es necesario que se dirija a un sujeto determinado, aunque sea de forma indirecta. La norma internacional, que aparentemente —según los dualistas— se dirige al Estado, abstracta e impersonalmente considerado, vincularía, en realidad, a los sujetos del ordenamiento estatal en la misma forma y medida que las normas de derecho interno.

Planteado el problema en estos términos, añade Kelsen que la necesidad de la transformación del derecho internacional en derecho estatal depende exclusivamente de lo que establezca el ordenamiento interno respecto a la aplicación del derecho internacional en éste. Sin embargo, la necesidad de dicha transformación no podría deducirse, como estima la doctrina dualista, de pretendidas diferencias estructurales entre derecho internacional y derecho interno. No podría deducirse concretamente de la opinión, que Kelsen considera infundada, según la cual el derecho internacional no sería, por su naturaleza, apto para regular las relaciones intersubjetivas para dirigirse al sujeto privado.

5. *Continuación: Notas sobre las diversas hipótesis de transformación previstas o presupuestas por Kelsen*

Para desarrollar las consecuencias de esta afirmación es conveniente examinar, punto por punto, las diversas hipótesis que, expresa o implícitamente, parece haber considerado Kelsen para formular sus críticas al concepto de transformación mantenido por la doctrina dualista.

1) Ante todo, puede suceder, como señalábamos, que las partes contratantes de un tratado establezcan que éste entre inmediatamente en vigor en los ordenamientos jurídicos respectivos, mientras que la Constitución prevea que las normas de derecho internacional sólo puedan aplicarse en el interior, después de haber sido convertidas en las correspondientes normas de derecho estatal.

El conflicto que se crearía, en este caso, entre tratado y Constitución, advierte Kelsen, puede ser resuelto:

a) Interpretando el tratado en el sentido de que crea, para cada uno de los Estados contratantes, la obligación de modificar las disposiciones constitucionales que le sean contrarias, o bien:

b) Interpretando la Constitución en el sentido de que el tratado concluido por las autoridades competentes prevalezca sobre las otras normas del ordenamiento estatal, y que puede incluso modificar la Constitución.

2) Sin embargo, no existiría ningún contraste en las hipótesis en las que el tratado prevea la transformación de las normas en él contenidas en normas de derecho interno; y así, mientras la Constitución consienta o sancione la inmediata aplicabilidad del derecho internacional. Si se incluyese una disposición de este tipo en el ordenamiento constitucional, ésta podría ser interpretada en el sentido de que realiza una transformación automática de las normas del derecho internacional; ahora bien, esto estaría en perfecta armonía con el tratado que, en la hipótesis a que nos referimos, exige la transformación.

Existen, por otra parte, una serie de hipótesis en las que la disposición de que un tratado se deba transformar antes de ser aplicado en el derecho interno, ya esté contenida en el mismo tratado o en la Constitución, debería considerarse superflua si partimos de las premisas de Kelsen:

a) Así, la disposición constitucional que exige la transformación de un tratado que, por la intención de las partes contratantes y por la naturaleza de las normas que contienen, no sea susceptible de ejecución directa. Es evidente que este tratado no podría ser aplicado a los individuos sin la intervención de una norma interna que determinase sus

destinatarios. Lo mismo sucedería cuando una cláusula de la Constitución o un tratado dispusieran que éste entrase en vigor sólo cuando hayan sido emanados los actos exigidos por el derecho interno para que el tratado adquiriera eficacia en el ámbito de este último; hipótesis que hemos considerado ya desde otro punto de vista en el apartado 2.

Desde el punto de vista dualista, tal disposición puede significar, en el caso en cuestión, que las partes se han propuesto apartarse de la norma de derecho internacional general, según la cual el tratado se perfecciona con el intercambio o el depósito de los instrumentos de ratificación, y señalar, por el contrario, como momento de formación del tratado en el plano del ordenamiento internacional, el del acto al que el ordenamiento estatal subordina a la eficacia interna del tratado. Sin embargo, según Kelsen, tal norma no haría más que declarar e insistir sobre lo que, como se ha visto, puede considerarse implícito en la delegación del derecho internacional en el derecho interno en todo lo concerniente a los órganos competentes (y, se podría añadir, de los procedimientos necesarios) para formar el tratado.

b) Igualmente superflua (si consideramos la hipótesis opuesta) debería considerarse la norma constitucional que disponga la inmediata aplicabilidad de los tratados cuando el tratado que ha de ser aplicado sea ya una norma completa, es decir, capaz de vincular no sólo a los Estados contratantes, sino también a los súbditos de estos últimos. Hemos señalado ya que, según Kelsen, el tratado internacional que se dirija a los individuos debe considerarse como directamente aplicable en el ordenamiento interno, incluso en el caso de silencio de la Constitución.

Sólo sería necesaria una autorización expresa si la Constitución contuviese una disposición incompatible con la inmediata aplicabilidad del derecho internacional.

Visto lo anterior, es necesario advertir que la norma señalada no debería considerarse superflua si se la interpretara en el sentido de que contuviera dos momentos distintos: lógicos y normativos. La primera disposición establecería que las normas del derecho internacional fuesen transformadas e introducidas en el ordenamiento estatal antes de ser aplicadas en la esfera del derecho interno; la segunda, que a este efecto se adoptase un dispositivo permanente de transformación. Dicho de otra forma: para Kelsen, las normas internacionales son susceptibles de aplicación inmediata en el ordenamiento, en el caso de silencio de la Constitución.

Por el contrario, la disposición a que nos venimos refiriendo, una vez incluida en el ordenamiento positivo, implicaría la necesidad de la

transformación, creando así un límite a la aplicación directa de las normas internacionales. Sin embargo, en vez de disponer que este límite fuese eliminado, cada vez, por la norma individual de adaptación, la susodicha disposición realizaría la transformación directamente, adoptando un procedimiento automático en el ámbito constitucional.²⁵

