

CAPÍTULO IV

ADAPTACIÓN Y CONTROLES DE CONSTITUCIONALIDAD

1. El problema del control de constitucionalidad sobre las normas de adaptación y las construcciones teóricas de las relaciones entre derecho internacional y derecho interno 375
2. Control de constitucionalidad y adaptación al derecho internacional general: *a)* Las normas introducidas por el artículo 10 como criterio y como objeto del control jurisdiccional 383
3. *b)* Control de constitucionalidad y hecho normativo: *aa)* El principio de exclusividad y la configuración de las normas *consideradas como hechos* 384
4. *bb)* Análisis de la opinión que considera como objeto del control únicamente a las normas introducidas mediante “actos” legislativos 393
5. *cc)* Caracteres y límites del control sobre las normas introducidas por el artículo 10 441

CAPÍTULO IV

ADAPTACIÓN Y CONTROLES DE CONSTITUCIONALIDAD

SUMARIO: 1. *El problema del control de constitucionalidad sobre las normas de adaptación y las construcciones teóricas de las relaciones entre derecho internacional y derecho interno.* 2. *Control de constitucionalidad y adaptación al derecho internacional general: a) Las normas introducidas por el artículo 10 como criterio y como objeto del control jurisdiccional.* 3. *b) Control de constitucionalidad y hecho normativo: aa) El principio de exclusividad y la configuración de las normas consideradas como hechos.* 4. *bb) Análisis de la opinión que considera como objeto del control únicamente a las normas introducidas mediante "actos" legislativos.* 5. *cc) Caracteres y límites del control sobre las normas introducidas por el artículo 10.* 6. *Controles de constitucionalidad sobre las normas de adaptación al derecho internacional convencional: a) Planteamiento del problema.* 7. *b) Análisis de las configuraciones posibles del control, allí donde el ordenamiento interno recoge la forma de la adaptación automática aunque no sea más que en relación con un único tratado.* 8. *c) Los controles sobre las normas de adaptación introducidas mediante orden de ejecución o a través del procedimiento ordinario.*

1. *El problema del control de constitucionalidad sobre las normas de adaptación y las construcciones teóricas de las relaciones entre derecho internacional y derecho interno*¹

En nuestro derecho positivo falta una disposición que, como el artícu-

¹ Sobre el problema del control de constitucionalidad en general, existe ya una amplia literatura. Entre los muchos autores que han profundizado en el análisis de los vicios del acto legislativo, *cfr.*, Esposito, *La validità delle leggi, cit., esp.*, pp. 271 y ss.; I. *Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia, cit.*, pp. 263 y ss.; Mortati, "Sull'eccesso di potere legislativo", en *GI*, 1949, pp. 8 y ss. del estr.; *Id.*, "Sull controllo di costituzionalità delle leggi costituzionali", en *FP*, 1949, pp. 3 y ss.; Azzariti, *Problemi di diritto costituzionale, cit., esp.*, pp. 127 y ss.; Giannini, M.S., "L'illegittimità degli atti normativi e delle norme", en *RISG*, 1954, p. 44; Redenti, *Legittimità delle leggi e Corte Cost.*, Milán, 1957 (para una indicación sobre la inconstitucionalidad de los tratados, v., p. 8: este ilustre autor incluye los tratados internacionales entre los actos que tienen fuerza de ley pero considera que sólo son impugnables ante el Tribunal Constitucional si han sido

raticados); Pierandrei, *La Corte Costituzionale e le "modifiche tacite" della Costituzione...*, cit., pp. 185 y ss.; *Id.*, "Le decisioni degli organi della giustizia costituzionale", en *RISG*, 1954, pp. 101 y ss.; Calamandrei, *L'illegittimità costituzionale delle leggi...*, cit., esp., p. 12; *Id.*, "Corte Costituzionale e autorità giudiziaria", en *RDP.*, 1956, esp. par. I; Abbamonte, *Il processo costituzionale italiano*, Nápoles, 1957, pp. 199 y ss.; Villari, *Il processo costituzionale*, Milán, 1957; Lavagna, *Problemi di giustizia costituzionale sotto il profilo della "manifesta infondatezza"*, Milán, 1957, esp. pp. 44 y ss.; Gueli, *La Corte Costituzionale*, cit., pp. 26 y ss.; Virga, "I vizi materiali della legge", en *Annali Catania*, 1950-51, p. 101; Guarino, *Abrogazione e disapplicazione delle leggi illegittime*, cit., pp. 366 y ss. V. asimismo, el debate citado acerca de la competencia del Tribunal Constitucional en relación con las normas anteriores a la Constitución, en *GC*, 1956, De los compendios y tratados institucionales, ver, por ejemplo, Balladore Pallieri, *Diritto costituzionale*,⁹ cit., pp. 287 y ss.; Biscaretti di Ruffia, *Diritto costituzionale*, cit., pp. 451, 468 (con amplias referencias a la literatura extranjera); Pergolesi, *Diritto Costituzionale*,¹⁴ cit., p. 514; Cereti, *Corso di diritto costituzionale*, cit., pp. 447 y ss.; Virga, *Diritto costituzionale*,⁴ cit., pp. 351 y ss.; Lavagna, *Diritto costituzionale*, I, Milán, 1957, pp. 334 y ss.; Crosa, *Diritto costituzionali*, Turín, s.f. (1955), p. 374; Mortati, *Istituzioni*⁵..., cit., pp. 901 y ss. De la literatura extranjera, amplísima entre las dos guerras mundiales, nos limitamos a recordar a Kelsen, "La garantie jurisdictionnelle de la constitution (La justice constitutionnelle)", en *ReDP*, 1928, esp., par. 4 (pp. 25 y ss. del estr.); *Id.*, "Judicial Review of Legislation. A Comparative Study of the Austrian and the American Constitutions", en *J.P.*, vol. 4, 1942, pp. 183-200; Adamovich, *Die Prüfung der Gesetze und Verordnungen durch den österreichischen Verfassungsgerichtshofals Prüfer der Gesetze und Verordnungen*, Viena, 1924. Del tema específico del que nos ocupamos aquí, la doctrina parece haberse interesado poco. Un tratamiento general del problema, en relación con el ordenamiento anterior, lo ofrece Anzilotti, *Il diritto internazionale nei giudizi interni*, cit., pp. 372 y ss.; Monaco, *L'ordinamento internazionale in rapporto al diritto statale*, cit., p. 31; v. incluso, de este último autor, *I Trattati...*, cit., p. 320, y *Osservazioni sulla costituzionalità...*, cit., pp. 171 y ss.; Miele, *La Costituzione...*, cit., pp. 72-73; Mortati, *Istituzioni*⁴..., cit., p. 835; Lavagna, *Problemi...*, cit., pp. 30-31; Abbamonte, *Processo...*, cit., p. 201, nota 4, 5; pp. 42 y ss.; Kelsen, *La garantie...*, cit., p. 41; Guggenheim, *Traité de droit international public*, I, cit., pp. 39 y ss.; Metall, "Die gerichtliche Prüfung von Staatsverträgen Nach der österreichischen Bundesverfassung", en *ZfOR*, 1928, pp. 106 y ss. (con especial referencia al artículo 145 de la Constitución austriaca y al examen comparativo de los problemas planteados a la jurisprudencia alemana por la Constitución de Weimar), pp. 115 y ss. (sobre los límites del control jurisdiccional relativos a los tratados y sobre la delimitación de los poderes del juez ordinario y del Tribunal Constitucional en el control de la conformidad de las leyes ordinarias al derecho internacional, c. *ivi*, nota 2, para una referencia a los efectos de la anulación de las normas contrarias al derecho internacional); Eisenmann, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche* (tesis), París, 1928, pp. 200-201; Lassalle, "Les limites du contrôle de la constitutionnalité des lois", en *ReDP*, 1955, p. 33 (en torno a algunos aspectos del control de constitucionalidad de los tratados). *Cfr.*, literatura citada, *supra*, p. 296, nota 52; *infra*, p. 407, nota 47. Para orientaciones de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Karlsruhe, *vid.* las decisiones siguientes: n. 42, del 29 de julio de 1952 (*BVG*, I, pp. 351-371), sobre la limitación de los efectos de la decisión del Tribunal en la esfera del derecho interno; n. 44, del 30 de julio de 1952 (*BVG*, I, pp. 396-412), acerca de la admisibilidad del control jurisdiccional de la ley de ejecución, incluso antes de la publicación de esta última; n. 22 de 26 de marzo de 1957 (*BVG*, VI, pp. 309 y ss.), sobre los efectos

lo 145 de la Constitución austriaca,² resuelva expresamente el problema del control de constitucionalidad sobre las normas de adaptación. Por lo tanto, se trata de ver si, a pesar del silencio de la Constitución, la competencia del juez constitucional puede extenderse a las normas para adaptar el ordenamiento interno al derecho internacional. El problema es complejo y también nuevo, ya que nuestra doctrina no se ha ocupado del asunto a no ser de modo indirecto y ocasional.

En primer lugar, no está claro si las normas de adaptación, de las que nos hemos ocupado en los capítulos precedentes, deben considerarse como *criterio* o, al contrario, como *objeto* de control por parte del Tribunal Constitucional. Como se puede comprender fácilmente, la solución a este problema depende de la posición que se atribuya a las normas de adaptación en el sistema de fuentes del derecho estatal. Por ello, conviene tener en cuenta los resultados a que habíamos llegado en torno al valor de las normas introducidas mediante los diferentes procedimientos de adaptación previstos por nuestro ordenamiento.

Por nuestra parte opinamos que, además del argumento que vamos a exponer, la posición dualista y la que puede definirse como monismo moderado conducen a resultados que coinciden en lo esencial.

Es fácil darse cuenta que el problema del control de constitucionalidad se plantea, de hecho, independientemente de la adhesión a una y otra posición teórica. La doctrina monista se limita a afirmar la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno únicamente en los límites en los que aquélla sea sancionada y reconocida explícitamente por el mismo ordenamiento estatal. Y no podría ser de otra manera: se trata de un corolario lógico e inevitable del principio, aceptado por esta corriente de la doctrina monista, según el cual el derecho internacional carece de *vis abrogans* en relación con el derecho interno que pudiera oponérsele. A partir de ahí, para la doctrina monista se deduce necesariamente que las normas del ordenamiento estatal dictadas para la aplicación del derecho internacional dentro de su propia esfera, no deben considerarse necesariamente superiores a las demás fuentes del derecho estatal. Ya hemos visto cómo los argumentos y recursos, hábil y autorizadamente defendidos, con los que la doctrina monista trata de atenuar o negar las consecuencias que se derivan del principio señalado, parecen bastante poco convincentes. Lo mismo debe decirse de los ra-

del pronunciamiento del Tribunal; para indicaciones de precedentes jurisprudenciales sobre el tema, *ivi*, pp. 326-327.

² Cfr. *infra*, p. 432, nota 39.

zonamientos con los que, de una u otra manera, se ha intentado reducir o minimizar el alcance del conflicto entre derecho internacional y derecho interno: en especial, en relación con la tesis según la cual las normas y los actos de transformación se incorporan al proceso de formación de la norma internacional; que, además, las normas internacionales y las normas internas, aun cuando pertenecen a un mismo ordenamiento, tienen destinatarios distintos, y finalmente, que las normas internas disconformes con el derecho internacional, son válidas, pero únicamente a título provisional.³ Ya hemos tenido ocasión de considerar estas afirmaciones y no se trata ahora de volver sobre el tema. No obstante, y prescindiendo de las consideraciones generales señaladas anteriormente, bastará con que añadamos en este momento un argumento específico y, por así decir, textual, en ayuda de la irrelevancia observada, o mejor, de la equivalencia de las dos posiciones teóricas (que se aceptan en general como hipótesis de trabajo), en lo que conviene a la solución del problema en cuestión.

Kelsen, uno de los primeros que ha analizado y sistematizado científicamente el fenómeno del control de constitucionalidad, propone la hipótesis según la cual el juez constitucional puede ocuparse de las normas internacionales desde dos ángulos distintos, según que dichas normas se tomen como criterio o como objeto del control de constitucionalidad.

Según Kelsen, el que los tratados estén sujetos a los controles de legitimidad que el ordenamiento aplica a las leyes y actos normativos, se deriva del hecho de que los acuerdos internacionales constituyen fuentes de derecho interno con el mismo título que las leyes. Si el ordenamiento dispone que los actos del Poder Legislativo estén sujetos al control jurisdiccional, no se entiende, señala el citado autor, por qué quedarían al margen de ello esas especiales manifestaciones de voluntad del Estado que se concretan en los tratados. Formulada la solución en estos términos, Kelsen no excluye, sin embargo, que el tratado pueda ser con-

³ Para la doctrina monista que admite la validez de las normas de derecho interno disconformes con el derecho internacional, *cf.* Kelsen, *Les rapports de système*, *cit.*, p. 316; Verdross, *Droit international et droit interne*, *cit.*, p. 320; *Id.*, *Völkerrecht*,³ *cit.*, p. 63; en contra, Papalambrou, *Le problème de la transformation...*, *cit.*, pp. 234 y ss.; Perassi, *Lezioni*, *cit.*, p. 5; Sperduti, *Lezioni...*, *cit.*, pp. 93-95; *Diritto internazionale e diritto interno*, *cit.*, pp. 188 y ss.; *L'individu et le droit international*, *cit.*, p. 746; Sereni, *Diritto internazionale*, I, *cit.*, p. 198; Anzilotti, *Corso...*, *cit.*, p. 58; Romano, *L'ordinamento giuridico*, *cit.*, pp. 130-132; *Id.*, *Corso di diritto internazionale*, *cit.*, p. 47.

siderado como norma paralela a la Constitución y por ello superior a la ley.⁴

Sin embargo el problema permanece abierto en lo que concierne a la conformidad de las normas constitucionales⁵ con los tratados o de todas las normas del ordenamiento estatal, sean éstas constitucionales u ordinarias, con el derecho internacional consuetudinario. Kelsen resuelve la primera de estas cuestiones en el sentido de que el juez constitucional puede controlar la congruencia y la conformidad de todas las normas internas, incluida la Constitución, con los tratados, en la medida en que se sitúe en un plano que trasciende el ordenamiento jurídico estatal.

En relación con el derecho internacional generalmente reconocido, Kelsen distingue según sea o no reconocido y adoptado como parte integrante por una norma constitucional.⁶ En el primer supuesto debe entenderse la voluntad del constituyente, en el sentido de que dichas normas del derecho internacional representan un vínculo y un límite a los actos del Poder Legislativo.

De esta manera, las leyes ordinarias disconformes con el derecho internacional serían asimilables a las leyes inconstitucionales. Según Kelsen, debería llegarse a la misma conclusión, aunque la Constitución, en su referencia a las normas de derecho internacional general, no hubiese precisado el rango que ocupan en el sistema de fuentes del derecho interno, dejando por tanto abierta la cuestión de si deben asimilarse a la Constitución. Y ello, porque debería presumirse que, en el caso que el legislador estatal sancione solamente en la carta fundamental el respeto al derecho internacional, tal afirmación quedaría vacía de contenido

⁴ Kelsen, *La garantie... cit.*, p. 41: "En autorisant certains organes à conclure des traités internationaux, celle-ci fait d'eux un mode de formation de la volonté étatique; elle en exclut donc —conformément à la notion de traité qu'elle a faite sienne— l'abrogation ou la modification par une loi ordinaire. Une loi contraire à un traité est par conséquent —tout au moins de façon indirecte— inconstitutionnelle."

⁵ También aquí conviene citar textualmente la opinión de este insigne autor: "Mais pour pouvoir affirmer que même une loi constitutionnelle (Verfassungsgesetz) qui viole un traité, est irrégulière, il faut se placer à un point de vue supérieur à celui de la Constitution, au point de vue de la primauté de l'ordre juridique international; car seul ce point de vue fait apparaître le traité international comme un ordre partiel supérieur aux Etats contractants, et par là la possibilité que des actes étatiques, en particulier les lois, règlements, etc., soumis ou contrôlé de la juridiction constitutionnelle violent non seulement les règles particulières d'un traité international et, par suite, indirectement, le principe du respect des traités, mais encore d'autres principes du droit international général" (*op. ult. cit.*, p. 41).

⁶ Kelsen, *op. ult. cit.*, p. 42.

si no se admitiese al mismo tiempo que las leyes ordinarias, contrarias al derecho internacional, se contraponen por ello mismo a un principio recogido explícitamente por el constituyente y, por tal razón, deben considerarse impugnables ante el juez constitucional.

Kelsen propone una solución diferente en la hipótesis en que falte un reconocimiento explícito del derecho internacional general. En tal caso no existiría ninguna norma de derecho estatal de la que pudiera deducirse correctamente que el juez constitucional tiene el poder de controlar la conformidad de las leyes ordinarias con el derecho internacional. Tampoco sería posible argumentar la existencia de tal poder por otra vía: entendiéndolo, por ejemplo, que el juez encargado de controlar la conformidad del derecho interno con el derecho internacional constituye un órgano no del Estado sino, en realidad, de la comunidad internacional. El ordenamiento internacional —lo admite expresamente el propio Kelsen— todavía no ha puesto a punto un sistema jurisdiccional idóneo para garantizar la anulación de las normas de derecho interno contrastantes con las internacionales.

