

CAPÍTULO III

LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y LOS DERECHOS INTERNOS

15. IMPORTANCIA DE LA CUESTIÓN

a) La importancia de las relaciones entre el Derecho Internacional y los Derechos internos de los Estados radica en el hecho de que la eficacia real del primero depende en muy amplia medida de la fidelidad con que los Derechos nacionales se conformen a las normas internacionales y les den efecto. Y ello en virtud de dos consideraciones principales que desarrollamos a continuación.

Ocurre en primer lugar que en el actual modelo de sociedad internacional los Estados son los destinatarios por excelencia de las normas del Derecho Internacional. Tales normas van dirigidas a ellos y son primordialmente los Estados los que deben acatarlas y cumplirlas. Pero los Estados son personas morales que, como tales, actúan por medio de sus órganos, y éstos, sean legislativos, ejecutivos o judiciales, están sujetos también al Derecho interno del Estado. Es esencial en este sentido que el Derecho nacional facilite el cumplimiento del Derecho Internacional y más aún que, en caso de conflicto, el Derecho del Estado no sea obstáculo para la observancia de las normas internacionales. Porque hay que tener muy en cuenta que el Derecho Internacional no se aplica únicamente en el ámbito externo, esto es, en el plano de las relaciones interestatales; también ha de observarse en el interior de los Estados, es decir, en las relaciones entre los Estados y los particulares sometidos a su jurisdicción; particulares que pueden incluso exigir judicialmente el respeto del Derecho Internacional. Pues bien, es en este último plano donde cobra especial importancia el problema de las relaciones entre el Derecho Internacional y los Derechos internos.

Y hay que tener en cuenta asimismo la debilidad institucional de la presente sociedad internacional en el sentido explicado por SCELLE cuando formula la ley de desdoblamiento funcional¹. Efectivamente, según dicha ley, el Derecho Internacional carece de órganos propios para el cumplimiento adecuado de sus funciones. Y esta insuficiencia se remedia por un desdoblamiento de las funciones de los órganos del Estado, que no sólo cumplen funciones internas, sino también internacionales. Ello explica el papel relevante del Estado en la formación de las reglas internacionales según hemos visto al tratar de la costumbre y los tratados. Y ello explica también la importancia de los órganos del Estado y su Derecho en el proceso del cumplimiento de las normas internacionales. En este contexto

¹ G. SCELLE, *Cours de Droit International Public (Le Fédéralisme International)*, París, 1947-1948, pp. 101 ss.

se sitúa el reenvío de normas internacionales a normas internas, o viceversa, así como también el supuesto de normas internacionales no ejecutables por sí mismas (*no self-executing*), que requieren para su cumplimiento el desarrollo por normas internas.

Las manifestaciones del reenvío son frecuentes en la práctica. Un ejemplo de reenvío de normas internas a normas internacionales lo tendríamos en el artículo 19 de la Ley penal y disciplinaria de la Marina Mercante², que castiga la infracción de «las normas internacionales de la guerra marítima en forma que pueda representar algún peligro para los intereses o neutralidad de España». La pena la impone el Derecho interno, pero la definición del tipo la hace el Derecho Internacional. Un ejemplo de reenvío de normas internacionales a normas internas lo tenemos en la norma de Derecho Internacional que exige el agotamiento de los recursos internos del Estado reclamado como requisito para el ejercicio de la protección diplomática; son efectivamente los Derechos internos los que prescriben cuáles son los recursos en cuestión³.

Y, como hemos dicho, existen también normas internacionales que no son *self-executing*, sino que precisan de desarrollos legislativos posteriores en los Derechos internos. Así, por ejemplo, los artículos 49, 50, 129 y 146, respectivamente, de las cuatro Convenciones de Ginebra de 12 de agosto de 1949 sobre Derecho Humanitario Bélico disponen en su primer apartado:

Las altas partes contratantes se comprometen a tomar todas las medidas legislativas necesarias para fijar las sanciones penales adecuadas que hayan de aplicarse a las personas que cometieran o diesen orden de cometer cualquiera de las infracciones graves a la presente Convención que quedan definidas en el artículo siguiente.

La fijación del tipo delictivo la hace el Derecho Internacional, pero la determinación de la pena se deja al Derecho interno. Y en los casos de comisión de tales delitos son tribunales estatales los que inician y organizan el proceso penal. En España, concretamente, son los artículos 608 a 614 del Código Penal de 1995 («delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado») más los añadidos por la Ley orgánica 15/2003 y por la del mismo carácter de 22 de julio de 2010, los que en cumplimiento de obligaciones convencionales asumidas por nuestro país señalan las penas a los tipos delictivos en cuestión.

b) La importancia de las relaciones entre el Derecho Internacional y los Derechos internos se ha acrecentado en nuestros días como consecuencia del aumento de las funciones del primero. El Derecho Internacional Contemporáneo ya no tiene únicamente la función clásica de regular las relaciones entre Estados y distribuir las competencias entre ellos, sino que, como ya vimos, tiende además al desarrollo de los pueblos e individuos, lo cual exige una cooperación en muchas materias que antes asumían exclusivamente los Estados y se regulaban por los Derechos internos. Ya dijimos en este orden de ideas que la interdependencia

² B. O. E. de 25 de diciembre de 1955; la Ley es de 22 de diciembre del mismo año.