Una vez llegado a este punto, conviene examinar un poco más de

²⁵ Sin embargo, no parece que Kelsen haya pretendido plantearse esta última interpretación, que, por lo demás, está bastante más de acuerdo con la posición dualista y que ha sido criticada abiertamente por prestigiosos representantes de la dirección monista, Kelsen considera inútil el tipo de disposición arriba examinado, ya que lo interpreta como una simple autorización para aplicar las normas internacionales en el ordenamiento interno. En efecto, no habría ninguna necesidad de tal autorización para quien, como Kelsen, mantenga que las normas internacionales son aplicables en el ordenamiento interno, incluso en el caso de silencio por parte de la Constitución. *Cfr.*, sin embargo, para una más clara puntualización de estos conceptos, las interesantes notas de este autor sobre la función autorizadora de la norma jurídica, función que él distingue de la permisiva en la nota crítica a la relación Maridakis sobre el concepto de reenvío, en *Annuaire de l'institut de droit international*, Bale, 1957 (Sesión de Amsterdam), p. 166. Autorizar, advierte Kelsen, significa investir a un individuo de un poder determinado; permitir, por el contrario, es lo opuesto a imponer. La esfera de lo permitido incluiría así todos los casos en que el legislador se abstiene de prescribir el comportamiento contrario a aquel consentido, o simplemente omite el prohibir una determinada conducta. Aplicando estos esquemas al fenómeno de la transformación del derecho internacional en derecho interno, surge la duda de si Kelsen incluye la hipótesis de que el ordenamiento interno no prohíbe ni consiente explícitamente la aplicación inmediata de las normas internacionales, dentro del ámbito de la autorización más bien que del de la permisión. Esta interpretación parece más plausible si, como sostiene Kelsen, se presume que el ordenamiento interno hace aplicable en su propia esfera las normas internacionales, autorizando a los órganos del *treaty making power* a emitir normas inmediatamente eficaces, o bien autorizando a los órganos judiciales y administrativos a ejecutar normas que no han sido creadas en forma de ley. En otros términos, Kelsen sobreentiende que, incluso en caso de silencio de la Constitución, existe una autorización y que, por lo tanto, se confiere incluso implícitamente, un poder a los órganos llamados a aplicar el tratado en el ordenamiento interno. Es casi innecesario advertir que el concepto de autorización de Kelsen no es equivalente a las nociones corrientes de la doctrina publicista italiana. *Cfr.*, para todos, Ranelletti, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, Torino, 1894, p. 31; y del mismo autor: *Teoria degli atti amministrativi speciali*, Milano, 1945, p. 25; Donati, D., *Le leggi di autorizzazioni e di approvazione*, Módena, 1914, pp. 8 y ss., Zanobin, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milán, 1954, p. 264, de acuerdo en excluir del concepto de autorización la atribución de un poder o de un derecho al sujeto autorizado. Así se admite comúnmente que la función del acto de autorización es simplemente la de eliminar un obstáculo o un límite al ejercicio de un derecho preexistente. Véase, sin embargo, las dudas que han sido recientemente formuladas sobre la exactitud de esta *communis opinio* por Franchini F.: *Le autorizzazioni amministrative costitutive di rapporti giuridici fra l'amministrazione e i privati*, Milán, 1957, especialmente pp. 85 y ss.

cerca los resultados a los que conduce la tesis de Kelsen que hemos expuesto.

Comenzamos por la opinión de que la necesidad de la transformación no se puede deducir de la naturaleza del derecho internacional o de pretendidas características y peculiaridades estructurales de las normas de este ordenamiento.

La argumentación de Kelsen consiste en que de los dos elementos de que está compuesta la norma internacional —el material y el personal—, el segundo se determina indirectamente, a través de la remisión por parte del derecho internacional a las normas que, en el derecho interno, se refieren a la organización de las competencias y, por lo tanto, en primer lugar a la Constitución. Estas normas de derecho interno pueden tener existencia previa a la de la norma internacional: éste es el caso normal, ya que, incluso, según Kelsen, el derecho internacional presupone el aparato estatal como ya existente y operante; pueden considerarse implícitamente creadas por el tratado si éste se configura por el ordenamiento interno como una norma sobre la competencia, o bien ser emanadas posteriormente en la esfera del derecho estatal.

En cualquier caso, Kelsen mantiene firmemente la conclusión de que las normas internacionales nacen sólo *después de que y en cuanto* hayan sido emanadas las normas de derecho interno que las integran y desarrollan. Con base en esta premisa, nuestro autor concluye que la llamada transformación del derecho internacional en derecho interno, se configura como un fenómeno o una fase del procedimiento de creación de la norma internacional. Cuando ésta es incompleta (en el sentido, anteriormente especificado, de que el destinatario de la misma norma está indeterminado), el ordenamiento internacional delega en el ordenamiento interno la individualización del elemento personal y, en este sentido, el desarrollo y la integración de las propias normas. Existe, pues, un nexo que pudiéramos llamar instrumental, entre las normas de derecho internacional y las normas de derecho interno: las normas internas son complementarias respecto a aquellas normas internacionales que aquéllas tienen como fin aplicar.²⁶

²⁶ Sobre la “*rechtliche Kontinuität*” entre derecho internacional y derecho interno que deriva del nexo estructural de la relación de complementariedad en que se encuentran las normas de uno y otro ordenamiento, véase Balladore Pallieri, *Le doctrine di H. Kelsen...*, cit., p. 27, en nota. La existencia de este nexo o relación estructural se afirma por amplios sectores de la doctrina. Consideremos, por ejemplo, lo que observa a este respecto Svoboda, en *ZföR*, 1934, p. 491: “*Zwischen Völkerrecht und staatliches Recht verhält es sich ähnlich wie zwischen*

Para comprender el sentido de la construcción kelseniana es necesario partir de la comprobación de que existe una conexión lógica entre el carácter incompleto de la norma internacional (carácter que deriva de la indeterminación del elemento personal) y la delegación con la que el derecho internacional recurre al derecho interno para suplir la deficiencia de sus propias normas. Sin embargo, afirma Kelsen, el carácter incompleto de las normas internacionales no puede achacarse a una peculiaridad de su estructura que las distinga esencial y conceptualmente de las normas del derecho interno. Si, como se afirma comúnmente, no existe ningún límite a la autonomía de que disponen los Estados, en cuanto detentadores del poder de concluir tratados internacionales, no se ve, según nuestro autor, por qué no se podrá establecer en un tratado que las normas contenidas en el mismo sean inmediatamente aplicables en los ordenamientos de los Estados contratantes. El tratado sería, en esta hipótesis, una norma completa y susceptible de inmediata aplicación de la misma forma que una norma de derecho interno.

Mann und Frau, die um ihrer Geschlechtsnatur willen gleichfalls auf einander hingordnet sind. Diese Hinordnung der tatkräftigen Geschlechtssubjektes die Zweikeinheit des ehelichen Geschlechtssubjektes beeinträchtigt nicht ihre in der vernünftigen Persönlichkeit begründete Selbständigkeit und Gleichberechtigung. Dieselbe verbindet die selbständigen Einselwesen weder durch die Überordnung des einen noch die Unterordnung des anderen— damit sie durch die durch Erfüllung der zugewiesenen Sozialaufgabe die Geschlechtsgemeinschaft verwirklichen und sich selbst vervollkommen.