Una vez afirmada la primacía del derecho internacional, si tal primacía consiste en la invalidación de las normas internas por parte de las normas internacionales con ellas disconformes, resulta claro que la superioridad del derecho internacional y la consiguiente invalidez, en el derecho interno, de las normas que violan el derecho internacional —siguiendo la doctrina monista que hemos recordado— no podrían derivarse de una norma internacional, ni configurarse como un principio institucional de la comunidad internacional.

Estas y otras posturas de la doctrina monista sobre las que sería ocioso insistir más, constituirían por tanto, si ello fuere necesario, una confirmación directa del fundamento de la premisa de que hemos partido.

Por ello puede concluirse que el problema del control de constitucionalidad, es decir, de aquel aspecto particular o momento del control que consiste en declarar la conformidad del derecho interno con la norma internacional, se plantea, partiendo de la dirección monista antes señalada, en los mismos términos en que, como veremos inmediatamente, lo considera y resuelve la doctrina dualista. De hecho, es evidente que para la tesis dualista —*a fortiori* también para la monista que defiende la primacía del derecho estatal— el control de la conformidad del derecho interno con el derecho internacional sólo es admisible a con-

dición de que esté expresamente consentido y admitido por el propio derecho interno.⁷

La coincidencia o convergencia de resultados a que conducen una y otra teoría se puede argumentar en base a otras consideraciones. En la hipótesis que estamos considerando se trata de declarar la conformidad de las leyes al límite que para las mismas resulta del reenvío que se hace al derecho internacional. Es decir, el criterio de control viene dado por las normas de adecuación al derecho internacional y no, de modo inmediato, por las normas de este último ordenamiento.

En este sentido se ha pronunciado una opinión autorizada, según la cual se pueden distinguir límites directos e indirectos en relación con el acto legislativo. El límite que se deriva del reenvío al derecho internacional constituiría, según esta opinión, en cualquier caso —tanto para la tesis monista como para la dualista—, un límite *directo*, es decir, un límite introducido por una norma del mismo ordenamiento al que pertenecen las leyes que resultan vinculadas.

Para la tesis monista, el límite vendría dado en la medida en que la obligación de observar el derecho internacional se deriva en definitiva de una norma del mismo ordenamiento, debiendo considerarse al derecho internacional y al derecho interno como partes de un ordenamiento único.

Para la tesis dualista, el límite surge porque, mediante el reenvío a las normas de un ordenamiento que se considera distinto y separado, las normas que funcionan como límite frente al legislador constituyen en cualquier caso normas internas.

Podemos adherirnos a esta opinión; advirtiendo, no obstante, que para la tesis monista las normas que a veces se toman en consideración constituyen un límite *directo* a las leyes. Y ello, no solamente en el sentido de que la norma de derecho internacional, dada la unidad de los dos ordenamientos, constituye además de modo necesario una norma del mismo ordenamiento jurídico.⁸ Ya hemos señalado que las normas de derecho internacional que no sean susceptibles de ejecución inmediata se aplican a través de normas establecidas en el ordenamiento estatal (y ésta es una afirmación que no ha sido negada, ni podría serlo, por los mismos monistas). Por ello, incluso para los monistas, las reglas que el juez debe considerar como fundamento del control de constitucionalidad de las leyes ordinarias son, en este caso, normas internas.

Los seguidores del monismo moderado no niegan —antes al contrario,

⁷ Kelsen, *op. ult. cit.*, p. 46.

⁸ Esposito, *La validità delle leggi, cit.*, pp. 258 y ss.

lo afirman explícitamente— que la aplicación inmediata de las normas internacionales, aun cuando sean susceptibles de ejecución inmediata, sólo es posible en la medida en que se admita que el ordenamiento interno configure el tratado como una de las propias fuentes de derecho; en lo que respecta al derecho internacional general no se podrían aplicar sus normas a no ser que fueran “reconocidas” por la Constitución, es decir, sólo en la medida en que exista una disposición que las considere como parte integrante del ordenamiento interno. Las críticas de la doctrina monista van dirigidas contra el concepto de la transformación (que considera, como se ha dicho, una repetición inútil de la misma norma dentro de un único ordenamiento que engloba al mismo tiempo el derecho interno); a pesar de todo no pueden negar la distinción entre acto de creación y acto de ejecución, entre la norma internacional y la norma interna que permite la aplicación de aquélla. Distinción que, por otra parte, resulta implícita en la construcción gradual del ordenamiento jurídico de la que participan los defensores de esta dirección monista. Tampoco vale objetar que se impondría una conclusión distinta en el caso en que el ordenamiento estatal se hubiera limitado a disponer que las leyes ordinarias no pueden contradecir las normas del derecho internacional, sin haber previsto las correspondientes normas de adaptación.

De hecho, incluso en este caso, el límite a las leyes ordinarias derivaría de la norma interna que prescribe la conformidad de las leyes ordinarias con el derecho internacional, y no inmediatamente de este último. A falta de una norma que establezca dicho límite no cabría ninguna posibilidad, de hecho, de invalidar las normas internas que pudieran transgredir o violar el derecho internacional. También es ésta, en definitiva, una afirmación obvia que la doctrina monista no puede negar.

Al comienzo de las consideraciones precedentes hemos advertido que el constituyente, al instaurar el sistema de controles de constitucionalidad, no ha configurado de modo específico la hipótesis según la cual el control habría de afectar, de una u otra manera, a las normas de adaptación al derecho internacional. Con el fin de plantear el problema correctamente, parece necesario distinguir según que dicho control recaiga sobre las normas de adaptación al derecho internacional general o, por el contrario, al derecho internacional particular.

2. *Control de constitucionalidad y adaptación al derecho internacional general: a) Las normas introducidas por el artículo 10 como criterio y como objeto del control jurisdiccional*

Después de cuanto se ha dicho, no se necesita repetir la razón por la que, incluso desde este primer punto de vista, la solución del problema aparece estrechamente ligada a la posición según la cual las normas de adaptación al derecho internacional general vienen a situarse en el cuadro de las fuentes de nuestro sistema jurídico.

Como sabemos, dichas normas entran inmediatamente en el ordenamiento interno en virtud del procedimiento automático previsto por el artículo 10. Lo que induce a calificar a las normas de adaptación como fuentes que encuentran un límite en la Constitución, en el sentido de que vienen evocadas, en cuanto no contrasten con un conjunto de normas históricamente individualizadas, es decir, con aquellas normas que se establecieron en el momento de promulgarse la Constitución, y por ello representan su contexto originario. Por otra parte, las normas de adaptación son superiores a las leyes ordinarias desde el momento en que no pueden ser derogadas más que por medio del procedimiento de revisión.

Dicho esto, no parece que pueda subsistir ningún motivo que impida tomar estas normas, dada su eficacia, como criterio de control de constitucionalidad de la ley ordinaria. A nuestro parecer, no es correcto objetar que las normas evocadas o, como también se dice, interpuestas, constituyen un límite, por así decir, sólo indirecto respecto de la ley ordinaria, que, por ello, debería permanecer al margen del examen del Tribunal Constitucional. De hecho, diremos que la misma situación se presenta cuantas veces el constituyente subordina la ley a normas que, si bien se consideran dentro de la Constitución, no han sido establecidas en la forma o con el procedimiento exigido para la emanación de leyes constitucionales. Un ejemplo de ello nos lo ofrecen las disposiciones, ya examinadas, que prevén algunos límites a las leyes regionales. Como se sabe, éstas deben adecuarse a las leyes estatales que dictan los principios generales de la legislación, en las materias atribuidas a la competencia concurrente del Estado y de la región. No existe ninguna duda de que la violación de las leyes estatales por parte del legislador regional sea inconstitucional en el mismo sentido e idéntico título con que lo sería si violase de modo inmediato la Constitución.⁹

⁹ Como es conocido, se ha discutido del problema en relación con la posibilidad de que el juez constitucional controle el exceso de delegación. En el sen-

No obstante, queda por considerar si las normas de adaptación al derecho internacional general pueden ser consideradas no como criterio de control sino como objeto del control de constitucionalidad. Advirtamos de entrada que la doctrina parece orientada hacia la solución negativa, y que tal conclusión, que en realidad se encuentra sugerida más que desarrollada o argumentada, es sustancialmente exacta. Sin embargo, resulta claro que el intérprete podría aceptarla con tranquilidad únicamente en el caso de que resultase confirmado que es congruente con el “espíritu” del sistema, es decir, con los principios que informan el control de constitucionalidad tal como aparece configurado en nuestro ordenamiento.

3. b) *Control de constitucionalidad y hecho normativo: aa) El principio de exclusividad y la configuración de las normas consideradas como hechos*

Comenzamos con la observación, extendida, e incluso habitual en la doctrina, según la cual las normas aludidas en el artículo 10 quedan excluidas del control en la medida en que pertenecen a un ordenamiento distinto del nuestro, y el control del Tribunal, por el contrario, está limitado de manera textual a los actos normativos y precisamente a los

tido de que el conflicto entre ley de delegación y ley delegada implica sólo mediatamente una contradicción entre esta última ley y la regla constitucional que regula la modalidad de la delegación legislativa, *cfr.*, Mortati, “In tema di competenza e di limiti del sindacato sugli eccessi di delega”, en *GC*, 1957, *esp.*, p. 13; *Id.*, *Istituzioni*⁵. . . , *cit.*, pp. 912-13; Esposito, *La Costituzione italiana*, *cit.*, p. 275, quienes concuerdan en la duda sobre la competencia del Tribunal en este caso. Ver, sin embargo, Balladore Pallieri, *Diritto Costituzionale*,⁶ *cit.*, p. 288. Esposito señala más adelante (*op. loc. ult. cit.*): “no pecaría de ilegitimidad constitucional la ley contraria a la moral, al derecho justo, al derecho natural, si estos reenvíos existieran (pero no existen) en nuestra Constitución”. *Cfr.* Esposito, *La validità delle leggi*, *cit.*, p. 264-65; Garbagnati, “Il giudice di fronte alla legge ingiusta”, en *Jus*, 1951, p. 447, sobre la posibilidad de control de la ley injusta por parte del Tribunal y las reservas que señala a propósito Lavagna, *Problemi*. . . , *cit.*, p. 27, nota 59; y por Groppali, “Il diritto naturale e la corte costituzionale”, en *RIFD*, 1953, p. 50. En cambio, puesto que el reenvío al derecho internacional tiene como consecuencia la inserción en el ordenamiento de nuevas reglas, cuya situación en el sistema de fuentes coincide con la de las normas constitucionales, al menos, en los límites señalados a su debido tiempo, las consideraciones citadas no caben en el caso que nos interesa. Por ello, no deberían existir motivos serios para excluir que la ley ordinaria, contraria a una de las normas consideradas por el artículo 10, sea inválida y que el juez constitucional pudiera conocer esta situación de invalidez. Por otro lado, esta solución se admite sin problemas, si bien alguien ha puesto de relieve que el control dirigido a declarar la conformidad del ordenamiento interno con el derecho internacional, presenta características peculiares: *infra*, p. 407, nota 47.

actos del Estado y de las regiones, que son leyes o tienen fuerza de ley.¹⁰ La referencia al Estado y a las regiones en los textos legales que acabamos de citar, se ha utilizado de hecho como argumento definitivo para afirmar que la competencia del Tribunal Constitucional, desde el ángulo que aquí interesa, hay que entenderla limitada al control de las normas dictadas por los órganos legislativos del Estado o de las regiones, y para excluir que nuestro sistema atribuya al Tribunal Constitucional el poder de controlar la legitimidad de otras normas que no sean las dictadas por los órganos legislativos de nuestro ordenamiento. De aquí se deduce que la categoría de actos impugnables ante el Tribunal pueda delimitarse excluyendo, en primer lugar, las normas de otros ordenamientos, las cuales, aun traídas a colación por el derecho interno, no son introducidas en este último mediante actos normativos del Estado o de las regiones. Lo mismo ocurre con las normas que, aunque forman parte del ordenamiento interno, se derivan de hechos jurídicos que no revisten la calificación de actos normativos en sentido estricto, o sea las normas consuetudinarias. A estas categorías se ha sumado una nueva, la de un acto normativo, “reconocido” generalmente como acto provisto de fuerza de ley, pero, en realidad, desprovisto de los requisitos que el ordenamiento jurídico considera necesarios para que un acto pueda adquirir la eficacia de la ley y quedar incluido, de esta manera, entre los actos impugnables ante el Tribunal.¹¹ Prescindiendo de este último caso, en el que no se trata de control de un hecho normativo, se puede por ello afirmar que el problema de la sujeción al control constitucional de las normas creadas de modo ajeno al de la emanación de un acto normativo, trasciende la hipótesis considerada especialmente en este trabajo, y se plantea así tanto en relación con la costumbre interna como con las normas producidas mediante el reenvío a otros ordenamientos; estos ordenamientos hay que entenderlos no únicamente en un sentido especial sino también temporal (piénsese en el ordenamiento estatutario en cuanto sea asumido como sistema normativo distinto del ordenamiento vigente en la actualidad). Recientemente, la doctrina que

¹⁰ Cfr. artículo 134, párrafo 1, Const.; artículos 1 y 2, l.c. 9 de febrero de 1948, núm. 1 (Normas sobre los juicios de legitimidad constitucional y sobre las garantías de independencia del Tribunal Constitucional); artículos 23, 27, 28, 29, 30, ley de 11 de marzo de 1943, núm. 87 (normas sobre la constitución y funcionamiento del Tribunal constitucional).

¹¹ Abbamonte, *Il processo costituzionale...*, cit., p. 200, excluye que el reconocimiento de la fuerza de ley sea suficiente aquí para incluir el acto, entre los que puede controlar el Tribunal, aunque mantiene que dicho acto puede ser examinado por el Tribunal desde el punto de vista del conflicto de atribuciones.

ha seguido más de cerca la jurisprudencia mediante la que el Tribunal va precisando el ámbito de extensión de su propio control ha puesto de relieve, de modo perspicaz, la exigencia de reconducir a una perspectiva unitaria el análisis en torno a los límites y la misma admisibilidad de controles que tienen como objeto propio las figuras, muy diversas en muchos aspectos, de normas disociadas o separadas de actos normativos.¹² Parece, por tanto, necesario que, aunque sea en el marco de nuestro estudio, dediquemos a este punto algunas observaciones de carácter general que ayuden a plantear el problema del control sobre las normas de adaptación en general, así como a esclarecer las consideraciones que habremos de añadir, dedicadas al derecho internacional convencional. Dejando a un lado el que la costumbre puede reducirse al hecho normativo —cuestión que no nos interesa de modo directo y que, por lo demás, parece que se admite sin problemas—,¹³ conviene que aludamos ahora a las razones que han conducido a la afirmación de que las normas de otro ordenamiento se sitúan al nivel de los hechos. La explicación reside en el llamado principio de exclusividad de los ordenamientos jurídicos. En base a este principio, que no siempre viene entendido de forma unívoca, se afirma que solamente goza del carácter de juridicidad aquel ordenamiento que normalmente el intérprete adopta como punto de partida y de referencia para sus propias investigaciones.¹⁴

Bastará con señalar aquí que el principio de exclusividad, en cualquiera de sus formulaciones, no contradice la premisa de la separación

¹² Cfr. Mortati, *Istituzioni*... , cit., p. 913 e indicaciones bibliográficas en nota; Crisafulli, *Interrogativi*... , cit., p. 715.

¹³ Sobre la costumbre como hecho normativo y “procedimiento indistinto” de creación de normas, cfr., Tesauro, *Diritto costituzionale*, Nápoles, 1958, p. 61; Abbamonte, *Il processo costituzionale*... , cit., p. 203, que niega que el Tribunal pueda controlar las normas consuetudinarias. Para una referencia a las opiniones que reducen la costumbre a un acto voluntario (por ejemplo, la tesis del acuerdo tácito) cfr. Pierandrei, *La Corte costituzionale e le modifiche acite*... , cit., p. 206, y en el mismo lugar, la precisión de los límites y del sentido con que concurren los “comportamientos” de los órganos constitucionales a la formación de la costumbre (a la que Pierandrei parece distinguir, sin embargo, de los actos jurídicos). Ver también, por último, Tosi, *Modificazioni tacite della Costituzione attraverso il diritto parlamentare*, Milán, 1959, p. 62, nota 90, p. 64, nota 92.

¹⁴ Según este punto de vista, la disposición que limita el control del Tribunal a los actos normativos contendría de modo implícito la referencia a los actos emanados por los órganos legislativos internos: con la consecuencia de que habría que sobreentender la exclusión del control sobre las normas de otros ordenamientos, aunque se diera el caso de que el ordenamiento positivo no contemplase o no manifestase explícitamente el requisito de que los actos impugnables ante el Tribunal deben ser actos de la República (del Estado o de la Región).

y la distinción de los ordenamientos jurídicos, a la que una gran parte de nuestra doctrina permanece sólidamente anclada. Sin embargo, no puede decirse que haya una opinión concordante en torno a la cuestión de individualizar el punto de conciliación y de unión entre la tesis pluralista y el principio de exclusividad.