³ Véase J. P. ROUGEAUX, «Les renvois du Droit International au Droit Interne», en *R. G. D. I. P.*, 1977-2, pp. 361 ss.

inherente a la civilización comporta un aumento progresivo del contenido del Derecho Internacional a costa del de los Derechos internos.

Es cierto que la cooperación internacional se ha institucionalizado en múltiples campos, y en tales condiciones el reforzamiento institucional ha hecho cobrar nuevas dimensiones a la cuestión de las relaciones entre el Derecho Internacional y los Derechos internos. El reforzamiento institucional supone que aquellas relaciones se contemplen bajo una óptica nueva, y algunas organizaciones internacionales como las Comunidades Europeas pueden adoptar ya decisiones que surten efectos directos en los Derechos internos, estableciendo además órganos jurisdiccionales que admiten el acceso de los particulares. Pero el reforzamiento institucional no ha tenido lugar en todos los casos, ni mucho menos, y al versar progresivamente el Derecho Internacional sobre materias reguladas tradicionalmente en los Derechos internos de los Estados, las posibilidades de conflicto son hoy mayores que en el pasado y el Derecho Internacional necesita más que nunca apoyarse en los Derechos nacionales. Estamos, pues, ante una materia de singular importancia en la disciplina.

16. LAS RELACIONES FUNDAMENTALES ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y LOS DERECHOS INTERNOS

Queremos tratar aquí dos problemas básicos: si el Derecho Internacional es aplicable sin más en el ámbito jurídico interno de los Estados o si necesita, por el contrario, algún acto especial de recepción o conversión, y qué ordenamiento debe prevalecer en caso de conflicto. Expondremos a grandes rasgos las posiciones doctrinales más importantes y hablaremos también del punto de vista sustentado por los órganos internacionales. Dejaremos para un apartado posterior las respuestas que dan a dichos problemas los ordenamientos internos, y en especial el Derecho español.

16.1. DEBATE DOCTRINAL: DUALISMO Y MONISMO

Desde que en el año 1899 publicara TRIEPEL su conocida obra *Völkerrecht und Landesrecht* (Derecho Internacional y Derecho interno) ha existido un animado debate doctrinal sobre el carácter fundamental de las relaciones entre ambos ordenamientos. Las teorías formuladas han sido variadas¹, y nosotros aquí vamos a exponer sucintamente —en tanto que puntos de referencia— las de mayor importancia y con más reflejo en los Derechos constitucionales internos. Hablaremos por ello del dualismo y del monismo, aunque haremos alguna alusión a las doctrinas llamadas coordinadoras por haber tenido especial aceptación entre los autores españoles de los años cuarenta y cincuenta del siglo pasado.

En la concepción de TRIEPEL, el *dualismo* arranca de dos premisas. La primera es que el Derecho Internacional y el Derecho interno tienen distintas fuentes. La segunda es que regulan relaciones diversas en cuanto que el primero rige las que tienen lugar entre Estados y el segundo las que se desarrollan entre individuos o entre el Estado y sus súbditos. Y la conclusión primordial que de estas premisas obtiene el dualismo es que las normas internacionales son irrelevantes en los ordenamientos internos, necesitando para su aplicación en ellos de un acto especial de recepción. Derecho Internacional y Derechos internos se conciben así como órdenes diversos, separados e independientes.

Por el contrario, los autores que se adscriben al *monismo* proclaman la unidad esencial de todos los ordenamientos jurídicos. Hay que referirse aquí por fuerza a la concepción normativista de KELSEN, según la cual todas las normas jurídicas derivan su validez y su fuerza obligatoria de otras normas superiores desde el punto de vista jerárquico hasta llegar a la norma fundamental o *grundnorm*². Y

¹ Véase una sistematización en WALZ, *Völkerrecht und Staatliches Recht*, 1933.

² H. KELSEN, «Les rapports de système entre le Droit interne et le Droit International», en *R. des C.*, IV, vol. 14, 1926, pp. 227 ss.

si en el año 1926 sostuvo KELSEN que la norma fundamental podía ser colocada bien en el Derecho interno, bien en el Derecho Internacional, dependiendo ello de factores éticos o políticos, posteriormente entendió que se debía de insertar en el Derecho Internacional. En este sentido dijo VERDROSS, discípulo de KELSEN que la norma que en definitiva fundamentaba todo el Derecho se insertaba en el ordenamiento internacional, siendo éste precisamente el que delegaba en favor de los Estados una determinada competencia legislativa dentro de la esfera de su libre apreciación³. El Derecho Internacional sería así superior al Derecho interno y éste quedaría subordinado al primero. Y lo que es más importante desde el punto de vista práctico: la norma internacional no necesitaría de ninguna especie de acto de recepción para ser aplicada en los ordenamientos internos y prevalecería sobre éstos en caso de conflicto.

Diremos finalmente que, como intento de superación de las posturas dualista y monista, aparecieron otras teorías de matiz conciliador, entre las que destacan las llamadas *doctrinas coordinadoras*. Este último conjunto de doctrinas es monista sin duda alguna, puesto que su base de partida es la unidad de todos los sistemas normativos. Mas a diferencia de las posturas monistas que acabamos de examinar las doctrinas coordinadoras no hablan de subordinación del Derecho interno al Derecho Internacional, ni de delegación de éste en favor de aquél, sino de coordinación entre uno y otro sobre la base de normas superiores, que serían precisamente las de Derecho Natural (LUNA, MIAJA DE LA MUELA, AGUILAR NAVARRO TRUYOL, HERRERO y, fuera de España, la última posición de VERDROSS)⁴.