Gebürt dem Mann vornehmlich die Hauptstellung, so erlangt die Frau die vorzügliche Herzstellung. Jedes hat siene Vorrangstellung, die es in dem Mass behaptet, als es eine Aufgabe erfüllt.”

Sobre la tesis de que el derecho internacional y el derecho interno se presuponen recíprocamente, véase, Arangio Ruiz: *Gli enti soggetti dell'ordinamento internazionale*, Milano, 1951, pp. 196-197; sobre el sentido en que la doctrina dualista entiende dicha presuposición, *cfr.* pp. 197 (nota 53), 225-226. Según Arangio Ruiz, el nexo de complementariedad o de reciprocidad que Kelsen establece entre el ordenamiento internacional y el ordenamiento interno, exige la existencia de una norma internacional que legitime al Estado como un sujeto creado por y derivado “del ordenamiento superior, de la misma forma que lo son las personas jurídicas respecto del ordenamiento interno (p. 197). Confróntese las agudas observaciones de este autor acerca de la petición de principio en que se funda Kelsen para postular la necesidad de la norma internacional de legitimación del Estado (p. 200); el contenido tautológico de dicha norma se deduce, dice Arangio Ruiz, de que Kelsen, partiendo del presupuesto de que el ordenamiento jurídico regula necesariamente relaciones entre individuos, da por sentado, sin demostrarlo, sin embargo, que el ordenamiento internacional tiene carácter interindividual. Para una crítica de la tesis kelseniana que identifica la norma “constitutiva” del Estado con el principio de efectividad, véanse pp. 209-211-212. En otro lugar (“Rapporti contrattuali tre Stati ed organizzazione internazionale”, en *Archivio giuridico*, 1950,

Para comprender correctamente el significado de esta afirmación, conviene examinar cómo configura Kelsen la hipótesis de la ejecución directa de las normas del derecho internacional en el ordenamiento interno. Las normas de derecho internacional, y especialmente los tratados, afirma, son aplicables directamente por el órgano estatal, en tanto no se oponga a ello el ordenamiento interno.

Surge la duda de si, formulada en estos términos, la opinión que venimos estudiando excluye que el derecho internacional pueda ser aplicado directamente en el ordenamiento interno sin que éste consienta tal aplicación, aunque sea implícitamente; es decir, absteniéndose de emanar una disposición que impida la ejecución directa de las normas internacionales. Pero Kelsen va más lejos. La norma de derecho interno que establece la aplicabilidad inmediata del tratado sería superflua, no ya por el hecho de que el derecho internacional pueda tener eficacia en el ordenamiento interno sin que una norma estatal consienta su inmediata aplicación, sino también por otra razón: la de que incluso en ausencia de una explícita reglamentación de la adaptación del ordenamiento interno a la norma internacional, el derecho estatal contiene, en todo caso, una o más disposiciones de las que se deduce que reconoce implícitamente a las normas de derecho internacional la misma eficacia

CXXXIX, pp. 7 y ss.), el mismo Ruiz ha indicado las contradicciones en que incurrir, a su juicio, la teoría generalmente admitida por la doctrina dualista respecto del fenómeno jurídico de la organización internacional. Contradicciones en que incurrir especialmente aquellos adversarios del monismo que afirman o presuponen, de forma poco coherente con sus propias premisas, que el acuerdo internacional sea fuente idónea para crear ordenamientos de derecho público; conclusión que, según Arangio Ruiz, es admisible sólo si se admite con Kelsen que el ordenamiento internacional "legítima" al ordenamiento interno. Para una referencia a las posiciones dualistas que se adhieren a la tesis de la legitimación del Estado por parte del ordenamiento internacional (Balladore Pallieri), o, al menos, concuerdan con Kelsen en entender que este último ordenamiento adopta, frente a las "comunidades interindividuales correspondientes a los Estados", una actitud "fundamentalmente activa" (Sperduti, *cfr. op. ult. cit.*, pp. 64 (nota 95), 75, 90 (nota 148)). Es interesante señalar cómo algunos de los "postulados" kelsenianos, de los que habla Arangio Ruiz, informan o caracterizan la concepción que tiene el jurista vienés de la aplicación del derecho internacional en el ordenamiento estatal. Así, en particular, el presuponer la existencia de una norma que legitime al Estado (que Kelsen configura, por lo menos, desde el punto de vista en que nosotros consideramos el problema, como una norma de delegación; sobre los distintos modos en que Kelsen concibe esta norma, según que, en el ámbito de la tesis monista que él sostiene, se elija la primacía del derecho estatal o del derecho interno, véase Arangio Ruiz, *Gli enti soggetti*, cit., p. 213). También es claro que Kelsen se ve inducido a representar el proceso creador y el proceso ejecutivo de la norma internacional sin solución de continuidad (rechazada la idea dualista de la transformación del derecho internacional en derecho interno), por la premisa de que el ordenamiento jurídico dirige sus mandatos directamente a los individuos.

que a las propias. Así, como ya hemos visto, la norma que regula la competencia de los órganos encargados de la conclusión de los tratados los caracterizaría, según Kelsen, como una fuente (de derecho interno) paralela a la legislación: la ley y el tratado, afirma, se distinguen en cuanto al procedimiento mediante el cual son creados (el tratado emana no de un acto unilateral, sino del concurso de voluntades de varios Estados, y no puede extinguirse sino de este mismo modo y, desde luego, por un procedimiento distinto del previsto para la abrogación de las leyes); pero no en cuanto a su naturaleza, que en ambas es la de un acto normativo: tanto es así, que el tratado y la ley pueden coincidir en una única fuente normativa; por ejemplo, en el tratado que contenga la Constitución de un Estado federal.

De ello se deduce que la delegación del derecho internacional y la necesidad consiguiente de que el proceso de producción de la norma internacional se complemente mediante la emanación de normas en el ordenamiento interno, se presupone por Kelsen incluso en el caso de que la norma internacional que debe ser aplicada en el ordenamiento estatal esté plenamente individualizada en sus elementos constitutivos, y que, por lo tanto, sea susceptible de ejecución inmediata. Esta consecuencia es inevitable, ya que la delegación del derecho internacional en el derecho interno es, en efecto, un momento conceptual esencial en la posición kelseniana;²⁷ por lo tanto, es necesario rechazar la afirmación del mismo autor según la cual la norma internacional, cuando es completa en el sentido antes indicado, puede aplicarse a los sujetos sin la mediación del ordenamiento estatal.