Para aclarar cómo el principio de exclusividad no excluye sino que, al contrario, presupone la pluralidad de ordenamientos jurídicos, es conveniente, según señalan algunos, distinguir dos fases o momentos de la ciencia jurídica: el momento extradogmático y el dogmático.¹⁵ Simplificando, puede decirse que el primero afecta a la definición del derecho; el segundo, al conocimiento sistemático de un determinado ordenamiento positivo. Hecha la distinción en estos términos, se entiende que la presencia común de varios ordenamientos jurídicos es admisible desde el punto de vista extradogmático. La solución dogmática debería ser distinta cuando el intérprete se sitúa en el “interior” de un determinado ordenamiento positivo para reconstruir dogmáticamente el sistema. En este caso, la investigación jurídica se desenvuelve y se agota en el ámbito del ordenamiento considerado: única y exclusivamente se podrán adoptar como válidas las valoraciones dependientes de las normas de dicho ordenamiento. Desde el punto de vista dogmático, la consideración de un determinado ordenamiento jurídico excluye que pueda reconocerse la juridicidad de cualquier otro ordenamiento. Por otra parte, se ha señalado que no se puede postular de un lado la separación manteniendo al mismo tiempo firme el principio de exclusividad de los ordenamientos jurídicos sin caer en una contradicción.¹⁶ Esta situación, que podría definirse con razón como una verdadera y propia antinomia de la experiencia jurídica, puede, sin embargo, superarse si entendemos este último principio —tal como lo entiende la doctrina a la que nos referimos— simplemente en el sentido de que las normas pertenecientes a un ordenamiento distinto del que se toma como objeto de la propia in-

¹⁵ Cfr. De Luca, *Rilevanza dell'ordinamento canonico...*, cit., pp. 102 y ss.; Ziccardi, *La costituzione...*, pp. 110 y ss.

¹⁶ Cfr. Sperduti, *La produzione di norme...*, pp. 10-11. También habla de una grave “contradicción” entre el principio de exclusividad y la tesis de la separación de los ordenamientos, Romano (*L'ordinamento giuridico*, cit., p. 119, nota 95 bis; *Corso di diritto internazionale*, cit., p. 51; *Principi di diritto costituzionale generale*,² Milán, 1946, pp. 58, 93-95). Según este autor, había que entender el principio de exclusividad en el sentido de que todo ordenamiento puede, aunque no necesariamente debe, negar el valor jurídico de cualquier otro: otra solución implicaría una limitación “incompatible con el carácter mismo de los ordenamientos originales que, como tales, son soberanos y no experimentan otras limitaciones que las creadas o admitidas por ellos mismos” (*L'ordinamento giuridico*, loc. ult. cit.).

vestigación, no pueden conservar “inmutable su cualidad de valor normativo externo y, sin embargo, ejercer una eficacia en el interior del ordenamiento considerado”.¹⁷ De acuerdo con los términos que acabamos de señalar, el principio de exclusividad significa que las normas de un ordenamiento distinto del que se considere —aunque pertenecen a un sistema al que no se puede negar el carácter de la juridicidad, en base al principio de la pluralidad de ordenamientos— tienen una eficacia y vigencia limitadas a la esfera territorial del ordenamiento al que pertenecen; la eficacia y vigencia son pues en este sentido relativas. Así, el principio según el cual sólo tienen valor de normas jurídicas las normas del ordenamiento que normalmente se toma como objeto del conocimiento dogmático, tanto en uno como en otro de los significados señalados, resultaría, en definitiva, compatible con la posición dualista. Y por ello, sería un grave error identificarlo o confundirlo con un monismo de tipo kelseniano.

Ante todo, debemos observar que la revisión crítica de los esquemas contruidos por la doctrina para explicar las relaciones y uniones entre ordenamientos distintos ha conducido a considerar, a veces *ex professo*, el problema mismo del objetivo y de los límites de la ciencia jurídica.

Es explicable ciertamente que el contraste señalado, y en la actualidad reconocido generalmente, entre los principios de exclusividad del ordenamiento y de la relatividad de los valores jurídicos, haya suscitado estas reflexiones de naturaleza metodológica. Se ha visto cómo la distinción entre momento o procedimiento extradogmático ha sido propuesta en consideración a esta exigencia de controlar las premisas conforme a las que se llega a admitir la coexistencia de los dos principios. Pero, aunque sea dentro de los límites en que es posible hablar de ello aquí, permítasenos expresar el convencimiento de que estas investigaciones resultan justificadas, en cuanto los resultados alcanzados responden a los fines que las determinan. A pesar de la afirmada unidad de la ciencia jurídica, parecería que no pueden compatibilizarse dos soluciones enfrentadas, una dogmática y la otra extradogmática. Se repetiría en esta ocasión la duplicidad característica del saber jurídico que, como es sabido, ha constituido siempre un argumento que prueba la negación radical de todo valor científico de la jurisprudencia. La concepción más relativa de la investigación científica que se limitara a reducir la validez del sistema a la coherencia y al rigor de las deducciones respecto a determinadas proposiciones primitivas cuya verdad rela-

¹⁷ Sperduti, *op. loc. ult. cit.*

tiva y no absoluta haya sido establecida convencionalmente, no podría admitir el moverse desde la pluralidad de los ordenamientos para, situándose en el interior de uno de ellos, afirmar después que *sólo este* último está dotado de juridicidad: es decir, una irremediable contradicción entre un determinado enunciado y un segundo enunciado que constituye un sistema con el primero.

No basta con yuxtaponer dos fases de la investigación o hacer una distinción crítica de la misma: éste parece ser el significado de los aspectos fundados que hemos señalado. En otros términos, es preciso evitar que el distinto orden de las investigaciones se resuelva en un auténtico sincretismo metodológico sobre la base de una conciliación sólo aparente.

En otro caso, la calificación de “dogmática” utilizada para individualizar un procedimiento de la ciencia jurídica (distinta de la investigación pre o extradogmática) acabaría por tener un significado negativo; es decir, el significado que la misma denominación de *dogmática* ha revestido en relación con la ciencia jurídica en su conjunto, representando, como bien se ha dicho, la situación de choque con que la jurisprudencia llegó a encontrarse durante el periodo del positivismo, en sus confrontaciones con la ciencia oficial.¹⁸

¹⁸ Bobbio, *Teoría della scienza giuridica*, Turín, s.f. (1950), p. 65. Sobre el significado con el que la doctrina más reciente entiende la distinción, ver especialmente Sperduti, últimamente en *L'individuo nel diritto internazionale*, Milán, 1950, pp. 10-11, 22 y ss. (Ver sobre el tema las observaciones críticas de Ago, *Scienza giuridica e diritto internazionale, cit.*, pp. 49 y ss., pp. 95 y ss.) En la hipótesis de una sociedad regida por un ordenamiento originario y por un ordenamiento derivado *materialmente* (es decir, por el contenido respectivo), conflictivos entre sí, pero siendo válidos cada uno de ellos, según S. (*op. cit.*, p. 25). Se deduce que en la afirmación de un ordenamiento originario (como ordenamiento del grupo social, constituido en una esfera determinada, eficaz en la práctica y válido en base al principio de la efectividad) la validez de uno no excluye la validez del otro.

Sin embargo, lo que aquí nos interesa señalar es cómo, en base al principio de la relatividad de los valores jurídicos, aunque ciertos hechos y relaciones reciben idéntica valoración, ello es cierto —como señala el insigne autor— sólo desde un punto de vista *material* (en tanto que coincidencia de *contenido* entre las normas reconducibles a dos sistemas distintos) y no *formal*. A este respecto es conveniente tener en cuenta las observaciones de Gueli, *Pluralità degli ordinamenti e condizioni della loro coesistenza*, Milán, s.f. (1949), p. 19, quien señala que varios ordenamientos opuestos entre sí pueden coexistir en el mismo grupo social a condición de que en la conciencia de los sujetos, en la que los ordenamientos citados se interfieren, exista un *minimum* de observancia regular que asegure su vigencia efectiva. En otros términos, a fin de que el contraste entre ambos ordenamientos no se convierta en exclusión recíproca, es preciso que exista una conformidad regular del comportamiento en relación con el fin. También, en esta ocasión, debemos limitarnos a dejar constancia de estas investigaciones, sin posibilidad de profundizar en estos interesantes temas. Sobre todo, nos interesa poner de relieve los dos

No es tarea nuestra establecer si y cómo las investigaciones histórica, política y sociológica intervienen en la formación de los cánones de investigación y en la constitución de los propios y verdaderos principios teóricos de los que debe servirse la ciencia jurídica, ni cómo dichos principios se encuadran en las premisas desde las que esa misma ciencia parte al considerar su propio objeto. Sin embargo, intentaremos dar cuenta de la actitud característica del jurista en relación con el problema que nos interesa: éste, una vez establecida la concomitancia de los distintos ordenamientos históricamente cualificados —estatal, internacional, canónico y otros (cuyo grado de positividad no afecta a nuestros objetivos), cada uno de los cuales determina una regulación propia de situaciones y conductas, reguladas también por los otros—, llega a afirmar la juridicidad originaria propia de todos esos sistemas de normas y, al mismo tiempo, a reconocer que las valoraciones de cada uno, como tal, no intervienen en el ámbito de los otros. Hemos visto cómo la doctrina italiana, cuando ha estudiado los problemas aquí considerados, no ha dudado en señalar que, en base al principio de exclusividad, las normas reconducibles a un sistema distinto aparecen en relación a un ordenamiento determinado no ya como *valores cualificantes* sino como *hechos* que a su vez constituyen *objeto de cualificación*.

Ahora bien, ¿cuál es la lógica interna del juicio que hace descender al nivel de los hechos cada una de las valoraciones que no pueden reducirse al sistema de normas que está siendo considerado?

Para explicar esta posición lógica, probablemente no baste con distinguir entre existencia y vigencia de las normas —es decir, una generalización de notas espaciales o temporales—, distinción que es incapaz de proporcionar un criterio formal como es el que evidentemente se cuestiona. Nos parece, aun cuando orientaciones recientes no se animen

significados distintos que Gueli, *op. cit.*, pp. 21-22, atribuye al concepto de exclusividad; como imposibilidad objetiva de la coexistencia de varios ordenamientos en un grupo social dado y como expresión para denotar que las valoraciones que pueden hacerse a propósito de las normas de un ordenamiento dado, son independientes de las valoraciones referidas a cualquier otro ordenamiento.

Los problemas considerados en el texto tienen relación con el segundo significado, que Gueli define oportunamente como *exclusividad* de las valoraciones realizadas en relación con cualquier ordenamiento, es decir, desde el punto de vista dogmático; *cfr.* del mismo autor, *Diritto Costituzionale, provvisorio e transitorio*, Roma, 1950, *esp.* pp. 94 (nota), 115 (nota) y *ss.* y *passim*. Sobre los conceptos liminales de la ciencia jurídica y en particular sobre el origen sociológico (no filológico o jurídico) de las teorías del ordenamiento, *cfr.* Giannini, M.S., *Sulla pluralità degli ordinamenti giuridici*. Actas del XIV Congreso de Sociología (30 de octubre-3 de noviembre 1950), pp. 2, 5 y 6 del estr.

frecuentemente a reconocerlo, que el formalismo jurídico, en sus formulaciones más coherentes, ha logrado individualizar dentro de la consideración dogmática la génesis de este criterio, mediante el que asumiendo un sistema de normas, como canon exclusivo de regularidad, se prescinde de la concomitancia efectiva de otras normas que inciden *materialiter* sobre las mismas actuaciones o situaciones consideradas por el primero.¹⁹ En la posición lógica implícita en estas consideraciones, el elemento valorativo permanece como tal sólo en la medida en que la realidad histórica se puede reconducir tipológicamente, es decir, a situaciones de hecho que corresponden a las situaciones tipificadas por la norma. De este modo, la exclusividad acaba constituyendo más bien la *razón* que la *consecuencia* de la juridicidad de los valores normativos. La consideración normativa implica, lógicamente, una situación de subordinación al objeto de valoración de cualquier otro elemento concomitante, no reducible a la norma. La relación de regularidad exclusiva, característica de la *subiectio* de determinadas situaciones —objeto de valoración— al criterio de valoración, es decir, de lo regulado a la regla, origina la distinción entre *hecho* y *valor*, que si en cualquier caso representa una situación determinada, debe valorarse por su abstracta correspondencia a una previsión típica. Distinción relativa, como se comprende intuitivamente, porque alcanzar la relación absoluta entre hecho y valor, es decir, el conocimiento crítico de la identidad dialéctica de los términos, tan sólo puede hacerse abandonando la lógica abstracta que es la posición característica de la consideración *sub lege*. Naturalmente la introducción de este perfil formal —característico de la superposición del elemento lógico-formal y del histórico— no agota —como explícitamente reconoce la doctrina de la que hablamos— el análisis de la experiencia jurídica. Tampoco el formalismo, con su esencial ahistoricidad, ha pretendido explicar cómo *consigue* vivir sobre un *humus* heterogéneo.^{20 21}

¹⁹ Nos referimos a las conocidas y agudas investigaciones en materia de gnoseología de la jurisprudencia de Cammarata y, sobre todo, por el aspecto que aquí consideramos, a *Il concetto del diritto e la pluralità degli ordinamenti giuridici*, cit., esp., pp. 22 y ss.; *Il significato e la funzione del "fatto" nell'esperienza giuridica*, cit., pp. 393 y ss.; *Limiti tra formalismo e dogmatica nelle figure di qualificazione giuridica*, cit., *passim*.

²⁰ La distinción entre hecho y valor, como premisa indispensable para la comprensión de la posición "exclusiva" del criterio jurídico, la considera De Giovanni dentro de la problemática propia del negocio jurídico, en su agudo trabajo, *op. cit.*, *passim*.

²¹ Cammarata, *Limiti tra formalismo e dogmatica*, cit., pp. 39-40, nota 1. Esta rigurosa distinción entre los dos puntos de vista señala la neta separación entre

Sin embargo, ello ilustra la génesis de la llamada exclusividad de las valoraciones jurídicas y el fundamento de la relatividad de los valores jurídicos cuya antinomia es sólo aparente. Pero, volviendo al objeto de nuestra investigación, el haber individualizado la posición lógico-formal que la norma en cuestión ocupa respecto del ordenamiento que realiza el reenvío —posición que es precisamente la de un *hecho*— no vale para caracterizar este hecho, por *differentiam specificam*, como categoría dogmática del hecho jurídico. Desde luego —incluso por los límites que la construcción de los esquemas no puede superar sin contradecir los principios lógicos sobre los que se basa— resulta evidente por qué no puede admitirse, por ejemplo, un reenvío formal en el sentido en que este concepto lo proponía la doctrina anterior, es decir, como la delimitación, en el seno de un determinado sistema normativo, de un ámbito abandonado a un ordenamiento externo en el que este último, en cuanto tal ordenamiento, tenía vigencia. Y, por el contrario, demuestra por qué no es concebible configurar el surgimiento de unas determinadas consecuencias, que el ordenamiento interno atribuye a la existencia de una norma jurídica que no puede reconducirse a él de modo sistemático, sin la verificación de una determinada situación de hecho —directa o indirectamente presupuesta— dispuesta por la norma interna

las ideas de Cammarata y la metodología kelseniana con la que a menudo y apresuradamente se les suele identificar. Hay que señalar que la solución monista kelseniana se debe en gran medida —como generalmente ya se reconoce— a la intrusión, en la consideración formal, de elementos teleológicos, como la sanción y la coacción, y, sobre todo, al haber identificado el *Sollen*, la deontología abstracta de la consideración legislativa, con una categoría *a priori*, como es el *Sollen* kantiano. De este equívoco fundamental, procede precisamente la identificación de la unidad del ordenamiento jurídico al que corresponde la unidad de la ciencia jurídica (sobre ello ver Treves R., *Il diritto come relazione*, Turín, 1934, pp. 116 y ss.; *Id.*, *Il fondamento filosofico della dottrina pura del diritto di Hans Kelsen*, Turín, 1934, pp. 13 y ss., y más recientemente, Ago, *Scienza giuridica e diritto internazionale*, cit., p. 65, en nota; Zampetti, *Metafisica e scienza del diritto nel Kelsen*, cit., pp. 39 y ss.) y la formulación del principio de exclusividad en los términos en que la escuela italiana ha rechazado justamente. En cambio, la posición de Cammarata, recordada en el texto, es distinta. Leoni, *Per una teoría dell'irrazionale nel diritto*, Turín, s.f. cap. III, esp., pp. 119-120, observa que las críticas al análisis del formalismo según la rigurosa deducción de la doctrina italiana, no pueden considerarse válidas hasta que no se demuestre la incongruencia de las conclusiones con relación a las premisas lógicas de las que aquél parte. (Cfr., sobre todo, Cesarini-Sforza, "Oggettività e astrattezza nell'esperienza giuridica", ahora en *Idee e problemi di filosofia giuridica*, Milán, 1956, pp. 59-60, según el cual, el criterio adoptado por Cammarata revelaría la *normalità* —propia de toda norma aunque no sea jurídica— no el principio constitutivo de la *giuridicità*. Por ello, Leoni concluye que el formalismo no consigue eliminar los elementos histórico-teleológicos de la ciencia jurídica, lo que demostraría el vicio orgánico de la misma posición metodológica.

que la prevé, situación que transforma la norma de un estado de mera virtualidad en el de una situación efectiva.