16.2. POSICIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL

Expuestas sucintamente las principales doctrinas sobre el carácter fundamental de las relaciones entre el Derecho Internacional y los Derechos internos, hay que decir que el Derecho Internacional Positivo no toma partido por los postulados básicos del dualismo o del monismo. Es ésta una cuestión que deja a los Derechos internos, y como veremos en seguida, son efectivamente las constituciones de los Estados las que determinan si el cumplimiento del Derecho Internacional en los Derechos internos necesita o no de un acto de recepción y, en su caso, cuál debe de ser éste.

Pero es indiscutible que, desde el punto de vista del Derecho Internacional, es éste el que prevalece en caso de conflicto sobre los Derechos internos. Es básica a este respecto la regla del artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de Tratados, que dispone que un Estado no puede invocar las disposiciones de su

³ A. VERDROSS, «Le Fondement du Droit International», en *R. des C.*, I, vol. 16, 1927, pp. 257 ss.

⁴ A. LUNA, «Fundamentación del Derecho Internacional (Anteproyecto de ponencia al I Congreso del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional)», en *Actas del Congreso*, t. I, Madrid, 1951, pp. 428 ss.; A. MIAJA DE LA MUELA, *Introducción al Derecho Internacional Público*, Madrid, 1955, pp. 184 ss.; M. AGUILAR NAVARRO, *Derecho Internacional Público*, cit., t. I, vol. I, pp. 207 ss.; A. TRUYOL Y SERRA, *Fundamentos de Derecho Internacional Público*, Madrid, 1977, pp. 115-116; A. HERRERO RUBIO, *Derecho Internacional Público*, Valladolid, 1956, pp. 90 ss.; A. VERDROSS *Derecho Internacional Público*, trad. española, Madrid, 1957, pp. 31-32.

Derecho interno como justificación del incumplimiento de los tratados (salvo lo dispuesto en el art. 46, que ya conocemos).

En el mismo sentido el artículo 4.º del Proyecto de artículos (2001) de la Comisión de Derecho Internacional sobre responsabilidad internacional de los Estados señala que sólo el Derecho Internacional puede ser tenido en cuenta para calificar a un hecho de ilícito y generador, por tanto, de responsabilidad internacional; la eventual calificación del hecho como lícito por el Derecho interno del Estado es irrelevante. No se trata de una regla innovadora sino declarativa del Derecho Internacional general.

Y la jurisprudencia internacional se ha pronunciado también de modo categórico al respecto. Así, ha estimado en primer lugar el Tribunal de La Haya que los Estados deben de adoptar cuantas medidas legislativas les vengán impuestas por los tratados:

Pero esta cláusula no hace sino poner de relieve un principio evidente por sí mismo, conforme al cual un Estado que ha contraído válidamente obligaciones internacionales está obligado a introducir en su legislación las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de los compromisos asumidos⁵.

De otro lado, ha proclamado con insistencia el Tribunal de La Haya que un Estado no puede invocar su constitución o sus leyes internas para sustraerse a las obligaciones dimanantes del Derecho Internacional:

Se debe observar, sin embargo, que si, por una parte, conforme a los principios generalmente admitidos, un Estado no puede respecto a otro Estado prevalerse de las disposiciones constitucionales de este último, sino solamente del Derecho Internacional y de los compromisos internacionales válidamente contraídos, por otra parte, e inversamente, un Estado no puede invocar respecto a otro Estado su propia constitución para sustraerse a las obligaciones que le imponen el Derecho Internacional o los tratados en vigor⁶.

En todo caso, una ordenanza de neutralidad, acto unilateral de un Estado, no puede prevalecer sobre las disposiciones del Tratado de Paz⁷.

Por otra parte, es un principio generalmente reconocido del Derecho de Gentes que en las relaciones entre las potencias contratantes de un tratado las disposiciones de una ley interna no pueden prevalecer sobre las del tratado⁸.

Bastaría recordar el principio fundamental de Derecho Internacional de la preminencia de este Derecho sobre el Derecho interno^{8 bis}.

Respecto al orden jurisdiccional, el Tribunal de La Haya no considera posible que una sentencia interna pueda invalidar a una sentencia de carácter internacional:

Si considerando que la fábrica no pertenece a la *Oberschlesische*, el Tribunal negase la existencia de un daño en detrimento de esta sociedad, se pondría en contradicción con uno de los motivos sobre los que fundó su sentencia número 7, y admitiría que una sentencia

⁵ CPJI, *Serie B*, n.º 10, p. 20.

⁶ CPJI, *Serie A/B*, n.º 44, p. 24.

⁷ CPJI, *Serie A*, n.º 1, p. 29.

⁸ CPJI, *Serie B*, n.º 17, p. 32.

^{8 bis} CIJ, *Recueil*, 1988, p. 34.

nacional puede invalidar indirectamente una sentencia dada por una instancia internacional, lo que es imposible⁹.