En resumen: la norma de derecho internacional que carece de uno de sus elementos constitutivos obliga a los sujetos (y a los órganos ejecutivos del Estado) sólo cuando se ha creado en el derecho interno la norma que concreta sus destinatarios; obliga, desde luego, al Estado a crear, en la esfera de su propio ordenamiento, normas que completen las normas internacionales. Dado que para Kelsen el Estado no existe independientemente de los órganos a través de los cuales actúa, es necesario concluir que la tesis sostenida por este autor conduce a separar

²⁷ Cfr. sobre las demás consecuencias a que conduce la hipótesis de Kelsen de la delegación del derecho internacional al derecho interno (o la otra tesis de la escuela monista defendida por Verdross, según la cual tal delegación implicaría un reconocimiento por el ordenamiento internacional de la validez de las normas internas internacionalmente ilícitas o, incluso, la autorización para los sujetos del Estado de contravenir las normas internacionales: la llamada doble delegación), las observaciones de Salvioli, "Diritto internazionale e diritto interno", cit., pp. 329, 333 y ss., y de Ago Lezioni, cit., p. 47 (sin nota) y ss.

los efectos que la norma internacional produce, en relación a los órganos estatales, de los que se producen para los individuos. Se podría afirmar, por lo tanto, que esta norma se puede considerar completa o incompleta, según se la considere desde el punto de vista de los órganos o desde el punto de vista de los sujetos privados; vincularía a los órganos estatales incluso cuando uno de los elementos que la componen se determinase por el derecho internacional, sólo de forma directa, a través de un reenvío al ordenamiento estatal; por otra parte, dicha norma no podría obligar a los individuos ni siquiera cuando fuese estructuralmente completa, si no intervinieran las normas de derecho estatal para transformarla o para transferir su contenido a una norma de derecho interno, o bien para establecer, implícita o explícitamente, que esta transformación no es necesaria.

Por consiguiente, incluso si admitimos el punto de vista de Kelsen, carecería de fundamento el distinguir entre la actividad normativa del Estado, que se dirige al desarrollo o a la integración de la norma internacional, y la transformación; es decir, la repetición de una norma internacional que sería susceptible de ejecución inmediata en una norma correspondiente del ordenamiento interno. Esta consecuencia se explica si recordamos que Kelsen, y algunos de sus seguidores, conciben la delegación de tal forma que deja al Estado plena libertad para organizar el sistema de sus propias competencias. Tanto si el derecho interno considera el tratado como fuente paralela y yuxtapuesta a la ley, capaz, en definitiva, de obligar a los sujetos del ordenamiento estatal, como si subordina su eficacia interna a su transformación en una norma de derecho estatal, la base para la aplicación del derecho internacional en el ordenamiento interno es siempre la norma o el conjunto de normas que crea este último, en virtud de la delegación antedicha, para regular los procedimientos de integración de las normas internacionales.

Incluso si aceptamos las premisas de las que parte Kelsen, no existe, por lo tanto, ningún motivo para distinguir la hipótesis según la cual el ordenamiento interno consiente, o por lo menos no excluye, la inmediata aplicación de las normas del derecho internacional, de la integración de estas últimas normas a través de la individualización del elemento personal y, por último, de la situación que se produce cuando el ordenamiento interno haya aceptado el principio de la aplicabilidad directa de las normas internacionales. También en este último caso, como explicaremos más adelante, es necesario rechazar que las normas internacionales obliguen a los sujetos del ordenamiento estatal *ex proprio vigore*.

Por otra parte, tampoco convence la observación de Kelsen y de otros

ilustres representantes de la dirección monista, según la cual la técnica de la transformación está unida necesariamente a la concepción dualista.

En efecto, no se puede afirmar que la emanación de un procedimiento de ejecución de un tratado, cuando el ordenamiento constitucional exige previamente una ley de autorización de la ratificación de dicho tratado, se pueda explicar sólo como corolario de la teoría que limita los efectos del tratado a la esfera del ordenamiento internacional. Considérese, por ejemplo, el hecho de que de las dos manifestaciones parlamentarias para la ratificación del tratado es un control político que puede, pero no debe, necesariamente tomar la forma de una disposición legislativa, y la ley de ejecución, por el contrario, es sólo un acto normativo.

Por otra parte, esta diferencia se nos presenta claramente cuando el procedimiento establecido para la aprobación del tratado y el procedimiento legislativo se diferencian o coinciden sólo en parte, como es el caso de algunos ordenamientos federales.

El fenómeno de la repetición de los tratados en el ordenamiento interno puede inspirarse, en efecto, en la exigencia de que las manifestaciones de voluntad externa, por así llamarlas, del Estado se realicen en el ámbito de la legalidad. Sería suficiente el considerar que el fundamento de la disposición que Kelsen señala como un obstáculo para la aplicación inmediata del derecho internacional —el principio de legalidad de la administración—²⁸ es de carácter político, como lo es, en definitiva, el del “Estado de derecho”.^{28 bis} Por ello, en varios ordena-

²⁸ Véase el artículo 18 (1) de la Constitución federal austriaca (1920): “La administración federal, en su conjunto, puede actuar sólo en base a lo establecido en las leyes. Se ha discutido en efecto si el contenido de este artículo resulta incompatible con el principio de la aplicabilidad inmediata de los tratados, en cuanto impone al juez la obligación de aplicar sólo los actos con forma de ley.” *Vid.* sobre este punto La Pergola, “Note sull’esecuzione degli obblighi internazionali nelle materie di competenza del legislatore regionale”, Milán, 1960, pp. 30-31, nota 43. Debe notarse, por otra parte, que el artículo 18, parágrafo 1, es interpretado normalmente en el sentido de que su expresión “Ley” puede extenderse lógicamente a los tratados internacionales susceptibles de aplicación inmediata. Así, Adamovich, *Handbuch des Österr. Verfassungsrechts*, Viena, 1957, pp. 332, 401. “Ebenso sind in... Art. 18 (Geretzmäßigkeit der verwaltung) sweifellos unter den Begriff des Gesetzes auch Staatsverträge zu ferstehen.” *Cfr.* también Seidl-Hohewvelderw, “Relation of International Law to internal Law in Austria”, en *AJIL*, 1955, p. 467. Para la orientación de la práctica véase la Verordnung del Bundesministeriums für Unterricht de 30 de junio de 1949, BGBl: NR. 211/49 Zur Errichtung der Österr. Unesco-Kommission.

^{28 bis} De esta observación se puede deducir otro argumento contra la opinión de Kelsen, según la cual la concepción dualista asumiría una posición política de carácter nacionalista. La primacía del derecho internacional no asegura un respeto del principio liberal más de lo que el fenómeno de la sumisión de la administra-

mientos positivos se ha introducido la aprobación de las cámaras o de una parte del parlamento en el procedimiento de formación de los tratados, o bien el requisito de que sea emanada una ley constitucional para autorizar la ratificación de los tratados contrarios a la Constitución. Se podría afirmar que el mismo requisito sería necesario cuando se exigiese que las normas contenidas en el tratado, antes de ser aplicadas en el ordenamiento interno, fuesen creadas nuevamente por el órgano que, según el contenido de las mismas, sea constitucionalmente competente para emanarlas en forma de ley o de otros actos estatales.