La estructura lógica de la norma determina que mientras de un lado se puede afirmar la subordinación del hecho a la norma, es decir, la ilimitada facultad de esta última para determinar los presupuestos de su propia aplicabilidad, de otro lado debe reconocerse la subordinación de la norma al hecho, en el sentido de que siempre es necesaria la presencia de una determinada situación de hecho como presupuesto para la articulación de la norma: hay que excluir un efecto jurídico sin un supuesto de hecho previo.

4. bb) *Análisis de la opinión que considera como objeto del control únicamente a las normas introducidas mediante "actos" legislativos*

Después de estas precisiones es útil explicar en qué relación se encuentra la norma externa (extranjera o internacional) respecto a la norma interna que a ella hace referencia. Aquélla se presenta como un hecho, pero, entiéndase, no como un hecho al margen de cualquier valoración por parte del ordenamiento interno y por tanto irrelevante, sino como un hecho jurídico. Añádase que, cuando se atribuye al artículo 10 la función de una norma sobre la producción jurídica, queda claramente establecida la línea de demarcación que separa los hechos de las normas, en el fenómeno de la normación mediante reenvío. Hechos jurídicos son los hechos de producción del ordenamiento internacional a los que el ordenamiento interno atribuye la creación de las normas de adaptación y no estas últimas. Las normas de adaptación son normas que no se distinguen de las demás normas vigentes del ordenamiento interno, a no ser por el procedimiento elíptico y abreviado mediante el que son introducidas. Por ello, cuando se afirma que las normas consideradas por el artículo 10 se sitúan al nivel de los hechos y, en consecuencia, escapan a la posibilidad del control, se está diciendo la verdad; pero se olvida señalar que las normas que interesan en relación con el control de constitucionalidad no son las citadas normas traídas a colación sino las introducidas mediante reenvío. Mirándolo bien, la conclusión no sería sustancialmente distinta si, aun atribuyendo al artículo 10 la función de una norma que afecta a la producción de otras reglas, se le diese a este artículo otra configuración que la, hasta aquí considerada, de norma sobre la producción. Queremos referirnos a la opinión, distinta de la tesis que defendemos, que señala como hechos aptos para in-

troducir las normas de adaptación en el ordenamiento interno no los hechos de producción sino las normas internacionales; está claro que la distinción entre hechos y normas y la inclusión de las reglas establecidas mediante reenvío entre las normas del ordenamiento reenviante habría de sostenerse indudablemente, aunque se participe de esta otra opinión. Hay que decir lo mismo de la doctrina que construye el artículo 10 como acto de producción: o sea, como si se tratase de un expediente del que se vale el constituyente para formular elípticamente, en el contexto constitucional, una serie de reglas cuyo contenido debería deducirse o extraerse del de las normas del derecho internacional general. Según esta última tesis, las normas mediante las que nuestro ordenamiento se adecua al derecho internacional general (y que son las únicas que interesan en relación con el control de constitucionalidad) resultan introducidas mediante el acto normativo que dispone el reenvío. Si admitiéramos que esta construcción es correcta, que no es así por las razones que precisaremos a su tiempo, podríamos afirmar igualmente que las normas introducidas quedan sujetas al control de constitucionalidad, y con mayor razón aun puesto que se trata de eliminar la mediación de los hechos que se interponen entre el artículo 10 y el surgimiento de las normas de adaptación, según la opinión que hemos aceptado y las otras tesis “productivistas”.

Llegados a este punto, se trata de ver si podemos considerar dentro de las normas que caen bajo el control del Tribunal a las normas de adaptación (dado que se trata de entidades normativas que entran a formar parte integrante de nuestro sistema y no de simples hechos).²²

²² Según Quadri (*Lezioni*²... , *cit.*, pp. 228 y ss.), las expresiones: recepción, nacionalización y semejantes, utilizadas a menudo para referirse a las fuentes del derecho extranjero, son impropias, ya que pueden dar a entender que el derecho extranjero aducido “se identifique” con el derecho nacional y pueda, por tanto, sufrir reacciones de naturaleza sistemática o provocarlas. El autor sostiene este punto de vista incluso a propósito de las normas de adaptación al derecho internacional, las cuales “constituyen también un cuerpo aparte, funcionalmente autónomo”, aunque advierte que en este último caso, el derecho introducido, “pasivamente inmune a la reacción sistemática”, puede al menos “actuar en el sistema”. Importante es la aclaración que el autor añade más adelante (p. 231), cuando observa que no se debe “confundir entre tratamiento procesal del llamado derecho extranjero y su cualificación como derecho o como hecho a tenor de la teoría general. Los problemas (es decir, el problema de si la aplicación del derecho extranjero es una *quaestio facti* o una *quaestio iuris*, y la cuestión conexa de la carga de la prueba: *cfr. supra*, p. 85, nota 61; *infra*, nota 38) no consisten en ver si por efecto del principio de adaptación se producen o no normas de contenido análogo a las extranjeras, sino que consiste en ver si tales normas tienen o no el mismo tratamiento que las de producción nacional directa, que las del llamado derecho material nacional” (*cfr. Ferrari Bravo, La prova nel processo internazionale*, Nápoles, 1958, p. 60, nota 22).

Por ello, conviene preguntarse, ante todo, si la exclusión de los hechos normativos del control de constitucionalidad se apoya en un fundamento o justificación de carácter lógico, y si también dicha exclusión podemos considerarla implícita en el sistema de garantías constitucionales sancionado en nuestro ordenamiento.

Si recogemos la distinción entre actos y hechos jurídicos en los términos en que se formula habitualmente (hecho jurídico es cualquier acontecimiento que tiene relevancia para el ordenamiento jurídico; acto jurídico es el hecho caracterizado por la voluntariedad del comportamiento), se puede convenir, sin duda, en que el presupuesto de un juicio, que consiste en controlar la conformidad de una norma respecto de otra, es que la norma tomada como objeto del control sea imputable al sujeto del que emana. En este sentido habría que considerar susceptible de control jurisdiccional única y exclusivamente al hecho al que el ordenamiento jurídico atribuye consecuencias que enlazan con la voluntad de un sujeto.²³ Podría admitirse la posibilidad de controlar el he-

Aun dándonos cuenta de toda la importancia que presenta esta distinción en relación con la colocación exacta de las normas de adaptación en el marco del derecho estatal, no nos parece que conduzcan necesariamente a excluir que el tratamiento jurídico reservado a las normas creadas por los órganos legislativos —y así, ante todo, el régimen de los controles jurisdiccionales a los cuales están subordinadas estas últimas— pueda extenderse a las normas dotadas del mismo grado de abstracción, generalidad y eficacia que la ley, aunque no revistan los caracteres formales de esta última (*cfr.* la solución claramente formulada por Andrioli, en “La Cassazione ed il diritto straniero”, en *FI*, I, 1931, pp. 972-973, según la cual es admisible el recurso de casación contra la violación de la norma extranjera cuando esta última sea objeto del reenvío por parte de una norma con rango de ley, general o abstracta, y, en cambio, hay que excluirlo cuando la referencia al derecho extranjero esté contenida en un acto contractual y limitado a la regulación de supuestos de hecho individualizados). Es cierto que la doctrina y la misma jurisprudencia del Tribunal han negado la posibilidad de controlar las normas que no aparezcan relacionadas o directamente emanadas mediante actos normativos. Pero, esta conclusión, además de las dudas que puede suscitar, es argumentada generalmente en base a las reglas o fórmulas del derecho positivo, de las que se deduciría que para el desarrollo del control reservado al Tribunal, es indispensable el nexo entre normas y actos normativos. Tampoco se plantearía el problema si se partiese de la premisa de que las normas introducidas mediante el principio de adaptación son, por definición, inmunes e impenetrables por el régimen previsto para las leyes formales; pero quizás pueda dudarse del fundamento de este asunto, en un ordenamiento como el nuestro, en el que el control de legitimidad de las normas es uno de los principios fundamentales de la organización constitucional.

²³ *Cfr.* Papalambrou, *op. cit.*, pp. 251 y ss. En sentido contrario pueden aducirse los argumentos que señalamos en el texto un poco más adelante, pero no la hipótesis de que el juez constitucional, después de averiguar que el Parlamento no ha intervenido cuando tenía la obligación de dictar una ley dentro de un cierto plazo, tenga el poder de sustituir al órgano legislativo que ha permanecido inac-

cho jurídico, pero con un significado, es decir, sólo si aceptara que el principio informador de las garantías constitucionales previstas en nuestro sistema es el de fiscalizar el *comportamiento* del sujeto que, en calidad de órgano, es responsable de la producción de un acto inconstitucional. Si esto fuera verdad, el objeto del control del Tribunal sería la conducta del órgano y no la norma que surge de él, y entonces tendría poca importancia que tal conducta se manifestase y concretase en un hecho, antes que en un acto jurídico, o incluso en una actividad material. Ahora bien, ciertamente no puede decirse que el conjunto de remedios y de garantías previstas por nuestro ordenamiento para la tutela de la Constitución tenga, sobre todo, el significado de una sanción de carácter personal y subjetivo. Prescindamos, lo cual se sobreentiende, de cualquier consideración acerca de la inoportunidad o imposibilidad de imponer sanciones de carácter personal a órganos colegiados en general y, en especial, al Parlamento. De cualquier modo, hay que observar que siempre que se quiere configurar la invalidez como sanción, las decisiones de los órganos encargados del control de constitucionalidad de los actos normativos están dirigidos a fiscalizar la ley y no la conducta del órgano de la que aquélla emana. En este sentido puede afirmarse que la invalidez de la ley constituye una sanción de carácter objetivo.²⁴ Nuestro ordenamiento prevé también sanciones per-

tivo mediante su propia decisión, de forma que por este camino se acabaría por someter al juicio del Tribunal la constitucionalidad de un comportamiento de omisión —el cual (si y en la medida en que se prescindiera de la voluntad del órgano que había debido dictar la ley y que, al contrario, ha permanecido inactivo) representaría un hecho y no un acto jurídico—. Ante todo, la hipótesis no tiene verificación en nuestro ordenamiento. Dejando a un lado lo anterior, hay que preguntarse si el silencio o la inactividad del Parlamento hay que considerarlo, más que como objeto del control jurisdiccional, como presupuesto para el ejercicio de un poder sustancialmente legislativo por parte del juez constitucional. Nos encontraríamos de este modo en una situación bastante cercana a ciertas figuras de subrogación de unos órganos por otros, siempre en la hipótesis de inactividad del órgano que es titular de una competencia. Cfr. la doctrina del silencio del Congreso (*Congress' silence*) en la literatura y jurisprudencia de los Estados Unidos y la decisión adoptada por el Tribunal Supremo de los U.S.A. en el caso *Gibbons vs. Ogden* en Freund, *Constitutional Law*, cit., p. 141. (Para una solución de derecho positivo cfr. artículo 15 (3); artículo 16 (1) Constitución austríaca.) Por ello, es bastante dudoso que en la hipótesis antes señalada, la decisión con la que el juez constitucional sustituye al legislador inactivo, pueda ser asimilada a aquella mediante la cual se elimina una ley inválida.

²⁴ El concepto de invalidez, en tanto que sanción que afecta objetivamente al acto y no a la actividad del agente (el acto puede ser válido aunque la actividad pueda ser calificada de ilícita, y, al revés, la actividad puede ser ilícita y el acto inválido), es muy discutido y está muy difundido. Cfr., Codacci Pisanelli, *L'invalidità come sanzione di norme non giuridiche*, Milán, 1940, pp. 6-7. El cúmulo de perple-

sonales contra los titulares de determinados cargos contra el presidente de la República, presidente del Consejo y ministros si cometen delitos contemplados por la misma carta constitucional y sobre los que está llamado a juzgar el Tribunal Constitucional. Pero resulta obvio que se trata de una competencia *nueva* del Tribunal Constitucional, es decir, una competencia distinta y sin relación con la del control de constitucionalidad de las leyes.

Por otro lado, desde otro punto de vista, podría afirmarse que la función del control de constitucionalidad es aquella, sustancialmente distinta, que consiste en garantizar objetivamente el respeto de la Constitución y por ello en eliminar del ordenamiento todas las normas contrarias a lo dispuesto por cualquier regla constitucional; y a tal fin importa poco que las leyes hayan introducido un acto normativo, o sea un hecho jurídico el que las haya producido. Y en un plano abstracto no faltan argumentos para sostener esta opinión. Limitar el control de constitucionalidad a los actos normativos significaría, en última instancia (si por acto jurídico se entiende el resultado del ejercicio de un poder), suponer que el control del Tribunal tiene necesariamente como objeto propio los actos mediante los cuales se desarrolla el poder de los órganos investidos de la función legislativa, antes que la ley en sentido material.

Entendido de esta forma, habría que considerar que el control de cons-

tidades que pueden observarse a este respecto proceden de la resistencia casi instintiva a admitir que un acto puede desarrollar la eficacia jurídica hacia la que tiende aun siendo contrario al derecho. La distinción entre *licere* y *posse* ha tenido un papel esencial, también y sobre todo desde este punto de vista. Cfr. las páginas fundamentales de Thon, *Rechtsnorm und subjective Recht* (trad. it. Levi), cit., pp. 20 y ss., 90 y ss., quien precisamente ve en la necesidad de un imperativo (de un "tú no debes") la esencia del fenómeno; un acto contrario al ordenamiento es *imposible*, constituye una *tentativa* (*Versuch*) que no podrá conseguir en el plano normativo los aspectos previstos por el agente. Cfr. también Levi, *Teoría general...*, cit., pp. 257 y ss., 348 y ss. El hecho de que la nulidad constituya un medio de actuación directa de la norma, ha llevado a descalificarla como sanción: cfr., Zanobini, *Le sanzioni amministrative*, Turín, 1924, p. 1. Remontándose a esta consideración con referencia específica al problema de la garantía y de las soluciones constitucionales, Galeotti, *La garanzia costituzionale*, Milán, 1950, pp. 142 y ss., rechaza las conclusiones de Kelsen, en orden a la admisibilidad de las que este último (*La garantie...*, cit., pp. 18 y ss.) define como *garantías objectives*. Y ello, porque en este acto faltaría el presupuesto de la garantía constitucional que Galeotti individualiza en un acto jurídico: es decir, la nulidad o disposición contenida de modo abstracto en una norma, no ofrecería de este modo ninguna garantía. En el sentido de que la nulidad o invalidez del acto dé lugar a una contradicción con el derecho, en sentido técnico, y que por ello constituya una *sanción*, cfr. Scognamiglio, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Nápoles, 1950, pp. 382 y ss.

titucionalidad está dirigido, en primer lugar, a controiar el modo de cómo el legislador ejercita su propia competencia y sólo mediatamente a verificar si la norma, entendida como fuente de derecho inmediatamente subordinada a la Constitución, entra en conflicto con un precepto de la carta fundamental. Y entonces (silenciando las objeciones señaladas al intento, quizá más sugestivo que convincente, de resolver mediante un proceso al legislador lo que es o debería ser la verificación objetiva de la regularidad de una norma)²⁵ podría suscitarse la duda de que, por este camino, se corre el riesgo de atribuir al fenómeno del control una configuración incompatible con otros datos del sistema, más exactamente, con las disposiciones que sobreentienden la nueva y distinta competencia del Tribunal para resolver los conflictos de atribución entre los distintos poderes del Estado, anulando el acto que se deriva del ejercicio ilegítimo de cualquiera de los poderes entre los que puede surgir el conflicto y, por ello, incluso los actos del Poder Legislativo. Si la finalidad principal del control de constitucionalidad fuera la de controlar el *acto* normativo, es decir, el resultado del ejercicio de un poder, nada impediría mantener (aparte de las divergencias en la esfera de los legitimados para plantear en vía incidental la excepción de inconstitucionalidad, y para provocar la anulación como consecuencia de un conflicto de atribuciones, así como la distinta eficacia de los pronunciamientos del Tribunal en ambos casos)²⁶ que el poder de control, al menos en cuanto a la finalidad que tiene como objetivo alcanzar, resulta

²⁵ Sobre la posibilidad de configurar el contraste entre ley ordinaria y Constitución como contraste “subjetivo” de poderes o de órganos y no como incompatibilidad objetiva, *cfr.* Calamandrei, *L’illegittimità costituzionale...*, *cit.*, p. 81. El mismo autor advierte sin embargo los límites de esta construcción, pp. 78, 82, que, por otra parte, ha levantado no poca perplejidad en la doctrina que se ha ocupado del tema más recientemente: *cfr.* *Dibattito sulla competenza della Corte costituzionale...*, *cit.*, p. 265.

²⁶ Con esto no pretendemos afirmar que la solución de un conflicto de atribuciones por parte del Tribunal, acarrea necesariamente el control sobre los actos de los distintos poderes del Estado. Piénsese, en efecto, en la hipótesis en que el origen de un conflicto no vaya precedido u ocasionado por la emanación de un acto (sobre la enunciación del art. 38, Ley de 11 de marzo de 1953, n. 87: “El Tribunal resuelve el conflicto sometido a su examen declarando a qué poder corresponden las atribuciones en litigio y, cuando exista un acto viciado de competencia, lo anula”—de la que resultaría, precisamente, que la presencia de un acto, normativo o de otro tipo, no es un momento indefectible del conflicto—; *cfr.* Scelsi, “L’oggetto del giudizio sui conflitti di attribuzione tra Stato e Regioni”, en *Jus*, 1959, pp. 114, 117). (En relación con otros desarrollos en torno a la distinta eficacia de las sentencias mediante las que el Tribunal declara la inconstitucionalidad de la ley o resuelve un conflicto: eventualidad que la doctrina que ha profundizado en el tema admite con mucha cautela. *Cfr.* Pensovecchio Libassi, *Il conflitto di attribuzioni*, *cit.*, espec. p. 92, acerca del caso en que el conflicto siga a la puesta en marcha de un procedi-

ensamblado y absorbido por otra función del Tribunal; función que, por su parte, aparece distinguida de manera textual del control de legitimidad sobre las normas y a la que sería necesario, por ello, atribuir un significado distinto y autónomo. En conclusión, podría decirse que el acto jurídico aparece fundamentalmente como objetivo o momento característico de la investigación que el Tribunal está llamado a desarrollar en el ejercicio de competencias distintas del control de constitucionalidad o, al menos, que la extensión de este último tipo de control a los hechos normativos no está necesariamente en contradicción con la lógica “interna” del sistema de controles constitucionales.