Y enfrentado el Tribunal con la cuestión de saber si un tratado puede crear derechos y obligaciones para los particulares, aplicables por los tribunales nacionales, comienza rindiendo tributo a la concepción dualista y parece pronunciarse por una respuesta negativa. Pero esto sólo lo hace, como apunta LAUTERPACHT, *pour mieux sauter*, puesto que entiende a continuación que la intención de los Estados partes puede ser la de adoptar reglas determinadas que creen directamente derechos y obligaciones para los particulares y susceptibles, por tanto, de aplicación por los tribunales nacionales¹⁰.

Se puede admitir fácilmente que, según un principio de Derecho Internacional bien establecido, el *Beanttenabkommen*, acuerdo internacional, no puede como tal crear derechos y obligaciones para particulares. Pero no se puede discutir que en la intención de las partes el objeto mismo de un acuerdo internacional puede ser la adopción por las partes de reglas determinadas que creen derechos y obligaciones para individuos y susceptibles de ser aplicados por los tribunales nacionales¹¹.

Además, cuantas veces han estatuido las jurisdicciones internacionales sobre la responsabilidad internacional de un Estado por actos legislativos o por los ejecutados conforme a sus Derechos internos, han proclamado en definitiva la superioridad del Derecho Internacional. Pero, como señala el profesor DIEZ DE VELASCO, «ello no quiere decir que las normas internas contrarias al Derecho Internacional y las decisiones judiciales que en ellas se basen incurran en vicio de nulidad automático. En la mayoría de los casos, y salvo disposición expresa en contrario, son plenamente eficaces y aplicables por los tribunales y autoridades internos, aunque engendren responsabilidad internacional»¹². Y se refiere el citado profesor, como muy significativa, a la cláusula contenida en bastantes tratados de arbitraje y recogida en el artículo XXXII del Acta General para el Arreglo pacífico de las Controversias Internacionales de 26 de septiembre de 1928, revisada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 28 de abril de 1949, que dice así:

Si la sentencia judicial o arbitral estableciese que una decisión tomada o medida ordenada por una autoridad judicial o una autoridad cualesquiera de una de las partes litigantes se encuentra en todo o en parte en oposición con el Derecho Internacional, y si el Derecho constitucional de dicha parte no permite, o sólo permite imperfectamente, borrar las consecuencias de esa decisión o medida, las partes convendrán que debe concederse por la sentencia judicial o arbitral una satisfacción equitativa a la parte lesionada.

⁹ CPJI, *Serie A*, n.º 17, pp. 33-34.

¹⁰ H. LAUTERPACHT, *The Development...*, cit., p. 174.

¹¹ CPJI, *Serie B*, n.º 15, pp. 17-18.

¹² M. DIEZ DE VELASCO, *Instituciones...*, cit., 1976, p. 158.

17. LA APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL POR LOS ÓRGANOS INTERNOS DE LOS ESTADOS

Ya hemos dicho que el Derecho Internacional no tiene criterio sobre los postulados básicos del dualismo o del monismo. Son los Derechos internos de los Estados los que generalmente a nivel constitucional determinan para cada sistema los principios al respecto. Es ésta una muestra más del relativismo del Derecho Internacional. Pero en la práctica estas reglas son distintas según se trate del Derecho Internacional General Consuetudinario, del Derecho convencional con base en tratados o del Derecho institucional emanado de las organizaciones internacionales. Haremos, pues, un breve muestreo en el Derecho constitucional comparado para examinar luego con más detenimiento el Derecho español.

17.1. DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO

a) Tratándose de la aplicación en el Derecho interno del *Derecho Internacional General* de naturaleza consuetudinaria, ha señalado PAUL DE VISSCHER que existen cuatro grupos de cláusulas constitucionales, a saber: 1) El de las cláusulas que entrañan la adopción obligatoria, aunque no automática, de las reglas del Derecho Internacional General; 2) El que comporta la adopción automática en el orden interno de tales reglas; 3) El que supone tal adopción automática, proclamando además la superioridad del Derecho Internacional General sobre el Derecho interno e instaurando un procedimiento para controlar la conformidad de éste con el primero, y 4) El integrado por aquellas disposiciones que enuncian de manera formal e individualizada ciertas reglas del Derecho Internacional General¹. Vamos a examinar por separado, y con referencias más selectivas que exhaustivas, cada uno de estos cuatro grupos.

Cláusula que pertenece al primer grupo, en cuanto implica la obligación de incorporar al Derecho interno las reglas del Derecho Internacional General, es la del artículo 7.º de la Constitución republicana española de 1931, conforme a la cual «el Estado español acatará las normas universales del Derecho Internacional General, incorporándolas a su Derecho Positivo».

En el segundo grupo encontramos la norma consuetudinaria inglesa formulada así: *International Law is a part of the Law of the Land*. Norma que supone efectivamente la incorporación automática al Derecho interno de todo el Derecho Internacional General. La regla forma parte asimismo del Derecho de los Estados Unidos y ha sido recogida, entre otras, por el artículo 10 de la Constitución italiana de 1948, el artículo 5 de la Constitución de la antigua República Democrática

¹ PAUL DE VISSCHER, «Les tendances internationales des constitutions modernes», en *R. des C.*, vol. 80, 1952, p. 520.