Una vez rechazado que el *treaty making power* pueda configurarse

ción al ámbito del derecho, que es una característica sobresaliente del *Rechtsstaat*, haya significado la afirmación de la ideología liberal. Como ha sido señalado autorizadamente, el Estado de derecho corre el riesgo de ser una fórmula carente de significado, si no se le concibe y si no se explica a la luz de la intuición política que constituye su base: De Ruggiero, *Storia del Liberalismo europeo*, Bari, 1941, p. 265; Caristia, *Scritti giuridici storici e politici*, I, Milano, 1953, pp. 345 y 441.

No interesa sólo que el Estado se autolimita o que se circunscriba y se sujete al derecho la actividad del poder ejecutivo, sino también, y sobre todo, que el contenido político de la ley, a la que el Estado de derecho atribuye una posición de primacía en el sistema de las fuentes, esté sustancialmente informado por los ideales democráticos. El mismo problema se vuelve a presentar cuando se considera la sumisión del Estado al derecho internacional, y lo que para Kelsen constituye el mismo fenómeno, cuando se considera el principio de la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno. Para realizar el supuesto político que, como dice Kelsen, se encuentra en la hipótesis de la primacía del derecho internacional sobre el estatal (en el momento actual de evolución, como sabemos, el ordenamiento internacional no puede asegurar la derogación de las normas internas que le sean contrarias). Es necesario, también, la superación de los intereses políticos, de los que frecuentemente los tratados internacionales son instrumentos y que han impedido hasta ahora la creación de una *civitas máxima*. Por otra parte, no se podría afirmar que el tratado, por implicar una situación de paridad entre los contratantes, sea estructuralmente más idóneo que la ley, que es un típico acto de autoridad, para garantizar la realización del principio democrático. Si por actos no autoritarios se entiende, con la doctrina que ha estudiado el fenómeno contractual en el derecho público, aquel en cuya formación participa el sujeto privado, que es su destinatario, el tratado no podría ser considerado como un acto menos autoritario que la ley o que cualquier otra manifestación de voluntad, respecto a la cual el individuo se encuentre en la situación de sujeto pasivo (véase, sobre el esquema del negocio público y el concepto de acto no autoritario, Romano, *Fiammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, pp. 7 y 8; y del mismo Kelsen, "Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft", en *AÖR*, 1913, pp. 109 y ss. Cfr. sobre el nexo entre los principios informadores del "Estado de derecho" y la exigencia, para el Estado, de realizar su propia actividad internacional en forma de actividad jurídica en el ámbito del ordenamiento interno, Sereni, *Diritto internazionale*, I, Milano, 1956, p. 201. Véase, por otra parte, sobre las diversas formulaciones del concepto de estado de derecho, Bodda, *Lo stato di diritto*, Milano, 1935, pp. 11 y ss.; Pekelis, *Il diritto come volontà costante*, Padova, 1931, pp. 51 y ss.; López de Oñate, *La certeza del diritto*, Roma, s.d. (1950), pp. 158 y ss.

como función distinta y autónoma en relación a las otras funciones estatales y que pueda ser separado del sistema de competencias regulado por la Constitución, la norma creada en el tratado debe ser transferida o reducida al ámbito del derecho interno. A este propósito es interesante recordar los casos en que, en los procedimientos de formación de la manifestación de voluntad del Estado, la repetición²⁹ del mismo acto por obra del órgano que lo ha emanado, o de un órgano distinto, está establecida como garantía de legalidad o como criterio de rigidez (el único posible, en efecto, cuando se adopta el criterio de unanimidad para la formación de las decisiones de un órgano colegial).

6. *Continuación: Crítica de la tesis de Kelsen*

Una vez llegados a este punto, podemos ya valorar el significado de la construcción kelseniana.

Como hemos señalado, en el esquema lógico de Kelsen, cualquier norma que se dirija al Estado (por lo tanto, todas las normas internacionales, ya que es función esencial y en cierto sentido típica del derecho internacional la de regular las relaciones entre Estados),³⁰ vincula inmediatamente a los órganos y a los sujetos del Estado. El Estado no se puede concebir separadamente de los órganos en que se materializa el ordenamiento jurídico (que Kelsen, recordemos, hace coincidir con el Estado mismo).³¹

La determinación del destinatario de la norma internacional se realiza, como sabemos, a través del derecho interno; así, en primer lugar, el ordenamiento internacional delegaría en el ordenamiento interno la regulación del procedimiento de creación o de aplicación de los tratados.³²

²⁹ Por ejemplo, el artículo 138 de la Constitución establece dos modalidades de rigidez en el procedimiento de elaboración de las leyes constitucionales: la aprobación de la ley con dos *deliberaciones sucesivas* (separadas por un intervalo no inferior a tres meses) y la *mayoría absoluta* en la segunda votación.

³⁰ Kelsen niega la posibilidad de distinguir entre derecho interno y derecho internacional sobre la base del contenido típico de cada uno de estos ordenamientos, pero sólo en el sentido de que no existe ninguna materia regulada por el derecho interno que no pueda ser objeto de una norma internacional. Por el contrario, este autor admite la existencia de un "contenido típico" del ordenamiento internacional.

"There are no matters —dice— which cannot be regulated by international law, but there are matters which can be regulated only by international law" (*Principles...*, cit. p. 202).

³¹ Sobre la posición kelseniana véase, por último, Gueli: "Stato e diritto", en *Atti del terzo Congresso Nazionale di filosofia del diritto* (Catania, 1 al 4 de junio de 1957), p. 133 de la separata.

³² Excluyendo que el jefe del Estado sea el único órgano competente en todo

Sobre esta base, es fácil comprender cómo, si bien, por una parte, Kelsen presume que los órganos competentes para construir los tratados sean los mismos a los que la Constitución confiere el poder de emanar las normas necesarias, para la aplicación del tratado mismo, no niegue, por otra parte, la posibilidad de que el ordenamiento interno organice las competencias incluso en forma que ordocie el poder de concluir los tratados del de ejecutarlos.