Queda por considerar si la exclusión del hecho normativo del control de constitucionalidad debe argumentarse más bien en base a otras consideraciones deducibles de la disciplina relativa, por decirlo así, a la “técnica” del control de constitucionalidad.

A este respecto, el argumento que se invoca con más frecuencia se funda, como señalábamos, en el texto literal de la Constitución y de otros textos que circunscriben la esfera de los actos impugnables ante el Tribunal a las leyes o a los *otros actos* con fuerza de ley.²⁷ Recordemos que la interpretación que prevalece va en el sentido de que las normas que en el texto del artículo 134 de la Constitución aparecen yuxtapuestas a las leyes formales y, al igual que estas últimas, sometidas al control jurisdiccional, son únicamente las reglas introducidas mediante actos que, distintos de los actos formalmente legislativos, son reconocidos por la Constitución como idóneos para crear normas equivalentes a las leyes. Aparece claro cómo en esta orientación, que ha tenido amplio eco incluso en la jurisprudencia del Tribunal,²⁸ ha influido de modo deci-

miento todavía no resuelto mediante un acto perfecto, y acerca de la resolución de los comportamientos de omisión de los que se deriva el llamado conflicto negativo, en la esfera de la “actividad jurídica” de los órganos estatales. Por otro lado, señalemos que para la solución de un conflicto de atribución, el juez constitucional debe necesariamente considerar como objeto de su propio análisis los actos jurídicos y, entre éstos, eventualmente, los actos normativos, si y en la medida en que se tome en consideración el ejercicio de un poder. No puede decirse lo mismo del control de constitucionalidad si se acepta que el Tribunal está llamado a controlar la divergencia o compatibilidad entre Constitución y reglas subordinadas, prescindiendo de la forma o del modo como la norma que se considera inconstitucional haya sido introducida en el ordenamiento jurídico.

²⁷ Cfr., Quadri, *Controllo...*, cit., p. 33; Morelli, *Controllo...*, cit., p. 177; Lavagna, *Problemi...*, cit., pp. 34-35; Fabozzi, *L'attuazione...*, cit., p. 151; Correale, “Il sindacato del giudice sulla legittimità costituzionale delle legge straniera”, en *AI*, 1958, p. 117. Ver también Virga, *Diritto costituzionale*⁴..., cit., p. 358, nota 444.

²⁸ La orientación a la que nos referimos en el texto queda verificada en una serie de providencias de reenvío al juez del Tribunal (“providencia de 17 de enero de 1957 del Pretor de Nápoles”, en *GC*, 1957, p. 820; “providencia de 15 de no-

sivo la concepción dominante, según la cual la eficacia característica de la ley va unida necesariamente a la forma mediante la que se establece la norma; es decir, queda atribuida al acto normativo o a otros actos, precisamente en cuanto sean equiparados excepcionalmente a este último. Sin embargo, no debería considerarse definitivo el argumento examinado si, como creemos, se reconoce que la Constitución atribuye, explícita o indirectamente,²⁹ la fuerza propia de las leyes formales a normas que no han sido introducidas mediante la forma de la ley ni por medio de un acto equiparado. Ya hemos tratado en otra parte de este fenómeno y no queríamos caer en repeticiones inútiles. Bastará con precisar que, una vez que se admite la categoría de las fuentes atípicas en los términos en que hemos intentado construirla, es posible repasar el punto de vista dominante hasta ahora en la interpretación del artículo 134 y estimar que el legislador, cuando utiliza la expresión “actos de fuerza de ley”, ha querido referirse a todas las demás figuras de normas provistas de la misma eficacia que las leyes formales, pero que han

viembre de 1957 de la Comisión Provincial”, en GC, 1958, pp. 1039-1040; “providencia de 12 de julio de 1958 del Comisario regional para la liquidación de los usos cívicos de Venecia”, en GC, 1958, p. 1035), en los pronunciamientos de otras magistraturas (“Cas., Sec. Un., 3 de junio de 1958, n. 1857”, en GC, 1958, p. 063; “Cas. Sec. Un., 12 de noviembre de 1958, n. 3699”, en GC, 1959, p. 539, y “referencias bibliográficas; Consejo de Estado, Sec. VI, 30 de diciembre de 1958, n. 1017”, en GC, 1959, p. 517; “Cas. 28 de enero de 1959, n. 254”, en FI, 1959, I, p. 786; “Cas., Sec. Un., 16 de febrero de 1959, n. 473”, en GC, 1959, p. 541; y en GI, 1959, I, pp. 1204-1205; “Cas. 2 de abril de 1950, n. 971”, en GC, 1959, p. 539) y, además, en la jurisprudencia del mismo Tribunal (“sentencia de 2 de julio de 1956, n. 8”, en GC, 1956, p. 602 —y las observaciones de Treves G., “La costituzionalità dei provvedimenti amministrativi di necessità e di urgenza”, en GC, 1956, pp. 994 y ss.—; “Sentencia de 26 de enero de 1957, n. 30, en GC, 1957, p. 407; “Sentencia de 17 de abril de 1957, n. 54”, en GC, 1957, p. 643; “Sentencia de 18 de enero de 1958, n. 4”, en GC, 1958, pp. 17-18; “providencia del Tribunal Constitucional 11 de marzo de 1958, n. 22, en GC, 1958, p. 88; “Sentencia de 14 de julio de 1958, n. 52”, en GC, 1958, pp. 589-599; “Sentencia de 15 de julio de 1959, n. 43”, en GC, 1959, p. 715 ; “Sentencia de 21 de noviembre de 1959, n. 56”, en GC, 1959, p. 1077). Para un agudo examen de la actitud del Tribunal, no siempre univoca, pero orientada últimamente en el sentido de que es suficiente el criterio formal para asentar la competencia del juez constitucional, *cfr.* Crisafulli, *Interrogativi...*, *cit.*, pp. 716 y ss.

²⁹ Crisafulli (*Interrogativi...*, *cit.*, p. 719) observa justamente que la atribución de la fuerza de ley a otras normas, distintas de las creadas mediante ley formal, debe provenir de una regla constitucional. A nuestro parecer debe llegarse a la misma conclusión en relación con las figuras atípicas a las que hemos aludido repetidas veces en el curso de este estudio. Los casos en los que la eficacia (o incluso sólo el grado de resistencia) propia de una de las fuentes típicas viene atribuida a una norma creada por vías formales distintas de aquellas a las que normalmente va unida tal eficacia, deben tener su propia base en una previsión, aunque sea implícita, de una norma sobre las fuentes, es decir, de una norma constitucional.

nacido por un camino distinto del procedimiento legislativo. Configurado de esta manera, podríamos incluir en el ámbito del artículo 134, en particular, las normas introducidas mediante reenvío o otros ordenamientos, e incluso las otras normas producidas por hechos normativos. Puede mantenerse, no obstante, que la calificación de tales reglas como leyes del “Estado” o de las “regiones” sobre las que se ejerce el control es admisible sólo en un sentido particular; no en cuanto que podrían reconducirse al acto de uno u otro órgano encargado de la función normativa, sino mediante otra consideración distinta en el sentido de que, como consecuencia del reenvío, dichas reglas serían “imputadas” al ordenamiento interno e introducidas en el catálogo de las leyes estatales o de las leyes regionales, según que la materia, en orden a la cual se ha previsto el reenvío, entronque con la esfera normativa de los órganos centrales o en la de los regionales, según los criterios que informan la descentralización legislativa.

No obstante, podría objetarse al razonamiento anterior que la necesidad de limitar el control a los actos normativos viene impuesta no sólo por la letra de la ley sino también por algunas exigencias técnicas que, para mayor precisión, conviene considerar adecuadamente.

En primer lugar, hay que preguntarse si el requisito de que la norma sujeta al control del Tribunal debe tener conexión con un acto normativo es necesario a fin de asegurar que el control de constitucionalidad se refiere no sólo al contenido de las leyes, sino también a la forma o procedimiento mediante el que se ha elaborado la norma impugnada.³⁰ Ahora bien, si con ello se pretende afirmar que el examen del acto normativo es el único instrumento de control de que puede servirse el Tribunal para identificar los vicios formales o procedimentales de la ley, al intérprete no le queda otra elección que la de dejar constancia de que el acto en el que queda comprendida la norma impugnada se convierte en un elemento indefectible del control.

Así, sería necesario señalar que, cada vez que la norma sobre la que debe versar el control quede aislada del acto normativo, comienza a faltar o caer el presupuesto, o al menos uno de los presupuestos, para que pueda operar de modo concreto el mecanismo con el que nuestro ordenamiento regula el control sobre las leyes. En realidad, la objeción es menos grave de lo que pudiera parecer a primera vista. Hay que tener en cuenta —y la doctrina que se ha preocupado de precisar los límites

³⁰ *Cfr.*, sobre el tema, la opinión de Esposito, *La costituzione...*, cit., p. 276; según este autor, el control sobre el acto recae en definitiva “sobre la forma, sobre el procedimiento, sobre el modo como ha nacido la ley”.

dentro de los que es admisible el control de normas divergentes del esquema de las leyes formales, lo ha puesto de relieve muy arduamente—que incluso en la hipótesis que acabamos de examinar siempre quedaría la posibilidad de que el Tribunal controlara la constitucionalidad de la norma desde el ángulo del vicio material. De esta observación es lícito deducir ulteriormente que, si es suficiente el solo vicio material para declarar la inconstitucionalidad de una ley, no se comprende por qué deba negarse al Tribunal el poder de controlar la constitucionalidad material de una norma por el simple hecho de que esta última carezca de la envoltura formal que permitiría al juez extender su propio examen a los vicios del procedimiento.³¹ En resumidas cuentas, aunque en algunos casos sea posible técnicamente el control de constitucionalidad únicamente con referencia al vicio material de una norma, puede parecer si no incorrecta, al menos discutible, la solución; por otra parte, la más admitida, según la cual la competencia del Tribunal queda excluida en aquellos casos en los que el juez constitucional no sea competente para ejercitar plenamente el propio control sobre la forma y el contenido de la ley ordinaria. Además, no convence del todo la premisa de que sea necesario excluir el control de constitucionalidad sobre los hechos normativos en relación con aquellos vicios que, por referencia a los actos normativos, pueden clasificarse como vicios formales. De hecho, no parece que subsista un verdadero obstáculo lógico para que el juez llegue a examinar la “forma” mediante la que se manifiesta un hecho jurídico. Así, por ejemplo, y tal como se hace al cotejar si una ley se ha formado válidamente, el juez podría verificar la presencia de los extremos previstos por el ordenamiento para que el determinado hecho de producción, del que surge la norma puesta en tela de juicio, adquiera la propia aptitud característica, es decir, la idoneidad para crear, modi-

³¹ Crisafulli, “La Corte Costituzionale e Trieste”, en *GC*, 1956, p. 254, afirma, con relación a una fase de la compleja situación de Trieste, que el control de constitucionalidad sobre las normas extendidas al ordenamiento jurídico vigente en Trieste, mediante un decreto del comisario, debe considerarse limitado a los vicios materiales: de los que no habría que excluir los vicios *in procedendo*, es decir, los vicios del acto legislativo en el que se encuentran contenidas las normas consideradas. Crisafulli defiende esta solución, considerando que el decreto del comisario, al insertar tales normas en el sistema jurídico vigente en Trieste, opera, por ello mismo, una “novación” de las fuentes. Sin embargo, queda por ver si el fenómeno de “novación” al que se refiere este autor hay que entenderlo en el sentido de que el reenvío tiene como objeto la *fuerza*, el *hecho de producción*, del que se derivan las normas consideradas. Si fuera de este modo, la posición de Crisafulli conduciría igualmente a afirmar, no a excluir, que el control constitucional puede recaer sobre el modo o procedimiento mediante el que nace la norma introducida mediante reenvío. Sobre este tema, ver los desarrollos que siguen a lo largo del estudio.

ficar o extinguir normas. Posteriormente nos ocuparemos de aclarar cómo se organiza esta especie del control formal cuando el hecho de producción, objeto del mismo, es un hecho o también un acto jurídico de otro ordenamiento al que se le atribuya, como consecuencia del reenvío, la ulterior calificación de hecho productivo dentro del derecho estatal.³² Ahora conviene añadir otra advertencia, a propósito siempre del fenómeno de normación mediante reenvío que es el momento culminante de la adaptación. No hay duda de que la inserción de las normas de adaptación tiene lugar por obra de hechos y no de actos normativos en sentido estricto. Pero tampoco hay que descuidar el aspecto, evidente por otro lado, de que la norma de reenvío en general y, por tanto, la

³² Con ello no pretendemos afirmar que, puesto que las normas subordinadas descienden a nivel del hecho en relación con la Constitución (para el desarrollo de este concepto desde el punto de vista del control de constitucionalidad, *cfr.* Giannini, *Alcuni caratteri...*, *cit.*, p. 905), los procedimientos de producción —ya se trate de los procedimientos de producción del derecho interno o, por el contrario, de los de un ordenamiento distinto al que se reenvía— quedan configurados en cualquier caso por la norma (interna) sobre la producción o sobre la fuente, como hechos. Si así fuera, el procedimiento previsto por la Carta constitucional para la formación de las leyes y el procedimiento del ordenamiento designado, deberían ser considerados, con el mismo título, como *hechos*, en cuanto que ambos extraen de una regla superior, o sea, la norma sobre las fuentes, su aptitud característica para crear, modificar o extinguir normas jurídicas. (Sobre la imposibilidad de reducir la norma objeto del control a la categoría de hecho, *cfr.* Cereti, “Funzione legislativa e controllo di legittimità”, en *RTDP*, 1958, pp. 42 y ss.) En cambio, como ya hemos observado, el criterio (lógico-formal) de exclusividad, que conduce a rechazar de la esfera de los hechos las normas distintas de la regla considerada como canon de valoración, no excluye que el intérprete deba utilizar, en sus propias construcciones dogmáticas, las clasificaciones recogidas por el derecho positivo: así, en el caso que nos interesa, la distinción entre hechos y actos jurídicos. Queremos destacar simplemente cómo la disposición que confiere al Tribunal el control de las leyes y de los actos equivalentes debe interpretarse razonablemente en el sentido de que dicha disposición no impide al juez constitucional el examen de los hechos de producción cuando ello sea indispensable para averiguar si una norma ha nacido válidamente. Por lo demás, es bastante significativo que el hecho de producción evocado constituya un acto jurídico en el ordenamiento de origen. La doctrina que ha profundizado y sistematizado el fenómeno del procedimiento no ha dejado de advertir que las características y la esencia íntima de un acto permanecen inalteradas incluso si ese mismo acto, por la causa que sea, es tomado en consideración, de modo limitado a ciertos efectos, como hecho jurídico tanto por el ordenamiento en que se ha originado como por otro ordenamiento que lo toma como objeto de referencia (*cfr.* las esclarecedoras consideraciones de Sandulli, *Il procedimento amministrativo*, Milán, 1958 (reimpresión, 1959), pp. 128-129, quien reserva a los “actos que son considerados como simples hechos” una posición particular en la más amplia categoría de los hechos jurídicos. Podemos apoyarnos en las opiniones de este autor para repetir que sería un grave error excluir *a priori* que los actos normativos de otros ordenamientos, considerados como hechos por la norma de reenvío, puedan quedar sujetos en nuestro ordenamiento al régimen propio de los actos normativos).

norma que contempla la adaptación al derecho internacional, nace mediante ley formal, y que el acto que contiene a aquélla puede y debe ser objeto de control por parte del juez constitucional.³³ De lo dicho anteriormente resulta además que dicho control se desenvuelve en dos planos distintos. Ante todo, se trata de ver si el acto mediante el que se realiza el reenvío satisface los requisitos de forma necesarios para que nazca una norma de producción. Como hemos indicado a su debido tiempo, un criterio aceptable al respecto consiste en indicar que la norma de producción, en la medida en que amplía el catálogo de las fuentes normativas internas, debe nacer bajo la forma de ley constitucional.³⁴

³³ Cfr., Morelli, *Controllo...*, cit., pp. 181-182, en el sentido de que las normas de derecho internacional privado, dirigidas a introducir en el ordenamiento interno reglas contrarias a la Constitución, pueden ser sometidas al control del Tribunal Constitucional y declaradas ilegítimas, con las consecuencias que nuestro ordenamiento atribuye a los pronunciamientos de inconstitucionalidad. Sin embargo, en otra parte (*op. ult. cit.*, p. 182), Morelli parece rechazar la tesis según la cual el Tribunal es competente para examinar la constitucionalidad de los hechos jurídicos que no sean igualmente actos jurídicos (actos legislativos). Por ello, se diría que Morelli reconoce al Tribunal Constitucional el poder de controlar la legitimidad de las normas introducidas mediante reenvío, apoyándose en la circunstancia de que la apelación al derecho extranjero se hace mediante ley del Estado que, a su vez, puede incluirse entre los actos sometidos al control de constitucionalidad. (En este sentido, hay una interesante observación en Crisafulli, *La Corte Costituzionale e Trieste*, cit., pp. 225, 260, para quien podría hacerse efectiva la inconstitucionalidad de las normas emanadas originariamente en el restante territorio del Estado, o en Trieste, por las autoridades militares aliadas, y posteriormente mantenidas en vigor o extendidas mediante decreto del comisario, impugnado ante el Tribunal dicho decreto, en cuanto acto del Estado y acto que tiene fuerza de ley (*op. ult. cit.*, p. 258). Sobre un supuesto de hecho, en cierto sentido análogo —control de la validez de las normas emitidas por las autoridades ocupantes en Alemania Occidental—, ver Dölle, “Betrachtungen zum ausländischen, internationalen und interzonalen Privatrecht im besetzten Deutschland”, en *Festschrift für Raape*, Hamburgo, s.f., p. 160.) Si todo esto es exacto, es necesario, sin embargo, no perder de vista que las normas introducidas tienen su propia fuente en el hecho de producción aducido y que sólo de modo indirecto pueden considerarse introducidas en el ordenamiento interno mediante el trámite del acto normativo, en el que está contenida la norma de reenvío. Esta situación resulta completamente evidente cuando se adoptan como objeto de valoración, no ya las normas existentes en el momento de la invocación (del derecho extranjero) respecto de las cuales sería posible sostener que resultan introducidas directamente en el ordenamiento interno por el acto normativo que ha operado el reenvío, sino las nacidas posteriormente. El mismo Morelli piensa que, en este último caso, es inevitable la referencia a los hechos de producción, al menos si se quiere configurar el reenvío como fenómeno de producción jurídica. He ahí por qué, en nuestra opinión, mientras que el control sobre el acto de reenvío no plantea ninguna duda, conviene esclarecer si el Tribunal tiene la posibilidad de atraer hacia su propia competencia el control —repetámoslo, ulterior y distinto— de los hechos de producción traídos a colación.