Alemana de 1968, el artículo 28 de la Constitución de Grecia de 9 de junio de 1975, el artículo 8 de la Constitución de Portugal de 2 de abril de 1976, la Constitución de 1993 del Principado de Andorra, y por otras Constituciones. En realidad, este sistema es seguido por la casi totalidad de los Estados, cuyos tribunales aplican, sin necesidad de acto especial alguno de recepción, el Derecho Internacional consuetudinario. Respecto a la cuestión de la jerarquía de la costumbre internacional en el interior de los ordenamientos jurídicos internos, hay constituciones que la equiparan a la ley (las de Austria y Portugal), con la consecuencia de que puede ser derogada por una ley posterior en aplicación al principio *lex posterior derogat priori*, mientras que otras constituciones (Italia, Japón, República Federal de Alemania, Grecia) dan a las normas consuetudinarias internacionales un rango superior al de la ley interna, lo que implica que una de estas leyes nunca puede derogar a una costumbre internacional^{1 bis}.

El tercer grupo es el representado por el artículo 25 de la Constitución de la República Federal de Alemania de 1949; disposición que incorpora como Derecho federal todo el Derecho Internacional General, haciéndolo prevalecer sobre las leyes y asignándole el efecto de producir inmediatamente derechos y deberes para los habitantes del territorio. Y en cuanto Derecho federal, queda sometido al control del tribunal constitucional, que puede verificar así la conformidad del Derecho interno al Derecho Internacional. Como ha escrito PAUL DE VISSCHER, juzgando este sistema, «constituye el grado más avanzado de internacionalismo que se pueda conseguir», puesto que «al mecanismo de sanciones suministrado por el propio Derecho Internacional, y consistente en la puesta en marcha de la responsabilidad internacional, se añade muy felizmente un mecanismo de sanciones internas, cuya puesta en práctica preventiva limitará considerablemente el desencadenamiento de la responsabilidad internacional»².

Existe, por fin, el grupo de cláusulas constitucionales que enuncian formalmente y de manera individualizada ciertas reglas de Derecho Internacional General, como la prohibición de la guerra o la obligatoriedad de resolver pacíficamente las controversias internacionales. Por ejemplo, el artículo 29 de la Constitución de la antigua Unión Soviética de 7 de octubre de 1977 disponía que «las relaciones de la Unión Soviética con otros Estados se basan en la observancia de los siguientes principios: igualdad soberana; renuncia mutua al uso o amenaza de la fuerza; inviolabilidad de las fronteras; integridad territorial de los Estados; solución pacífica de las controversias; no intervención en los asuntos internos; respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales; la igualdad de derechos de los pueblos y su derecho a la autodeterminación; cooperación entre los Estados; y cumplimiento de buena fe de las obligaciones derivadas de los principios generalmente reconocidos y reglas de Derecho Internacional, y de los tratados internacionales concluidos por la Unión Soviética»³. También el artículo 7 de la Constitución portuguesa de

^{1 bis} Véase A. CASSESE, «Modern constitutions and International Law», en *R. des C.*, 1985-III, pp. 369-370.

² P. DE VISSCHER, *op. cit.* en nota 1, p. 532.

³ Véase G. TUNKIOV, «The new USSR Constitution and International Law», en *Estudios de Derecho Internacional. Homenaje al profesor Miaja de la Muela*, Madrid, 1979, vol. I, pp. 505 ss.

1976 menciona una serie de principios de Derecho Internacional por los que se regirá Portugal en las relaciones internacionales.

b) En cuanto al *Derecho convencional*, señala PAUL DE VISSCHER⁴ que, en la mayoría de los Estados, el Derecho constitucional no establece la adopción automática del tratado, sino que su integración en el Derecho interno se realiza mediante un acto especial de recepción que más que a las consideraciones teóricas de las doctrinas dualistas obedece a las exigencias de la técnica constitucional de la separación de poderes, y muy particularmente a las relaciones entre el poder ejecutivo y el poder judicial. Este acto de recepción puede ser, bien la mera publicación del tratado —sistema francés—, bien la orden de ejecución —sistema italiano—, que en los distintos Estados puede adoptar la forma de ley, decreto u orden, bien entendido que tal acto de recepción es independiente de la manifestación de la voluntad del Estado en obligarse internacionalmente por el tratado. Ambos sistemas son dualistas porque en los dos es menester la recepción del tratado en el Derecho interno; tal recepción no se produce sin más porque el tratado esté en vigor. Ahora bien, la simple publicación supone un dualismo templado, moderado; la orden de ejecución comporta un dualismo fuerte o radical.

Problema particularmente interesante en este punto es el de la jerarquía, dentro del Derecho interno, del tratado respecto de la ley. Sobre tal cuestión las tendencias constitucionales son varias. Así, la Constitución francesa de 1958 concede a los tratados publicados una autoridad superior a la que tienen las leyes, aunque con reserva de la aplicación por la otra parte. En el mismo sentido, la Constitución del Principado de Andorra señala expresamente que los tratados y acuerdos internacionales no pueden ser modificados o derogados por las leyes. Por su lado, la Constitución holandesa va más lejos, pues reconoce que un tratado, aprobado en el Parlamento por mayoría de dos tercios, puede incluso derogar disposiciones constitucionales, estableciendo en todo caso que los tratados publicados prevalecen sobre las leyes anteriores y posteriores. Y la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania proclama la superioridad de los tratados sobre las leyes, instituyendo además un control jurisdiccional. En cambio, en los sistemas en que se introduce el tratado por vía de ley, tratados y leyes internas tienen la misma jerarquía normativa, y por ello, si bien el tratado posterior deroga a una ley anterior, también una ley posterior puede derogar a un tratado anterior, aunque en el plano del Derecho Internacional esta última derogación desencadenaría la responsabilidad del Estado.