Por el contrario, se debería estimar que Kelsen concibe la delegación del derecho internacional en derecho interno, no ya como una norma, por así llamarla, en blanco, sino como una norma con contenido determinado; concretamente, como una norma que dispone que los órganos competentes para la formación del tratado son asimismo competentes para emanar las normas necesarias para que el tratado sea aplicado inmediatamente en el derecho interno. Pero, como hemos dicho, Kelsen no llega a tanto. Y así, siempre que un tratado internacional se dirija directamente a los órganos (o directamente a los súbditos) del Estado, mientras que la Constitución subordina la aplicación de la norma internacional a un procedimiento de transformación, el tratado deroga la Constitución e implícitamente la norma de derecho internacional que reenvía al ordenamiento interno para la individualización del elemento personal de los destinatarios internacionales. Se produce así un conflicto entre las normas creadas por el tratado y la Constitución, conflicto que no se produce, por el contrario, en la hipótesis de que el órgano designado por el tratado sea el mismo al que el tratado se dirigiría incluso en el caso de silencio de las partes contratantes; que sea, en otros términos, el órgano competente, según la Constitución, para cumplir los deberes o ejercitar los derechos que nacen del tratado. Veremos en seguida que lo que Kelsen describe como la noción típicamente dualista de la transformación corresponde a la hipótesis arriba indicada de la oposición entre tratado y Constitución. En efecto, supongamos que el tratado se dirija inmediatamente a los súbditos del ordenamiento y, por tanto, a los órganos competentes para aplicación del derecho, esto es, a los órganos ejecutivos y a los judiciales. Si, “según la Constitución”, estos últimos son competentes para aplicar sólo el derecho creado en forma de ley (o lo que es lo mismo, son incompetentes para

caso para concluir los acuerdos internacionales, Kelsen acaba por atribuir a la norma internacional que se refiere a la competencia para estipular los acuerdos un contenido menos concreto, en definitiva, del que le ha sido dado por parte de un representante de la escuela dualista, Anzilotti, que ha sostenido la tesis señalada. (Cfr. *supra*, nota 9).

aplicar directamente el tratado), surge un conflicto entre tratado y Constitución, y surge también la necesidad de transformación; en este punto Kelsen sostiene que el tratado debe ser transformado en ley antes de ser aplicado en la esfera del ordenamiento estatal. Si, por el contrario, los órganos ejecutivos fuesen constitucionalmente competentes para aplicar inmediatamente el tratado, no existiría ninguna razón para recurrir a la transformación.

Si todo lo hasta aquí expuesto es exacto, se deriva que la construcción kelseniana del fenómeno de la transformación está en abierta contradicción con las premisas de que parte este autor. Debe observarse que cada vez que el tratado entra en conflicto con la Constitución, las soluciones posibles, según Kelsen son dos:³³

a) Se estima que, según el ordenamiento positivo, el tratado prevalece sobre las fuentes de derecho interno, incluida la Constitución. En este caso, evidentemente, la oposición entre tratado y Constitución es sólo aparente.

b) Se interpreta el tratado en el sentido de que impone a los Estados contratantes la obligación de modificar la Constitución para hacerla conculca con el contenido del mismo tratado.

Aplicando este criterio se debería llegar a la conclusión de que, en la hipótesis de conflicto entre Constitución y tratado que antes hemos configurado (cuando, por ejemplo, el tratado se dirige a los órganos ejecutivos y estos últimos, según el ordenamiento interno, no son competentes para aplicarlo directamente), sería necesario modificar la Constitución para ejecutar el tratado.

Sin embargo, Kelsen sostiene, en este caso, que la disposición constitucional debe ser aplicada a pesar de que se contraria al tratado; es decir, que se deben cumplir las formalidades prescritas por la Constitución para que el tratado pueda ser aplicado a los sujetos del ordenamiento interno. Y es aquí donde, en nuestra opinión, Kelsen se contradice. En vez de sostener que el tratado prevalece sobre la Constitución, llega a la conclusión opuesta.

No se podría objetar (sobre este punto volveremos más adelante) que, según Kelsen, en la hipótesis arriba estudiada no existe contraposición entre Constitución y tratado, ya que, si no se cumplen las formalidades exigidas por el derecho interno para aplicar la norma de derecho internacional, no ha empezado aún a existir.

También esta otra afirmación del ilustre autor se basa en un equívoco

³³ Kelsen: *La transformation...*, cit., pp. 46-47.

que es conveniente aclarar. Si se estima, como admite Kelsen, que la norma internacional no se ha creado y, por lo tanto, no es susceptible de ser aplicada antes de que se realicen los actos de transformación prescritos por el derecho interno, no tiene ya sentido hablar de la individualización del elemento personal del tratado, ni sostener que éste pueda ser convertido en inmediatamente aplicable por los Estados contratantes, siempre que se postule, como hace Kelsen, la delegación del derecho internacional en el derecho interno, en el sentido de que esta delegación deriva de una norma “en blanco”, y deja, por lo tanto, al Estado la libertad de regular el sistema de su propia competencia, es necesario desarrollar esta afirmación hasta sus últimas consecuencias; se infiere que la individualización del elemento personal, en la que Kelsen reconoce el desarrollo de la norma internacional por parte de los ordenamientos estatales, o bien se limita a recalcar el sistema de las competencias adoptado por el ordenamiento interno, y entonces es superflua, o bien, si deroga tal sistema, debería implicar la revisión de la Constitución. Parece que haya escapado a Kelsen el hecho de que, cuando las partes en un tratado individualicen, como él dice, el elemento personal de la norma convencional, dirigiéndose a un órgano determinado, el significado y las consecuencias de dicha individualización es que el elemento personal viene, por decirlo así, elevado a elemento material de la norma.

Las partes se proponen, en efecto, disponer no sólo que el tratado tenga un contenido determinado, sino también que se dirija a un órgano expresamente individualizado que, hemos afirmado, puede ser distinto del competente para aplicar el tratado según la Constitución.

De esto se deriva más de un corolario. Kelsen sostiene que las partes pueden designar como destinatarios de las normas creadas por el tratado un órgano o un sujeto distinto de aquel al que se refiere la Constitución.

En realidad, esta afirmación revela que Kelsen concibe la norma de derecho internacional, que reenvía al ordenamiento interno, en el sentido arriba indicado, como una norma derogable por medio de un tratado.³⁴ No se ve qué otro significado se pueda atribuir a la afirmación de este autor, según el cual los Estados no encuentran ningún límite en el ejercicio de la potestad de concluir los tratados.³⁵

³⁴ Sobre el concepto de norma dispositiva en el Derecho internacional véase *infra*, Cap. III, § II, 12.

³⁵ Kelsen: *La transformation...*, cit. p. 15: “Les normes du droit international —et nous avons particulièrement en vue ici les normes créés par des traités— peuvent aussi bien contenir une détermination directe de l’élément personnel, c’est-

Si esto es cierto, la delegación del derecho internacional en el derecho interno debe considerarse condicionada al hecho de que la norma de la que se deriva no se encuentre contradicha por un tratado: al designar como destinatario de un tratado un órgano que no es el competente, según la Constitución, los Estados contratantes derogarían, en efecto, la norma de derecho internacional que reenvía al ordenamiento interno.