³⁴ Fabozzi, *L'attuazione...*, cit., pp. 153 y ss., reconoce que nuestra solución es

Agotada esta primera fase de la investigación, el juez se encuentra en condiciones de aclarar si el hecho normativo al que se reenvía puede ser reconocido como hecho de producción dentro del ordenamiento que hace el reenvío. El control sobre el acto que crea la norma de reenvío y la posterior investigación que toma como objeto los hechos considerados por esta última son por ello distintos, aunque está claro que se trata de operaciones lógicas conexas, en el sentido de que es posible ampliar la investigación, dentro de los límites ya señalados, al hecho de producción, objeto del reenvío, en la medida en que se haya esclarecido previamente que la norma que reenvía ha nacido de acuerdo con las formas prescritas. De todas maneras, es importante señalar que el control formal, en la hipótesis que nos interesa, lejos de ser inadmisibles, puede ejercitarse en una doble dirección, según que se atienda al momento o al acto por el que se crea la norma de reenvío, o de otro lado se considere el hecho de producción traído a colación.

Nos parece que podamos acoger, sin más, otras reservas expresadas recientemente por la doctrina.

Reservas que se reflejan, por ejemplo, en la afirmación según la cual la eficacia característica de las decisiones del Tribunal, o la publicidad reservada a estas últimas o a otros actos del proceso constitucional (notificación del auto de reenvío, por parte del juez *a quo*, al presidente del Consejo de Ministros o al presidente de la Junta Regional, a los presidentes de las Cámaras o del Consejo Regional, y notificación de la sentencia que declara la ilegitimidad constitucional de una ley al ministro de Justicia, o al presidente de la Junta Regional [“a fin de que se proceda... a la publicación del fallo de la misma, en la misma forma que se establece para la publicación del acto declarado constitucionalmente ilegítimo”])³⁵ presuponen que objeto del control son los actos surgidos

la única posible, cuando, para explicar el fenómeno de la adaptación automática, se recurre al esquema de la norma sobre la producción; pero después se ve obligado a convenir que las dudas que hemos expresado acerca de la constitucionalidad de la adopción de la orden de ejecución mediante la forma de una ley ordinaria (y en los casos considerados a su debido tiempo: *supra*, cap. II, *passim*) se mantendrían aunque la orden de ejecución se configurara como norma de actuación, tal como él sugiere.

³⁵ Arts. 25, 30 de la ley de 11 de marzo de 1953, n. 87, *cfr.*, Correale, *op. cit.*, pp. 117 y ss., espec. p. 118, y literatura que allí se cita. Nótese, sin embargo, que la consideración señalada en el texto y otras, en base a las cuales Correale excluye la posibilidad de admitir el control de constitucionalidad sobre las normas extranjeras, parte de la hipótesis de que el Tribunal Constitucional está llamado a controlar la conformidad de tales reglas con la Constitución del ordenamiento designado: ver *infra*, p. 415. El problema que examinamos es distinto y consiste, exactamente, en

de los órganos legislativos del Estado. En cuanto al primer punto no queremos poner en entredicho la afirmación de que la eficacia *erga omnes* de las decisiones del Tribunal tengan valor frente a las normas de otro ordenamiento. Señalamos únicamente que ésta es una consecuencia de la pluralidad y separación de los ordenamientos jurídicos, la cual, si por un lado implica que la eficacia de una norma extranjera no puede depender de normas o de actos de nuestro ordenamiento, por otra parte lleva a reconocer que la eficacia interna de las normas consideradas —más exactamente, la eficacia de las reglas que resultan de la transformación del derecho internacional en derecho estatal— debería cesar, una vez admitida la impugnabilidad de estas normas, como consecuencia del pronunciamiento del Tribunal, del mismo modo que sucede en relación con las demás leyes declaradas inconstitucionales. Por otro lado, habrá que tener en cuenta que en nuestro caso no son aplicables las formas de publicidad que presuponen que la norma declarada inconstitucional ha nacido mediante ley formal, es decir, no son aplicables las notificaciones o comunicaciones a los órganos legislativos. Pero es dudoso que este dato tenga fundamento serio. La finalidad o, al menos, una de las exigencias que a este respecto inspira, *expressis verbis*, el sistema de publicidad de los pronunciamientos del Tribunal, es la de tener informados a los órganos legislativos de la vicisitudes de las leyes, a fin de que procedan a sustituir la norma ilegítima por una nueva ley conforme con la Constitución.

Ciertamente, no puede decirse que exista algún obstáculo de orden conceptual o técnico que impida al legislador sustituir las normas que, introducidas mediante reenvío, hayan sido declaradas inconstitucionales. En otros términos, en el ejercicio de su propia potestad, el legislador puede decidir la sustitución de cualquier norma que regule una materia reservada a su competencia (tanto más si una decisión del Tribunal lo solicita autorizadamente). El legislador adopta la decisión, de modo discrecional e interdependientemente de las circunstancias, de que la norma que resulta sustituida por la nueva ley hubiera sido introducida de modo originario mediante acto legislativo formal, o bien hubiera sido recibido en el ordenamiento interno mediante el expediente del reenvío. A decir verdad, una determinada doctrina ha considerado la necesidad de reconocer una nota peculiar en el supuesto de hecho (de sustitución) que estamos examinando.³⁶ Se ha observado que mientras la

ver si la norma evocada es compatible con la Constitución del ordenamiento que reenvía.

³⁶ Cfr. Monaco, *Osservazioni sulla costituzionalità*... , cit., p. 181. El mismo pun-

ley interna declarada inconstitucional puede sustituirse con otra ley conforme a la Constitución, no se puede decir lo mismo del caso en que se declarase la inconstitucionalidad de la orden de ejecución de un tratado (y, añadimos otros, de cualquier otra norma introducida mediante reenvío); y ello porque el legislador interno no podría sustituir en el plano internacional la cláusula de un acuerdo por una norma creada unilateralmente. Pero está claro que éstos y otros argumentos, si bien ayudan una vez más a demostrar que los efectos de la decisión del Tribunal no pueden extenderse a otros ordenamientos, en modo alguno excluyen que en la esfera del derecho estatal sea posible eliminar una norma introducida mediante reenvío creando, a su vez, una nueva regla: en la hipótesis antes señalada se trataría de una regla disconforme con el acuerdo, pero conforme con la Constitución.

Nos parece que la conclusión a que hemos llegado seguiría siendo válida aunque se objetara que el sistema de publicidad de las decisiones del Tribunal fue dispuesto por el constituyente con el fin de corresponder exactamente a las formas de publicidad de los actos legislativos,³⁷ y que por esta coincidencia las normas surgidas de hechos normativos, al no estar sujetas a la publicación, deberían permanecer excluidas del control.³⁸ La objeción podría estar justificada si la correspondencia se-

de de vista queda ilustrado en la citada sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 26 de marzo de 1957, n. 22, en la que se dice: "*Das Bundesverfassungsgericht kann zwar über die Gültigkeit eines internationalen Vertrages nicht mit Wirkung zwischen den Vertragsschliessenden entscheiden*" (sobre la motivación de este punto, *cfr.* *BVG, cit.*, pp. 326-327).

³⁷ Por otra parte, si fuese correcto deducir, a partir de estos aspectos particulares del régimen de publicidad, límites de orden sustancial al poder de control del Tribunal, habría que excluir la posibilidad de control sobre todos los actos que no fueran producidos por los órganos legislativos. Lo que queda excluido a partir del tenor literal de la Constitución.

³⁸ Según Correale (*op. cit.*, pp. 118-119) el fenómeno de la publicidad quedaría convertido en una superestructura vacía e inútil cuando se trata de dar a conocer la declaración de ilegitimidad constitucional de normas traídas de otros ordenamientos, con respecto a las cuales no "tiene vigencia la obligación de conocimiento por parte del ciudadano italiano en general y —según algunos— ni siquiera por parte del juez en especial". Esta afirmación se asienta sobre la regla ampliamente controvertida, que señala que en relación con el derecho extranjero no rige el principio *jura novit curia* (*cfr.*, *supra*, cap. I, p. 85, nota 49. *Adde*, para referencias bibliográficas sobre esta compleja cuestión, Döle, *op. cit.*, p. 52, nota 4; Quadri, *Lezioni*⁷ . . . , *cit.*, pp. 230 y ss.; Ferrari Bravo, *op. cit.*, espec. pp. 53-59 y bibliografía señalada (notas 18, 19, 20); Sapienza, *Il principio "jura novit curia" ed il problema della prova delle leggi straniere*, Milán, 1960, espec. p. 27 del estr. y bibliografía que se cita (nota 68); Somerich y Busch, *Foreign Law*, Nueva York, 1959, espec. pp. 105 y ss., para una ordenada y útil reseña comparada de soluciones adoptadas en distintos ordenamientos; en relación con los ordenamientos anglosajones en par-

ñalada entre publicidad de la ley y publicidad de los actos mediante los que se extingue la eficacia de la ley (y así, no sólo de la decisión del Tribunal, sino también del referéndum derogatorio y, lógicamente, de la ley de derogación) se dedujera inevitablemente del hecho de que el Tribunal únicamente tiene el poder de controlar las normas con respecto a las cuales se ha previsto el mismo régimen de publicidad que para la ley formal.

Pero es posible y probablemente correcto explicar el sistema de publicidad sobre la base del *efecto* extintivo, propio de las decisiones del Tribunal (capaces, como los actos derogatorios, de hacer cesar la eficacia de la ley), más que sobre la hipótesis, discutible por otra parte, según la cual la declaración de inconstitucionalidad está organizada como acto derogatorio en sentido estricto, dirigido única y exclusivamente a derogar la ley formal o, en general, un *acto normativo*.³⁹ Por ello, tratar de deducir del régimen de publicidad una limitación de orden sustancial al poder de control del Tribunal sería excesivo.

Queda un último detalle que queremos abordar antes de concluir. Se podría pensar que resulta técnicamente indispensable la inserción de la norma objeto del control en un acto normativo, a fin de que el juez pudiera fundar el propio control sobre una norma reducida a la forma escrita, es decir sobre un texto de ley.⁴⁰

También en esta ocasión sería necesario precisar en qué sentido debe considerarse la presencia de un texto normativo, en relación con los fines de la figura particular del control que nos interesa. Si, de acuerdo con una autorizada opinión, se considera que el texto normativo desempeña la función sustancial de manifestar “la norma”, no debería excluirse el hecho de que el Tribunal Constitucional, así como cualquier otro

titular, Nussbaum, *Principles of Private International Law*, Nueva York, 1943, pp. 259-260, en donde se precisa que el principio del *stare decisis* no se aplica a las decisiones jurisprudenciales referidas al derecho extranjero “not because foreign law is regarded as a fact, but because the rule of the precedent has been limited to domestic law for historical and policy reasons”. Sobre la necesidad de controlar el ámbito de aplicación del principio *jura novit curia* en nuestro ordenamiento, Canadà Bartoli, “Disapplicazione di regolamenti da parte del Consiglio di Stato”, en *GC*, 1959, p. 320 y las referencias bibliográficas allí citadas).

³⁹ Señala, a este respecto, Ferrari (“Quesiti vecchi e nuovi in tema di pubblicazione degli atti della pubblica autorità”, en *RTDP*, 1958, p. 442): “En relación con la publicación, no importa de quién haya emanado el acto o cuál sea la forma que éste adopte, ni si se puede hablar de derogación en sentido técnico o no, sino únicamente el hecho del cual se deriva el cese de una norma”.

⁴⁰ En general, sobre los múltiples aspectos de la relevancia y del significado del texto normativo en el juicio de legitimidad constitucional, *cf.*, Ciannini, *Alcuni cassetteri...*, *cit.*, pp. 906 y ss.

juez, pudiera tomar como objeto de su propia investigación a una norma que no estuviera contenida, o lo estuviera sólo en parte, en un texto normativo: ya que función de los órganos previstos para la aplicación o declaración del derecho, que resulta tanto más evidente en el caso del juez constitucional, es la de reducir el margen de inseguridad de la norma, tal como se ha afirmado.⁴¹

Por otra parte, considérese que norma y texto normativo pueden coincidir. De esta manera, en muchos casos, el juez se encuentra así en la situación de tener que recabar el contenido exacto de la proposición normativa, cuya constitucionalidad está en litigio, del examen de otros actos además del que sirve de soporte a la norma impugnada: y para los fines de esta operación lógica, no parece que sea relevante o esencial la circunstancia de que los datos normativos que el juez recoge hayan sido introducidos mediante ley formal u otro “acto” equivalente.

Por otro lado se ha afirmado que, incluso desde el punto de vista procesal, el texto normativo debe considerarse indispensable, al menos cuando —como sucede en el proceso ante el Tribunal— se exija como requisito del acto que contiene la demanda judicial la indicación de la disposición que se considera viciada de inconstitucional (además de la norma que se considera violada).⁴² Sin embargo, es evidente que este tipo de argumentos pueden hacerse valer bastante más en relación con el derecho no escrito⁴³ que con las normas contenidas en los tratados internacionales. En esta última hipótesis, el reenvío produce la consecuencia de transformar en normas internas reglas que en el ordenamiento de origen constituyen derecho formalmente elaborado y que se encuentran en textos normativos identificables incluso por el juez interno. Por ello podría avanzarse la hipótesis en el sentido de que el Tribunal Constitucional podría tomar en consideración un texto normativo que no reproduce el contenido de una ley creada por nuestro legislador.⁴⁴ Dejando

⁴¹ *Cfr.*, Giannini, *op. loc. ult. cit.*

⁴² *Ibidem.*

⁴³ Pierandrei (*La Corte costituzionale e le modifiche tacite...*, *cit.*, espec. pp. 215 y ss.), a partir del art. 15 de las disposiciones sobre la ley en general, afirma que la costumbre no puede abrogar o derogar normas constitucionales, y además (sobre la relación entre el principio ahora enunciado y la exigencia de someter la costumbre a los controles jurisdiccionales, ver p. 206) que el Tribunal Constitucional puede utilizar el instrumento del control para garantizar la estructura rígida del ordenamiento, impidiendo de esta manera que el hecho normativo consuetudinario altere las bases fundamentales del Estado. Parece que con ello este autor se separa de la opinión mayoritaria, según la cual la costumbre queda excluida, en cuanto hecho normativo, de la esfera de normas impugnables ante el Tribunal.

⁴⁴ Giannini (*op. loc. ult. cit.*) señala (a propósito de la indicación en la demanda judicial de la norma que se considera violada y de la que se pretende la in-

de lado otras razones, el que esta conclusión no sea lógicamente infundada resulta del mero hecho de considerar que el texto normativo ayuda a individualizar y a separar la disposición que se considera ilegítima de las demás; mientras que el acto normativo, considerado como entidad distinta de la norma contenida en él, sirve de base frente a los vicios de forma: es decir, de vicios que por su propia naturaleza acarrearán la invalidez del acto en su integridad. Por ello, las consideraciones de las que se deduce el carácter esencial del *texto* normativo, desde el punto de vista procesal, aparecen distintas, cuando no divergentes, de las que generalmente se aducen para considerar la presencia del *acto* normativo como momento indefectible y necesario en el control de constitucionalidad.