¿Supone la aplicación provisional de los tratados su introducción en los Derechos internos? Ciertos sectores de opinión se han manifestado en sentido negativo por entender que en la hipótesis señalada el compromiso de ejecución sólo vincula al poder ejecutivo. Sin embargo, el estudio realizado por PICONE de la práctica de algunos ordenamientos estatales conduciría a la opinión contraria: los tratados aplicados provisionalmente sí se reciben en los ordenamientos internos. Además, como ha explicado la profesora ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, en

⁴ *Op. cit.* en nota 1, p. 520.

la Conferencia de Viena sobre Derecho de Tratados el Comité de Redacción y algunas delegaciones expresaron el parecer de que la aplicación provisional está comprendida dentro del principio *pacta sunt servanda*, y esta opinión sólo tiene sentido partiendo del supuesto de la integración; en caso contrario sería superflua⁵. Y la recepción de los tratados en cuestión debe de ser entendida a todos los efectos, incluso en lo que respecta al rango en los ordenamientos internos.

c) Tenemos finalmente el supuesto del *Derecho institucional*, es decir, del emanado de resoluciones de organizaciones internacionales que, según el tratado instituyente, son obligatorias para los Estados miembros. ¿Cuál es el efecto de tales resoluciones en los Derechos internos?

Las disposiciones constitucionales al respecto son más bien escasas. Hay que citar especialmente el artículo 67 de la Constitución de los Países Bajos, a cuyo tenor los artículos relativos a la fuerza jurídica interna de los tratados tendrán aplicación análoga respecto a las decisiones de las organizaciones que dependen del Derecho Internacional. También es digno de mención el Decreto francés de 14 de marzo de 1953 (n.º 53-192) referente a la publicación de compromisos internacionales, uno de cuyos artículos dispone que están exceptuados de tal publicación «los reglamentos procedentes de una organización internacional cuando estos reglamentos se publiquen íntegramente en el *Boletín Oficial* de esta organización, ofrecido al público, y cuando esta publicación sea suficiente, en virtud de las disposiciones expresas de una convención que obligue a Francia, para que estos reglamentos sean oponibles a particulares». Es obvio que tal disposición contempla expresamente las disposiciones de las Comunidades Europeas, aplicables directamente en los Derechos internos de los Estados miembros. Muy explícita a este respecto es la disposición del párrafo 3 del artículo 8 de la Constitución portuguesa de 2 de abril de 1976, según la cual «las normas emanadas de los órganos competentes de las organizaciones internacionales de las que Portugal sea parte regirán directamente en el orden interno, si así se encuentra expresamente establecido en los tratados constitutivos».

17.2. DERECHO ESPAÑOL

a) La aplicación en el seno del Derecho español del conjunto de las *normas consuetudinarias* del Derecho Internacional General no ha sido nunca objeto de regulación por normas constitucionales o de otra índole. La Constitución de 1978 calla igualmente sobre este punto. Sin embargo, bloques sectoriales de normas consuetudinarias internacionales sí han sido incorporados de manera expresa a nuestro Derecho interno. Tal incorporación ha tenido lugar bien por vía constitucional, bien por vía legal. Por ejemplo, y como veremos enseguida, el artículo 96.1 de la Constitución consagra la recepción de las normas generales de Derecho Internacional sobre derogación, modificación o suspensión de los tratados. Por

⁵ Véase M. P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, «La aplicación provisional de los tratados internacionales en el Derecho español», en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XXXIV, n.º 1, 1982, pp. 72-73; y P. PICONE, «L'applicazione in via provvisoria degli accordi internazionali», Nápoles, 1973, pp. 218 ss.

su parte, el artículo 21.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial introduce en el Derecho español las inmunidades jurisdiccionales resultantes de las normas de Derecho Internacional Público.

Pero el silencio constitucional no ha sido óbice para que los tribunales españoles hayan aplicado el Derecho Internacional Consuetudinario, no incorporado expresamente, sin exigir acto especial alguno de recepción; el sistema, por tanto, puede ser calificado de monista. No vamos a hacer aquí un examen detallado de la práctica y la jurisprudencia, sino que nos vamos a contentar con la exposición de algunas decisiones judiciales.

La sentencia de 16 de diciembre de 1927⁶ declara, efectivamente, que el artículo 22 del Tratado hispano-marroquí de 1861 no fue derogado por el Convenio de 27 de noviembre de 1912 entre España y Francia, «por cuanto los pactos internacionales, al igual que los concertados entre particulares, no pueden perder su fuerza obligatoria sino por la expresa voluntad de aquellas que los concertaron, salvo, como es natural, la de aquellos tratados cuya vigencia se fijó previamente para una fecha fija o cuando se estableció; pero en modo alguno pueden estimarse derogados por los conciertos que haga una de las partes contratantes con una tercera potencia que no intervino en los anteriormente estipulados». Este pasaje de la sentencia aplica de manera inequívoca la norma consuetudinaria *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*. Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 1967⁷ aplica a la mensuración del mar territorial español la regla según la cual «el mar territorial se mide a partir de la línea de la baja mar a lo largo de las costas», y aun cuando invoca la Convención de Ginebra de 29 de abril de 1958 sobre mar territorial y zona contigua, lo hace en tanto que expresión de una norma consuetudinaria, ya que a tal Convención «actualmente se atiene el Derecho Internacional». Efectivamente, en la fecha de la sentencia, la repetida Convención no había sido ratificada por España. El Tribunal constitucional aplica asimismo la costumbre internacional sin exigir acto alguno de recepción, por ejemplo en las sentencias de 1 de julio de 1992 y 28 de septiembre de 1995.