Se debería estimar, por lo tanto, que esta hipótesis permanece conceptualmente fuera del fenómeno de la delegación, tal como configura Kelsen. Sobre esta base, la construcción, en la que Kelsen configura la transformación como parte integrante del proceso de formación del tratado, se nos revela como carente de fundamento.

Esta tesis podría admitirse sólo con la condición de estimar que las normas con las que se aplica el derecho internacional por parte del ordenamiento interno sean creadas, siempre y necesariamente, por el Estado en virtud de la delegación a que antes nos hemos referido. Lo que, si se considera atentamente, presupone que la norma de derecho internacional general, que se refiere a la delegación del derecho internacional en el derecho interno, debe considerarse como imperativa y no derogable; mientras que Kelsen, como hemos visto, parece sostener lo contrario.

Por lo tanto, podemos concluir que el problema de la transformación, en los términos en que ha sido formulado por Kelsen, se plantea en una u otra de estas alternativas:

1) Se sostiene que la delegación del derecho internacional en el derecho interno está establecida por la norma de derecho internacional general, que no es derogable por vía convencional. En este caso, no se puede aceptar la afirmación de Kelsen de que los Estados contratantes puedan individualizar el elemento personal del tratado de forma distinta a la que establecen los respectivos ordenamientos constitucionales. Concretamente, no se puede deducir de esta premisa que las normas internacionales pueden hacerse susceptibles de ejecución inmediata en el interior del Estado.

En fin, la identidad estructural entre norma internacional y norma interna, defendida por Kelsen sobre la base de la consideración de que un tratado puede dirigirse a un órgano o a un sujeto concretamente individualizado, sería, usando la expresión con la que nuestro autor des-

à-dire qu'elles peuvent être ainsi faites que la designation des individus qui auront, en tant qu'organes de l'Etat, à observer l'agissement prescrit par le droit international ressorte déjà de leur seul contenu, sans qu'il soit besoin d'une disposition complémentaire de l'ordre juridique interne."

cribe el fenómeno de la adaptación, *une apparence trompeuse*.³⁶ En efecto, no es cierto que en esta hipótesis la norma de derecho internacional creada por un tratado nazca sólo después de que se haya completado el proceso de transformación de la misma norma del derecho interno. La norma se ha formado ya antes de ejecutada en el derecho interno, pero no con el contenido que los contratantes se han propuesto atribuirle, ya que dada la inderogabilidad de la norma que reenvía a la organización interna del Estado, el tratado no puede menos que conformarse a lo dispuesto en la Constitución. Violar la Constitución significa, como sabemos, violar la norma internacional que reenvía a ésta.

No conviene omitir la constatación evidente de que un tratado que se dirija directamente a los individuos, mientras el ordenamiento interno prevé un procedimiento de transformación, es contrario a la Constitución en igual medida en que lo sería en la hipótesis de que fuese contrario a una norma material de una disposición constitucional.³⁷

2) El otro extremo del dilema está representado por la tesis según la cual la norma de derecho internacional general, a la que nos venimos refiriendo, es derogable. Por este camino se debería llegar a la conclusión de que siempre que se produzca un conflicto entre tratado y Constitución, ésta cede frente a aquél.

El mismo Kelsen ha declarado, sin embargo, que, dada la inexistencia de cualquier *vis abrogans* del derecho internacional respecto al derecho interno contrario al mismo, la preponderancia del tratado sobre la Constitución se traduce y se resuelve en la obligación para el Estado contratante de revisar el propio ordenamiento, adecuándolo al contenido del tratado. Sin embargo, la concepción kelseniana de la transformación se presta a más de una objeción, incluso desde este punto de vista. La única solución coherente con la hipótesis a que nos referimos es la de que el tratado prevalezca sobre la Constitución y, por consiguiente, se

³⁶ Se ha señalado autorizadamente que la tendencia a “descubrir” repeticiones e inútiles desdoblamientos de conceptos en los planteamientos de la doctrina dominante es un *leit-motiv* en la posición crítica de Kelsen (cfr. Capogrossi: “Impresioni su Kelsen tradotto”, en *RTDP*, 1952, pp. 790 y ss.).

³⁷ Se diría que Kelsen funda su argumentación sobre un equívoco, que consiste en considerar destinatario de la norma internacional al sujeto “gramatical” de la proposición normativa contenida en el tratado. Sujeto que puede ser el individuo o un órgano distinto del competente para cumplir las obligaciones o ejercitar las facultades que derivan del tratado. Para una clara exposición de este concepto y sobre todo para la distinción entre norma y proposición normativa y una aguda referencia a la transformación del sujeto gramatical en sujeto jurídico. Cfr. Lavagna, Basiper, “Uno studio delle figure giuridiche soggettive sulla costituzione italiana”, Padua, 1953, p. 6.

deba recurrir no ya al procedimiento de transformación, sino directamente —para adecuar la Constitución al tratado y eliminar el conflicto entre uno y otro en el sentido indicado por el mismo Kelsen— al procedimiento de revisión constitucional. Ahora bien, puede incluso suceder que el procedimiento de transformación y el de revisión constitucional coincida, por ejemplo, en un ordenamiento flexible. Sin embargo, es probable que la revisión de la Constitución exija un procedimiento más complejo del que necesita normalmente para transformar el tratado en una norma del derecho interno. Kelsen critica la transformación como una técnica inútil y embarazosa, que se puede justificar sólo sobre la base de las premisas dualistas. Pero no se da cuenta de que la posición de la que él parte conduciría a resultados aún más en desacuerdo con la economía de procedimientos y con el principio de la aplicabilidad directa de las normas internacionales en el derecho interno.

Se diría que el defecto de planteamiento de Kelsen derivase del hecho de que, para describir el fenómeno de la aplicación del derecho internacional en el ordenamiento interno, el autor recoge elementos conceptuales de una y otra de las hipótesis arriba presentadas. Sin embargo, son éstas lógicamente incompatibles;³⁸ así, Kelsen postula, en todo caso, la delegación del derecho internacional en el derecho interno, es decir, la aplicación incondicional de la norma internacional general que establece tal delegación y, al mismo tiempo, admite que, mediante la individualización del elemento personal, las partes contratantes de un tratado establezcan una derogación de dicha norma; sostiene que el tratado prevalece sobre la Constitución cuando los dos actos normativos entren en conflicto, y después desmiente esta afirmación aduciendo que la norma internacional no nace hasta que no hayan sido agotados los procedimientos de transformación eventualmente prescritos por el ordenamiento interno; afirma que la norma internacional es completa y, por lo tanto, susceptible de ejecución inmediata cuando su elemento personal haya sido individualizado; pero añade o sobreentiende que el tratado no puede considerarse formado si no es a través de los procedimientos previstos por el ordenamiento interno.