Finalmente, independientemente de como se resuelven las dudas antes señaladas, éstas no tienen ninguna razón de ser, cuando la producción de las normas de adaptación puede imputarse a un "acto" de un órgano estatal. Tal es el caso de la adaptación automática al derecho internacional convencional. Al menos, según una teoría que tendremos ocasión de considerar, sería el acto de ratificación o un otro acto mediante el que los órganos previstos para la conclusión de los tratados ejercitan su propia competencia, quienes, directamente, producirían la admisión en el ordenamiento interno de las normas del tratado.⁴⁵

Acogiendo esta tesis, eliminamos cualquier referencia al hecho productivo del acuerdo internacional y, por el contrario, afirmamos que las reglas de adaptación tienen su fuente en un acto normativo sujeto, sin ninguna duda, al control del Tribunal. Interesa señalar, además, que no toda la doctrina que se orienta en el sentido de excluir el control de constitucionalidad sobre los hechos normativos ha llegado hasta el punto de afirmar que las normas producidas mediante hechos, no actos nor-

constitucionalidad): "es bien conocido que muchísimas veces la indicación se reduce a un enunciado simbólico y esto es inevitable; cuando la norma que se considera violada es una norma implícita, la indicación del motivo contenida en el acto hace referencia en realidad a normas expresas que presuponen la norma implícita, pero que no la enuncian, o, en relación con la norma derivada, constituyen el origen o han colaborado en el origen de la misma pero no la expresan".

⁴⁵ Ver, sobre el mismo tema, Esposito, *Elementi soggettivi ed oggettivi...*, cit., pp. 1079-1080. Este autor construye sobre la base de las disposiciones de los arts. 103, 111, 113 de la Constitución, un catálogo de actos que deberían considerarse como actos con fuerza de ley a tenor del art. 134, incluyendo en ellos los actos del jefe del Estado. En la hipótesis de adaptación automática a los tratados, se podría considerar, por ello, que las normas convencionales son introducidas en el ordenamiento interno mediante actos con fuerza de ley, ex art. 134. Cfr., Fabozzi, *L'aut-tuazione...*, cit., p. 151, nota 45.

mativos, deben considerarse sustraídas a cualquier forma de control jurisdiccional. Aunque no sin ciertas dudas, se ha admitido que el juez ordinario, del mismo modo que puede desaplicar una norma inexistente en el litigio del que se ocupa, del mismo modo puede tomar en consideración el hecho de producción considerado, siempre que sea necesario para averiguar si la norma de adaptación ha sido efectivamente introducida en el ordenamiento interno. Con tal finalidad, según se ha dicho, el juez es competente para verificar si el hecho de producción, objeto del reenvío, es idóneo para introducir en el ordenamiento que realiza el reenvío la norma que debe ser aplicada al caso concreto y, asimismo, para declarar si del reenvío al hecho de producción podría derivarse la introducción, siempre en el ordenamiento interno, de una norma contraria a la Constitución o, en todo caso, a límites inderogables como, por ejemplo, el límite que resulte del orden público. Sin embargo, una vez admitida la posibilidad de que el Tribunal Constitucional pueda extender su control a los hechos normativos, surge el problema subsiguiente de si estas figuras de control deban quedar reservadas al juez de la constitucionalidad.⁴⁶ Pero de ello hablaremos a continuación.

5. cc) *Caracteres y límites del control sobre las normas introducidas por el artículo 10*⁴⁷

Parece pues que es distinto ya el aspecto que queda por considerar.

⁴⁶ En otros términos, se trata de aclarar si es correcto reconducir a la categoría de los actos con fuerza de ley, un acto normativo que tan sólo en parte esté provisto de la eficacia de la ley formal. Está claro que la solución del problema (que puede plantearse de modo más general en relación con las figuras de fuentes atípicas) depende, ante todo, del contenido y significado que el intérprete quiera atribuir al concepto de “fuerza” o “eficacia” de ley. Si se considera que la eficacia de la ley resulta de la presencia conjunta, en un acto normativo, de los dos momentos característicos que hemos señalado, queda por ver si, para que un acto pueda ser incluido entre los sometidos al control, el mismo deba estar dotado tanto del aspecto activo como del pasivo de la eficacia. *Cfr.*, por todos, Crisafulli, *Interrogativi...*, *cit.*, p. 716. Reenviamos a las observaciones que dedicamos a esta cuestión en *Note sull'esecuzione...*, *cit.*, espec. párrafo XII.

⁴⁷ Algún autor ha señalado que el control sobre la conformidad de las leyes internas al derecho internacional, adquiere notas peculiares que no se encuentran en el control que generalmente se solicita del Tribunal Constitucional. Se trata de observaciones ciertamente interesantes pero no siempre convincentes. Por ejemplo, Pensoveccholiassi (“Diritto interno e diritto internazionale generale e sindacato di costituzionalità delle leggi”, en *GS*, 1975, p. 29) entrevé una de estas características en el hecho de que el contenido de las normas introducidas por el art. 10 (es decir, de las normas adoptadas como canon de valoración para controlar la constitucionalidad de las leyes internas) puede ser individualizado “sólo retornando al derecho

Precisamente, se trata de ver si las normas de adaptación están dotadas de la eficacia de ley que, en base a nuestro ordenamiento, deben tener los actos impugnables ante el Tribunal Constitucional. Ya hemos tenido ocasión de precisar que las normas introducidas por el artículo 10 tienen el valor de normas constitucionales. Así pues, se podría pensar que tales normas quedan al margen de cualquier forma de control. En realidad, la doctrina ha resuelto el problema del control sobre las normas constitucionales, según se trate de vicios de forma o de vicios sustanciales.

Pero antes de ver cómo puede aplicarse esta distinción al caso que nos interesa, conviene tomar nota de cuanto hemos observado en torno a la posición en que se encuentran las normas de adaptación en nuestro sistema de fuentes, y todo ello con vistas a una precisión que parece necesaria. Se ha dicho que hay que entender que el reenvío al derecho internacional general se realiza dentro de los límites del contexto de la Constitución, es decir, del conjunto de normas que dan lugar a la

internacional general” (y esto vale también para la fase en que se delibera sobre la manifiesta falta de fundamento por parte del juez ordinario: *cfr.* p. 31); y no hay dudas sobre la exactitud de esta consideración. En cambio, no nos parece que podamos estar de acuerdo con Pensovecchio en las conclusiones que este autor saca de la premisa según la cual el art. 10, al reenviar a otro ordenamiento, plantea un límite “indirecto” a las leyes ordinarias. El autor aclara (p. 30, nota 10) que en nuestro caso (y en el del control sobre los decretos legislativos, análogo en el fondo, en cuyo caso el criterio de valoración viene ofrecido igualmente por una norma “interpuesta” entre la Constitución y la ley ordinaria: *cfr.* Lavagna, *Problemi...*, *cit.*, pp. 28 y ss.), el control del Tribunal es de naturaleza instrumental: “en cuanto que va dirigido a averiguar si el legislador ha observado la obligación constitucional que le impone el art. 10”. Como ya se ha dicho, el sentido de dicho artículo es el de imponer no una obligación al legislador, sino un límite al acto legislativo (*cfr.*, *supra*, pp. 312 y ss.). Desde este punto de vista el control de constitucionalidad se desarrolla, cualquiera que sea la norma tomada como criterio de control, siempre y necesariamente según el mismo paradigma lógico, que consiste en asumir como términos de comparación a la Constitución de un lado y a las normas subordinadas a ella, del otro.

Pensovecchio Libassi añade que el hecho de considerar a las normas introducidas por el art. 10 como límite de la ley ordinaria, no equivale a atribuir a dichas normas el mismo valor formal que a la ley constitucional; y, como apoyo a su punto de vista, recuerda otros ejemplos y figuras de “límites para el legislador ordinario que no se deducen de normas constitucionales” (*op. cit.*, p. 30, nota 8). Sin embargo, es interesante observar cómo el autor reconoce que las reglas de adaptación “al ser vinculantes para el legislador ordinario tienen un valor superior al de las leyes ordinarias y, puesto que aquél no las puede derogar, son asimilables a las leyes constitucionales en cuanto a la *eficacia*” (pp. 29-30) (cursivas nuestras).

Ahora bien, no se puede afirmar o negar a un tiempo que las reglas de adaptación tienen el mismo valor formal que las leyes constitucionales, o al menos valor equivalente, sin recurrir a la hipótesis señalada por nosotros, en el sentido de que dichas normas se sitúan en el número de las interpuestas entre la ley constitucional y la ley ordinaria. Las dificultades y aparentes contradicciones, en las que ha caído

Constitución en sentido formal en el momento en que ésta surge del constituyente.

¿Cuál es pues la investigación que debe acometer el juez cuando tenga constancia de la disconformidad de contenido entre normas de derecho internacional general y una norma introducida *ab initio* en el texto de la Constitución? La respuesta a esta interrogante, siempre que se parta de la tesis de la norma sobre la producción, consiste en que el intérprete que debe aplicar el artículo 10 realiza una operación preliminar; entre los hechos de producción de las normas internacionales, consideradas por el artículo indicado, el intérprete excluye aquellos hechos de los que se derivaría la inserción en el ordenamiento interno de normas contrarias a la Constitución. Ya que el reenvío no opera en relación con esta última categoría de hecho, no se verifica la inserción de las normas que, de otro modo (si no hubiera habido contradicción entre la Constitución y las normas producidas por hechos normativos del ordenamiento internacional), quedarían introducidas en el ordenamiento interno, *ex* artículo 10. Ello explica por qué se llega a otra conclusión cuando (en lugar de partir de la hipótesis de que las normas

la doctrina que, ligada todavía a los esquemas tradicionales, ha pretendido a toda costa reducir estas figuras intermedias a una u otra de las fuentes típicas (*cf.* Morelli, *L'adattamento*. . . , *cit.*, p. 19), se explican y resuelven, una vez que se reconoce la relatividad de la jerarquización de los valores normativos (acerca del rango de las normas introducidas por el art. 10, *cf. supra*, pp. 267 y ss.).

Biscottini, *L'adeguamento*, *cit.*, p. 216 en nota, considera un punto de vista distinto, cuando se pregunta qué "consecuencias podría tener la extinción de la norma consuetudinaria sobre la norma de ley, que el Tribunal Constitucional hubiera declarado inconstitucional, pero que los órganos legislativos no hubieran derogado". El interrogante tiene distintas respuestas según la eficacia que se quiera atribuir a los pronunciamientos de ilegitimidad constitucional (*cf.*, Biscottini, *op. loc. ult. cit.*); sin embargo, es evidente que esta cuestión no se plantea únicamente en relación con los controles sobre la correspondencia de las leyes internas al derecho internacional. En efecto, puede darse el caso de extinción de una norma constitucional (piénsese, por ejemplo, en la derogación del art. 10, que sería un caso distinto al de la extinción de cada una de las normas evocadas), después de que el Tribunal haya pronunciado la ilegitimidad de una ley ordinaria disconforme con tal norma.

Balladore Pallieri (*Diritto costituzionale*,⁶ *cit.*, pp. 405-406) plantea todavía una nueva cuestión, en el sentido de que el control sobre la conformidad de las leyes internas al derecho internacional general, debe desarrollarse con las formas y dentro de los límites previstos para el control en general; pero —y este es el punto que conviene subrayar— ese control no puede realizarse cuando el legislador alegue, como título justificativo, que, en el caso concreto, el mismo ordenamiento internacional exime al Estado del cumplimiento de sus propias obligaciones. El ejemplo que aduce Balladore Pallieri es el de la represalia ("la violación de un derecho ajeno como reacción a la violación de un derecho propio"); pero, evidentemente, se trata de un problema que puede presentarse en cualquier otra situación en la que el Estado esté facultado internacionalmente para desatender una obligación bajo

internacionales, cuya conformidad con la Constitución hay que averiguar, existían ya en el momento de la promulgación de esta última) se toman en consideración las normas internacionales producidas por los hechos previstos por el artículo 10 con posterioridad a la entrada en vigor de la Constitución o las introducidas mediante el procedimiento de revisión constitucional.

Considérese la hipótesis en que se derogue o revise una norma constitucional que originariamente estuviera en contradicción con una norma de derecho internacional general. La contradicción queda eliminada y los hechos de producción del derecho internacional excluidos en un primer momento del ámbito de aplicación del artículo 10, adquieren automáticamente la idoneidad para introducir las normas de adaptación en el ordenamiento interno.

Si por el contrario, al verificar uno de los hechos idóneos para producirla se obtiene una modificación del contenido de la norma internacional, las normas de adaptación correspondientes prevalecen sobre el contexto originario de la Constitución. Al estar dotadas tales normas de la eficacia de las normas constitucionales, de hecho, pueden modificar la Constitución al mismo nivel que las normas elaboradas por el órgano de revisión. Ya hemos señalado, aludiendo a una posición doctrinal autorizada, que en este caso tenemos una figura de revisión implícita de la Constitución.

ciertas condiciones, “El Tribunal —escribe este insigne autor—, en suma, debe atenerse en esta ocasión al aspecto formal sin entrar en el fondo. Tiene la obligación de cuidar de la observancia del art. 10, como de la de cualquier otro artículo, y de declarar la inconstitucionalidad de la ley que lo viole; pero cuando una ley o cualquier otro acto no se conforma a las normas habituales del derecho internacional, en base a que dicha hipótesis excepcional es el mismo derecho internacional quien lo consiente, y alegando el título justificativo, el Tribunal después de verificar que dicho título es apto de por sí para producir tales consecuencias en el campo internacional, no puede llevar más allá su propio análisis y recabar si el título ha sido invocado en el caso concreto con mayor o menor fundamento.” Según Balladore Pallieri, esta conclusión se sostiene y justifica ante la exigencia de evitar que el Tribunal asuma una postura distinta de la línea de conducta de los órganos encargados de las relaciones internacionales: consecuencia ésta, inevitable quizás, si el órgano investido del control de constitucionalidad tuviera las manos libres para declarar la subsistencia, en concreto, de los requisitos previstos por el derecho internacional para que el Estado pudiera invocar, con fundamento, el título mediante el que se justifica la creación del acto legislativo. Sin embargo, no parece que las consideraciones de oportunidad a las que se refiere Balladore Pallieri (tanto más serias, podemos decir, en cuanto que nuestro sistema desconoce las formas de colaboración entre gobierno y órganos jurisdiccionales en el delicado sector de la interpretación y aplicación del derecho internacional, experimentadas con éxito en otras latitudes: a pesar de todo, sobre el papel que puede desempeñar el Tribunal Constitucional como intérprete cualificado del derecho internacional, ver Miele, “Corte Costituzio-

El hecho de que el resultado al que se llegue varíe según que las normas cuya conformidad con la Constitución debe averiguarse sean o no coetáneas con el sistema de las normas creadas por nuestro constituyente, no es un límite lógico de la solución indicada hace un momento; ello se justifica por la exigencia fundada de dar a la voluntad del constituyente una interpretación, a ser posible, libre de contradicciones, reconstruyendo armónicamente el contexto de la Constitución.

La asimilación de las normas de adaptación a las normas constitucionales conduce pues a pensar que aquéllas, si bien están sometidas al control de constitucionalidad, lo están simplemente en lo que respecta a los vicios de forma. Las razones de esta limitación son evidentes: el poder de revisión del que surgen las leyes constitucionales es, más que un poder constituyente, un poder constituido que se ejercita y desenvuelve en el marco de las formas y los límites trazados por la Constitución. En relación con los vicios sustanciales es preciso adoptar otra solución. Éstos quedan al margen del control de constitucionalidad precisamente porque el ordenamiento atribuye a las normas constitucionales, una vez que se han creado de modo regular, la eficacia de modificar la propia Constitución. Incluso habría que entender que el

nale e diritto internazionale”, en *Montecitorio*, abril de 1956, pp. 13-14, donde se da cuenta de algún ejemplo de cuestiones de las que podría ocuparse el juez constitucional, en relación con la adaptación prevista por el art. 10) sean suficientes para alejar las dudas que la solución antes señalada ha despertado en diversos autores. Así, Mortati (*Istituzioni*¹⁵. . . , *cit.*, pp. 972-973) plantea la objeción de que el Tribunal Constitucional, al controlar la conformidad de las leyes estatales al derecho internacional, no podrá dejar de referirse a los cánones hermenéuticos deducidos del ordenamiento internacional (lo que, a decir verdad, tampoco niega Balladore Pallieri, en cuanto que este autor reconoce igualmente que el Tribunal debe verificar si el título justificativo invocado por la ley que se considera inconstitucional, es idóneo de modo abstracto —es decir, idóneo, en base al derecho internacional— para liberar al Estado de los propios compromisos), y afirma además que el juez debe llevar su propio control hasta averiguar no sólo si existe la norma internacional alegada por el Estado, sino también si se ha producido el supuesto de hecho al que queda subordinada la aplicación de tal previsión normativa. Permítasenos añadir, modestamente, que la importancia de normas o principios internacionales fundados sobre el criterio o sobre el mecanismo de la reciprocidad, adquiere un significado especial desde el punto de vista del control que el Tribunal Constitucional ejercita sobre las normas contrarias al art. 10. La legitimidad o ilegitimidad de la norma interna se hace depender de la clasificación, *sub specie* del derecho internacional, de una conducta del Estado que, en relación con unos sujetos, debe considerarse lícita e ilícita en relación con otros (según que se tomen en consideración los sujetos que han dejado de cumplir sus propias obligaciones en relación con el Estado o, por el contrario, los que han seguido una conducta opuesta).