Claro que la imprecisión y la incertidumbre de la costumbre internacional, inherentes a su carácter de norma no escrita, pueden implicar dificultades para su aplicación por un tribunal interno. Es esto lo que sucedió en la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de enero de 1965, en la que se rechaza la inmunidad de jurisdicción penal de la esposa de un miembro de la misión diplomática de los Estados Unidos en España. Para ello, el Tribunal Supremo aplica el artículo 334 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870, diciendo, respecto a la costumbre internacional alegada en el recurso, que «se fundamenta en meras opiniones de tratadistas de Derecho Internacional»⁸. Es obvio que en esta clase de situaciones

⁶ *Jurisprudencia Civil*, t. 179, 1927, p. 475. Sobre la posición del Tribunal Constitucional en los temas de este apartado, véase J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, «Algunas referencias a la costumbre y los tratados internacionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *El Derecho internacional: normas, hechos y valores*. «Liber amicorum Jose Antonio Pastor Ridruejo», Madrid, 2005, pp. 507 ss. Un tratamiento de la cuestión en J. A. PASTOR RIDRUEJO y A. PASTOR PALOMAR, «Public International Law before Spanish Domestic Courts», en C. JIMÉNEZ PIERNAS (ed.), *The Legal Practice in International Law and European Community Law. A Spanish Perspective*, Nijhoff, 2007, pp. 521 ss.

⁷ *Aranzadi*, n.º 3.161, 1967.

⁸ *Aranzadi*, n.º 2, 1965. Véase la nota crítica de J. D. GONZÁLEZ CAMPOS en la *R.E.D.I.*, n.º 4, 1966, pp. 550 ss.

los jueces pueden dirigirse al Ministerio de Asuntos Exteriores o a cualquier otra institución o persona cualificada a fin de obtener ayuda en la identificación y contenido y sentido exacto de la norma consuetudinaria en cuestión. Pero de acuerdo a los artículos 13 y 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ninguna institución oficial o persona puede interferir en la función del juez, haciéndole llegar por iniciativa propia un punto de vista al respecto. Si esto ocurriera cabría iniciar las actuaciones judiciales pertinentes por falta de respeto a la independencia del poder judicial.

Ninguna disposición de carácter general regula en la Constitución de 1978 los posibles conflictos entre una costumbre internacional y una ley interna. Norma de carácter particular es la del artículo 96.1 de la propia Constitución, según la cual las disposiciones de los tratados internacionales válidamente celebrados «sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional». Es decir, en materia de terminación, modificación y suspensión de tratados prevalece la costumbre internacional sobre las leyes internas. Se puede sostener por analogía que esta solución es aplicable en todos los casos, lo que implicaría que en el Derecho español la costumbre internacional general tiene un rango supralegal.

No es fácil de imaginar una contradicción entre una costumbre internacional y una disposición de la constitución. Pero si se llegase a producir semejante conflicto, es indudable que en el interior del ordenamiento jurídico español prevalecería la constitución, y ello por interpretación analógica de su artículo 95, al que enseguida nos referiremos, según el cual la celebración de un tratado contrario a la constitución requiere la previa revisión de la misma. Ello sin perjuicio de que si en el plano de las relaciones internacionales España no da cumplimiento a la norma consuetudinaria en cuestión, quedaría comprometida su responsabilidad internacional. Estaríamos realmente ante un supuesto de esquizofrenia jurídica, porque las soluciones serían diferentes en el campo nacional y en el internacional.

b) La aplicación de los *tratados* en el Derecho interno español se rige hoy por el artículo 1.5 del Código Civil, tal como fue modificado por el Decreto de 31 de mayo de 1974, y, sobre todo, por el artículo 96.1 de la Constitución de 1978^{8 bis}.

Efectivamente, el artículo 1.5 del Código Civil dispone que «las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el *Boletín Oficial del Estado*». Y similar es la disposición del artículo 96.1 de la Constitución, según la cual «los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno». Señalemos que el requisito de la publicación es imprescindible para que un tratado o la cláusula de un tratado forme parte del Derecho español y, por consiguiente, sea aplicable por un juez interno. En este sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de junio de 1998 entendió

^{8 bis} Véase R. PANIAGUA REDONDO, «La recepción, publicación y rango normativo de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico español», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1991-4, pp. 9 ss.; y A. J. IGLESIAS VELASCO, «Reflexiones sobre la implementación de los tratados internacionales por los tribunales domésticos: especial referencia a España», *A.D.I.*, n.º 29, 2013, pp. 165 ss.

que la retirada de una reserva —equiparable a la cláusula de un tratado— no pasó a formar parte del Derecho español por no haber sido publicada oficialmente, sin que fuera suficiente la circunstancia de que la Audiencia Nacional hubiese tenido conocimiento de la misma por otros medios.