Este último punto merece una puntualización detenida. Al afirmar que las normas de adaptación se deben incluir en el procedimiento de producción de la norma internacional, Kelsen pretende negar que bajo el concepto de transformación se pueda esconder un conflicto entre

³⁸ También Giuliano echa en cara a Kelsen su arbitraria “manipulación” de los datos de la experiencia jurídica en la configuración del fenómeno de la transformación (cfr. *La comunità internazionale...*, cit. p. 129, nota 195).

Constitución y tratado, entre derecho internacional y derecho interno. Pero, como hemos intentado demostrar, el conflicto existe: según la construcción jerárquica característica de la doctrina kelseniana, el conflicto se produce entre una norma superior, el tratado, y otra subordinada, la Constitución. Y es fácil entrever la consecuencia hacia la que se camina inevitablemente si se afirma, con Kelsen, que el proceso de formación de la norma internacional sufre, por así decirlo, una desviación al desarrollo, en vez de en la dirección querida por las partes, en las formas establecidas por el derecho interno. De los términos en conflicto, el tratado y la Constitución, prevalece la segunda. Esto es evidentemente incompatible con los postulados de la tesis monista.

La crítica que dirige Kelsen a la tesis de la transformación se inspira, en definitiva, en la consideración de que si se adopta el principio de la aplicabilidad directa de la norma internacional en el derecho interno, la posibilidad de un conflicto entre tratado y Constitución queda reducido al mínimo. En este sentido se explica también otra afirmación del mismo autor: que cuando el órgano designado por los Estados contratantes sea el legislador, no existirá transformación, sino pura y simple aplicación de la norma internacional,³⁹ y, en efecto, la amplitud de la esfera de competencia del Poder Legislativo, que es característica estructural constante de la organización estatal, induce a Kelsen a presumir también aquí que los eventuales contrastes entre tratado y ordenamiento estatal sean pocos o de escasa importancia.

Sin embargo, esta opinión no debe considerarse necesariamente como exacta en base a cuanto hemos señalado.

Para establecer si el tratado amplía o no la competencia del legislador o de cualquier otro órgano que se considere como elemento personal de la norma convencional, es necesario estudiar el contenido del mismo.

Si se refiere a la esfera de atribución del Poder Legislativo, no existirá oposición entre tratado y Constitución, y, por lo tanto, no será necesario realizar la transformación. En cualquier otro caso, es necesario realizar dicha transformación a través del único procedimiento que puede aplicar el legislador: el de la revisión constitucional. Considérese, por ejemplo, un tratado que se refiere a una materia reservada en régimen de Constitución rígida, al órgano constituyente, o bien a un órgano legislativo distinto del señalado en el tratado, como puede suceder en el caso de un ordenamiento en el que el Poder Legislativo se encuentra repartido entre el legislador central y el legislador local.

³⁹ Kelsen: *Principles...*, p. 354.

La opinión de Kelsen corresponde, por lo demás, a la distinción que establece el mismo autor —en abierta contradicción con sus propias premisas— entre la adaptación de la Constitución al tratado y la transformación, a la que configura, por el contrario, como una hipótesis no de conflicto, sino, se diría, como una hipótesis de absorción de un acto normativo en otro. El análisis que hemos realizado debería de haber demostrado que estas dos hipótesis —transformación y oposición entre tratado y Constitución— son, en la concepción kelseniana, momentos lógicos indisolubles unidos.⁴⁰

⁴⁰ Una situación de conflicto entre Derecho internacional convencional y Derecho interno es presupuesta por Sperduti (“Rilevanza internazionale delle disposizioni costituzionali sulla stipulazione dei trattati e suoi limiti”, en *Scritti di diritto internazionale in onore di Perassi*, II, Milán, 1956, pp. 328 y ss., al configurar la hipótesis de normas convencionales que designan a determinados órganos del Estado como competentes para concluir el mismo tratado internacional en el que dichas normas se encuentran contenidas, o acuerdos sucesivos. *Cfr.* p. 328 (nota 49), donde se precisa que estas cláusulas preliminares permanecen lógicamente separadas no sólo en relación a los tratados posteriores, cuyo modo de conclusión regulan, sino también respecto del acuerdo en el que están incluidas, siendo indiferente el hecho de que generalmente se encuentren materialmente colocadas entre las disposiciones finales (para un punto de notable interés dogmático, *cfr.* p. 329 (nota 49): Sperduti caracteriza las cláusulas arriba señaladas como acuerdos preliminares o como figuras de *accordo implicito su testo esplicito*, y añade que sería posible construir una teoría de los acuerdos preliminares de este tipo, categoría que podría ser utilizada para explicar el fenómeno de la adhesión y de otros modos de extensión de la eficacia subjetiva del tratado). Dado que, en tal caso, el acuerdo internacional atribuye el *treaty making power*, aunque sólo en lo relativo a la conclusión de uno o varios acuerdos, individualmente determinados, a órganos distintos de aquellos que detentan dicho poder, según el ordenamiento interno, surge a nuestro entender, un conflicto entre constitución y tratado, análogo al conflicto que presupone el mismo Kelsen cuando considera la hipótesis de un tratado que, siendo técnicamente susceptible de aplicación inmediata en el Derecho interno, está, sin embargo, sujeto a transformación por parte de la Constitución. Tanto en la hipótesis señalada por Sperduti como en la que nos presenta Kelsen, como precisamos en el texto (*infra*, p. 37), en la base del fenómeno de la transformación, existe una norma de Derecho internacional convencional que, atribuyendo el poder de concluir y el poder de ejecutar los acuerdos internacionales a órganos distintos de aquellos a los que constitucionalmente se les concede uno y otro poder, se dirige a alterar el sistema de las competencias previsto por la constitución, y entra, por lo tanto, en conflicto con la norma de Derecho internacional, que, por lo que respecta a la conclusión y a la ejecución de los acuerdos internacionales, reenvía al Derecho interno. Queda por ver cómo se resuelve este conflicto. Sperduti admite que “las normas internacionales, al designar directamente los órganos competentes para estipular, producen el efecto de dar a los acuerdos concluidos de acuerdo con ellas por los órganos en ellas designados, un valor independiente de la conformidad de dichos acuerdos con las normas de competencia contenidas en los respectivos ordenamientos estatales” (*op. ult. cit.*, p. 328). Por otra parte, advierte que las normas convencionales en cuestión “determinan o son susceptibles de determinar en los ordenamientos internos de los Estados contratantes, en virtud de los