De ello se sigue que, en este caso, el pronunciamiento de legitimidad hará cesar la eficacia de la norma sólo en relación con *una esfera* de relaciones que caen en el ámbito previsto por la ley impugnada.

control de constitucionalidad queda descartado en relación con las leyes de revisión que están en contradicción con las normas, fundamentales y necesariamente pocas, a las que nuestro constituyente parece haber conferido una fuerza superior a la de normas constitucionales, sustrayéndolas a la posibilidad de una revisión en las formas previstas por el artículo 138. Se ha mantenido la solución negativa, además, sobre la base de argumentos de carácter literal, que también sirven para excluir la posibilidad de control constitucional de los reglamentos y de los actos subordinados a las leyes, aludiendo a la posición⁴⁸ del órgano de

⁴⁸ Ver Mortati, *Sul controllo di costituzionalità delle leggi costituzionali, cit.*, p. 9 del extracto, quien admite el control formal de las leyes constitucionales por parte del Tribunal Constitucional, pero excluye el relativo a los vicios sustanciales de las mismas. Se manifiesta en contra del control formal Pierandrei, *Le modifische tacite, loc. ult. cit.* Mortati alude a una serie de consideraciones análogas que podrían servir de argumentos para incluir a los actos administrativos en el ámbito del control de inconstitucionalidad. Y, ciertamente, dada la claridad con que se expresa el texto constitucional, se puede afirmar que los actos administrativos, puesto que poseen una eficacia distinta (*rectius*, eficacia inferior) de la de la ley, como ocurre, por cierto, con las normas constitucionales, quedan fuera de la categoría de los actos con fuerza de ley, que son los únicos sometidos al control de constitucionalidad. Kelsen (*La garantie...*, *cit.*), y los primeros estudiosos del control de constitucionalidad también se plantearon de manera lúcida el problema.

Una de las consideraciones aducidas por este autor consiste en que los actos administrativos pueden estar sometidos a un régimen de control distinto del que concierne a la constitucionalidad de la ley y que, por esa razón, si, al extender el control constitucional a los actos administrativos, se crearan interferencias entre los órganos de la justicia constitucional y los de la administrativa, la solución de estos posibles conflictos sólo podría tener lugar, según Kelsen, esclareciendo el criterio que preside la individualización de la categoría de los actos impugnables ante el Tribunal Constitucional. A este respecto, considera dos exigencias distintas que, aunque compatibles entre sí, deben estimarse diferenciadas:

- 1) que se trate de un acto inmediatamente subordinado a la Constitución;
- 2) que se trate de un acto de contenido general.

El ordenamiento positivo puede inspirarse en uno de los criterios o en una solución de compromiso.

También en nuestro ordenamiento surgiría el problema de la interferencia entre el Tribunal Constitucional y el órgano de la justicia administrativa, si se extendiese el control del Tribunal Constitucional a los actos administrativos. Por otro lado, no sería correcto afirmar que nuestro ordenamiento ignora totalmente el control de constitucionalidad sobre los actos de la Administración Pública (A.P.) y del Poder Ejecutivo. En efecto, por un lado, al menos según una parte de la doctrina, quedan sometidos a la competencia del Tribunal Constitucional los actos que, si bien son formal o subjetivamente administrativos, están dotados de fuerza de ley o, como se afirma, son materialmente legislativos; por otro lado, se puede afirmar que los órganos de la justicia administrativa, aunque sea de modo indirecto, ejercitan un examen de la constitucionalidad de los actos administrativos. Esto se produce si en el vicio por violación de ley, propio del acto administrativo, se hace entrar de nuevo —podría decirse que como una figura de violación de ley “encarecida”— la infracción de las normas constitucionales.

control constitucional y de la función que está llamado a desarrollar en un ordenamiento de tipo rígido como el nuestro: el cual consiste, precisamente, en acomodar el sistema de la Constitución a las exigencias que puedan manifestarse en el curso de la evolución histórica. Si se reconociese al Tribunal Constitucional el poder de controlar la constitucionalidad de las normas constitucionales desde el punto de vista sustancial, acabaríamos por atribuirle un papel político que, dados los criterios que inspiran su formación y estructura, se adaptaría presumiblemente bastante poco a esta tarea.

Partiendo de la conclusión a que hemos llegado, podemos esclarecer ahora el sentido de un posible control formal sobre las normas introducidas mediante el artículo 10.

A este respecto, reflexionemos sobre un problema al que hemos aludido con anterioridad. Dado que la producción (automática) de las normas de adaptación aparece desvinculada de las formas en que se desenvuelve la creación del derecho —en otros términos, se efectúa suprimiendo o eliminando cualquier intervención de los órganos del Estado (bien entendido, a excepción de la intervención del intérprete que debe formular el contenido de las normas introducidas)— podría aparecer la duda de que falte incluso el objeto sobre el que deba recaer el control formal. Pero sólo con considerar la naturaleza del artículo 10 aparece claro que se trata de una duda infundada. También aquí es preciso partir de la tesis según la cual dicho artículo, en cuanto norma sobre la producción jurídica, reenvía a los hechos de producción del ordenamiento internacional.

Como sabemos, los hechos de producción se configuran como procedimientos aptos para crear, modificar o extinguir normas jurídicas. De ahí se sigue que el intérprete, que en un caso determinado deba declarar si una norma de adaptación —en el caso que nos interesa, una de las normas introducidas por el artículo 10— haya sido introducida en el ordenamiento, desarrolla, a tal fin, un doble tipo de investigación: en primer lugar controla si dicha norma puede ser relacionada con un hecho que, en base al ordenamiento considerado, es de producción jurídica y, posteriormente, si tal hecho puede considerarse un procedimiento apto para producir la norma interna cuya existencia se trata de declarar. Estas investigaciones se desarrollan de la misma manera que se controla la regularidad del proceso de formación de una norma. Es decir, se trata

En relación con otros aspectos de la cuestión señalada, *cfr.* Pomodoro, “Di un sindacato degli organi amministrativi sulla costituzionalità delle leggi”, en *RTDP*, 1959, espec. pp. 551, 560.

de una actividad lógica que se organiza de modo análogo a como el Tribunal Constitucional realiza el control de constitucionalidad sobre los vicios formales de las leyes.

Con ello no se intenta excluir que esta búsqueda pueda resultar más compleja o menos fácil de la que el juez desarrolla para controlar si concurren los requisitos para la formación válida de una ley emanada del Parlamento. Un ejemplo ayudará a comprender mejor esta observación. En el caso de reenvío a un hecho de producción constituido por la costumbre internacional, la investigación señalada puede complicarse por importantes problemas y obstáculos que aparecen en el terreno de la interpretación: por ejemplo, en la extrema dificultad de inducir la existencia del elemento psicológico (la llamada *opinio iuris sive necessitatis*) que, según la opinión generalizada, es un componente esencial de la norma consuetudinaria.

Y no se podría objetar que la necesidad de la investigación en torno a la idoneidad de los procedimientos de producción del derecho internacional para introducir normas de adaptación en nuestro ordenamiento surge, únicamente, en la medida en que se acepte la construcción según la cual el ordenamiento considera (nacionalizándolos o recibéndolos) los procedimientos de producción del ordenamiento internacional.

De hecho, pensándolo bien, no parece que el resultado sería radicalmente distinto si se configurase el artículo 10 según una u otra de las tesis que antes hemos rechazado. Antes bien, parece que uno de los pocos puntos seguros, entre tanta diversidad de interpretaciones y de direcciones, es la premisa de que la referencia que hace el artículo 10 al ordenamiento internacional tiene el significado de un reenvío, no ya al contenido —es decir, a las fórmulas de las normas internacionales—, sino más bien al valor que dichas normas poseen en cuanto normas jurídicas —es decir, normas que existen en el ámbito del ordenamiento internacional—. Así pues, como quiera que se configure el artículo 10, el intérprete tendría la obligación de comprobar que las normas consideradas —según las diversas tesis consideradas, de modo inmediato o mediato, a través del reenvío a los hechos de producción de los que aquéllas se desprenden— existen en tanto normas válidas en el derecho internacional. No se comprende cómo puede ser posible establecer la existencia de una norma sin controlar si deriva de un hecho de producción del ordenamiento internacional y si este hecho es o no apto para producir la norma considerada.

Si esto es cierto, es necesario advertir, por otra parte, que la nacio-

nalización de los procedimientos es, en un cierto sentido, consecuencia peculiar de la tesis de la norma sobre la producción.

De hecho, esta teoría suele entenderse en el sentido de que mediante el reenvío se reciben o nacionalizan los procedimientos internacionales de producción jurídica. De aquí se sigue que el juez que examina la regularidad del proceso formativo de la norma internacional funda su propio control sobre las normas que regulan los procedimientos de producción jurídica en el ordenamiento considerado.

Veamos ahora los resultados a los que se llega partiendo de las teorías que configuran de otra manera el artículo 10: en especial, la tesis de la norma sobre la producción automática. No obstante, aun cuando en base a estas otras construcciones doctrinales permanezca siempre la necesidad de referirse a los procedimientos de producción de las normas internacionales y, a tal fin, no se pueda prescindir del análisis de las normas sobre la producción del derecho internacional, podría afirmarse que éstas se toman en consideración como normas técnicas: es decir, del mismo tipo de las que guían al intérprete cuando se trata de establecer la existencia de un hecho.⁴⁹ No estando sujeto, pues, a controversia el hecho de que es preciso tener en cuenta las normas sobre los hechos de producción extranjera, el debate doctrinal afecta, más bien, a la relevancia que estas normas deben asumir en el ordenamiento interno. Sería cuestión de preguntarse, entonces, si la separación entre una y otra tesis es realmente esencial. Ciertamente, se puede dudar de si se consigue realmente eludir el problema de la relevancia que la norma internacional relativa a los hechos de producción revista en el ordenamiento interno, reduciéndola al nivel de mera norma técnica. Por otra parte la recepción y la nacionalización —mediante reenvío receptivo— de los procedimientos de producción extranjera no parece que sean una consecuencia inevitable de las tesis que configuran el artículo 10 como una norma sobre la producción. Uno de los más autorizados defensores de la norma sobre la producción ha afirmado (a propósito de la función de normas de derecho internacional privado,⁵⁰ aunque parece que la ob-

⁴⁹ En este sentido Biscottini, *Osservazioni sulla funzione delle norme...*, cit., pp. 140 y ss., quien aclara la afinidad existente entre la norma técnica y la norma de reenvío, a la que él configura como norma que contempla las normas existentes en el ordenamiento diplomático, en tanto que hechos de producción de normas internas.

⁵⁰ Una parte de la doctrina internacionalista ha discutido y admitido, especialmente en relación con las reglas de derecho internacional privado, la posibilidad de que el juez interno controle la “constitucionalidad” de la norma aducida en base a la Constitución del ordenamiento designado; en lo que se refiere a la solución negativa, Quadri, *Controllo...*, cit., pp. 34-35, se apoya sobre todo en el argumen-

servación podría referirse igualmente al problema que tratamos) que la referencia al procedimiento de producción del ordenamiento internacional implica, además, la referencia —precisamente un reenvío de tipo no recepticio—⁵¹ a la norma extranjera sobre las fuentes. Aplicando esta última opinión a nuestro caso, puede afirmarse que el artículo 10 reenvía a las normas sobre la producción jurídica del ordenamiento internacional con el solo fin de determinar un presupuesto del propio funcionamiento. El control sobre la validez de la norma internacional, para quien se coloque en este último punto de vista, se realiza del mismo modo que el de la norma sobre la producción interna —el artículo 10— *en cuanto integrada, para la determinación de uno de sus elementos* por las normas internacionales sobre la producción jurídica.⁵²

De este modo, se ve que las divergencias entre las diferentes teorías señaladas se reduce sensiblemente cuando se desciende a considerar sus aplicaciones concretas.

Esta afirmación no debería causar sorpresa si se tiene en cuenta que,

to de que el juez no podría controlar la constitucionalidad de la ley extranjera sin extralimitarse de su propia función y sin invadir el terreno de la competencia del legislador extranjero; *cfr.*, Correale, *La legittimità... cit.*, p. 123, quien afirma que faltaría la base misma de este control, ya que el reenvío a las normas extranjeras no implica en ningún caso que en el ordenamiento interno se reproduzcan las normas sobre las fuentes del ordenamiento reenviado. Se pronuncia en sentido afirmativo De Nova, *op. ult. cit.*, p. 7; asimismo, Morelli, *op. ult. cit.*, p. 181, quien señala sin embargo que es el juez competente ordinario quien puede ejecutar el control y no el Tribunal Constitucional.

Cfr. también, en la doctrina, Dölle, *op. cit.*, p. 153: “Er (El juez nacional) hat die Grenzen zu wahren, die diesem durch sein Recht gesetzt sind, insbesondere bei der Nachprüfung, ob die Gesetze gültig, vor allem, ob sie verfassungsmässig sind”. Acerca de los límites dentro de los que es admisible el control constitucional sobre el procedimiento de formación del tratado, *cfr.* la decisión, citada ya varias veces, del Tribunal de Karlsruhe, según la cual, si bien es cierto que los efectos de la declaración de inconstitucionalidad quedan circunscritos al derecho interno, por otro lado, no puede negarse al juez constitucional la facultad de controlar si el acuerdo internacional ha sido concluido de modo regular, es decir, si se trata de un acuerdo válido internacionalmente: “mit Wirkung für die Beteiligten am Verfassungsrechtsstreit, d.h. mit innerstaatlicher Wirkung, über di Gültigkeit eines solchen Vertrages zu befinden, wenn dies als Vorfrage für die Entscheidung eines Verfassungsrechtsstreits von Bedeutung ist”, *op. cit.*, p. 39 (indicación de los principios), pp. 326-327 (motivación). Sobre los diversos aspectos de los controles relativos a la aplicación de las normas extranjeras, *cfr.* el estudio no reciente, pero todavía sustancialmente válido, de Lewald, “Le contrôle des cours suprêmes sur l’application des lois étrangères”, en *Rec. C.*, 1936, III (vol. 57), espec. pp. 225 y ss., 281 y ss., 302 y ss.

⁵¹ Morelli, *Controllo... cit.*, p. 176, quien afirma que la teoría del reenvío a los hechos de producción se entiende “más correctamente” cuando se considera que no implica la recepción de las normas sobre la producción, propio del ordenamiento internacional, sino solamente referencia a un reenvío no receptivo a estas últimas.

⁵² Morelli, *op. loc. ult. cit.*

al describir la función de la adaptación al derecho internacional, ninguna de las dos teorías elimina la referencia a los hechos o, respectivamente, la referencia a las normas que se derivan de los hechos de producción, sino que se limitan, por decirlo así, a establecer el orden en que hechos de producción y normas producidas son consideradas por el ordenamiento interno. Quien acepta la tesis de la norma sobre la producción entiende que los hechos de producción son considerados, si y en cuanto sean aptos para producir las normas internacionales; lo que no excluye sino implica que el presupuesto para que estos hechos tengan la posibilidad de introducir las normas en el ordenamiento interno consiste en el hecho de que las normas internacionales existan ya con anterioridad. Por tanto, no podría objetarse que este razonamiento es contradictorio. Considérese la hipótesis de un hecho de producción apto para producir una doble serie de normas, cada una de las cuales resulta individualizada por un ámbito propio de eficacia espacial. Es lógicamente admisible que la aptitud de este hecho para producir normas de una serie, esté subordinada a la circunstancia de que el mismo hecho haya creado, modificado o extinguido normas de la otra serie. Lo que de hecho, sucede en el caso de una regla constitucional que disponga que determinadas leyes votadas por el Parlamento metropolitano entren en vigor en el ámbito territorial de las colonias, sólo si, después de haber sido aprobadas por los órganos legislativos centrales, sean *adoptadas, incluso tácitamente*, por el legislador colonial.⁵³

Todo cuanto venimos diciendo quedaría confirmado más claramente con una reseña detallada de otros casos que, sin embargo, por razones obvias de economía en nuestra investigación nos es imposible abordar. A pesar de todo señalemos, aunque sea rápidamente, un aspecto particularmente interesante —según creemos— porque permite contemplar la convergencia de resultados a la que antes nos referíamos. Como ya hemos observado, y tendremos ocasión de insistir en ello, entre los hechos contemplados por el artículo 10 se sitúa también el tratado que deroga normas consuetudinarias internacionales. Ahora bien, el control de la regularidad del procedimiento de formación del tratado tiene lugar, en todo caso, sobre la base de las normas que regulan la competencia de los órganos encargados de la conclusión del tratado.

⁵³ *Cfr.*, entre los muchos ejemplos del derecho positivo, el art. 72 de la Constitución francesa de 1946, en base a la cual, la legislación referida a algunas materias sólo entraba en vigor en los territorios de ultramar después de la entrada en vigor en el territorio metropolitano y después de un procedimiento apropiado para su extensión.

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

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

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

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