La disposición constitucional citada agrega que «sus disposiciones [las de los tratados válidamente celebrados y publicados oficialmente] sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en las formas previstas en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales de Derecho Internacional». Esta disposición constitucional se reitera en el párrafo 1.º del artículo 28 de la ley de tratados de 2014 y ambas normas dan a entender de manera inequívoca que la derogación, modificación o suspensión de un tratado no puede realizarse a efectos internos por vía de ley. Se proclama de tal modo la supremacía de los tratados sobre las disposiciones internas que tengan rango inferior al constitucional, sean anteriores o posteriores al tratado. Y el artículo 31 de la ley de tratados proclama que dichos instrumentos prevalecen sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno salvo las de rango constitucional. La jurisprudencia española es del mismo parecer. Particularmente ilustrativa es la consideración que hace el Tribunal Supremo en la sentencia de 22 de mayo de 1989:

Como certeramente se indica en la sentencia recurrida, el Convenio, al haber pasado a formar parte del ordenamiento jurídico español, tiene plena vigencia en nuestro país, sin poder entenderse derogado por el Estatuto de los Trabajadores de posterior publicación, porque, al garantizar la Constitución española el principio de legalidad y jerarquía normativa (art. 9.3), ha de primar el citado Convenio⁹.

Hay que señalar de todos modos que en la jurisprudencia del Tribunal Supremo no siempre se acude a la disposición constitucional citada para fundamentar la aplicación de los tratados internacionales en el orden interno, sino que en ocasiones se recurre únicamente, y por supuesto insuficientemente, el artículo 1.5 del Código Civil¹⁰. Demos cuenta también de la confusión, ya tónica en los tribunales españoles, entre el doble efecto que los tratados internacionales pueden tener dentro del Derecho interno: el aplicativo propiamente dicho por vía del artículo 96 de la Constitución, de una parte; y el interpretativo, por la vía del artículo 10.2 del mismo cuerpo normativo, de otra parte. Efectivamente, y como veremos más adelante, este último artículo de la Constitución ordena interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades reconocidas por ella «de conformidad con la Declaración Universal de los derechos humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España». Ejemplo de aquella confusión lo suministra la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de diciembre de 1984, en que se trataba de determinar si las garantías penales y procesales establecidas en los artículos 5 y 6 de la Convención europea para la protección de

⁹ *Aranzadi*, n.º 3.867. En este sentido, otra sentencia del Tribunal Supremo es la de 7 de julio de 2000. Del Tribunal Constitucional, sentencias de 30 de enero de 1985; 14 de febrero de 1991; 28 de septiembre de 1995; y muchas otras.

¹⁰ M. P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA en «Jurisprudencia española en materia de Derecho Internacional Público», *R.E.D.I.*, 1985-2, 467.

los derechos humanos y libertades fundamentales eran de aplicación dentro de la justicia militar de nuestro país. Pues bien, de manera indebida, la disposición constitucional que tuvo en cuenta el Tribunal Supremo fue la del artículo 10.2 y no, como hubiera sido correcto, la del artículo 96.1¹¹.

Pero de ningún modo un tratado puede prevalecer sobre la Constitución. Así se proclama expresamente en el artículo 31 de la ley de tratados y así lo dice la declaración del Tribunal Constitucional de 13 de diciembre de 2004 relativa a la compatibilidad entre el tratado por el que se establece una constitución para Europa y la constitución española. Y ni siquiera se puede celebrar un tratado contrario a la Constitución, a no ser, según el artículo 95.1, que medie la previa revisión de la misma, lo cual debe realizarse por las mayorías previstas en los artículos 167 y 168 de la Constitución. En todo caso, el Gobierno o cualquiera de las Cámaras puede requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no contradicción entre el tratado y la Constitución. Es éste un control *a priori* de la constitucionalidad de los Estados. Según la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 3 de octubre de 1979, existe también un control *a posteriori* de la constitucionalidad de los tratados tanto en sus aspectos intrínsecos (contenido) como extrínsecos (procedimiento interno de celebración). Pero para interponer el recurso de inconstitucionalidad es preciso que el tratado haya sido publicado en el *Boletín Oficial del Estado*, lo cual supone que ya está en vigor. Y si el tratado es declarado inconstitucional, surge entonces el espinoso problema de cómo se puede desligar España, en el plano internacional, del tratado en cuestión. En fin, sobre este punto hay que tomar también en consideración el párrafo 2 del artículo 55 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en virtud del cual, si al resolver un recurso de amparo el tribunal encuentra que una determinada ley vulnera un derecho o una libertad fundamental, la inconstitucionalidad de la ley puede ser pronunciada en una nueva sentencia. Tal disposición es relevante en lo que concierne a la constitucionalidad de los tratados porque, en su sentencia de 3 de octubre de 1991, el tribunal constitucional ha considerado que el vocablo «ley» incluye asimismo a un tratado.

Recapitulando, el sistema español actual sobre aplicación interna de los tratados puede ser calificado como de dualista moderado y razonable. Dualista porque exige un acto de recepción. Y moderado y razonable porque tal recepción se hace por la simple publicación, no por la orden de ejecución del tratado mediante una ley. Por ello, y por proclamar la supremacía de los tratados sobre las disposiciones internas con rango inferior al constitucional, el sistema merece una valoración positiva desde el punto de vista del Derecho Internacional.

Sin embargo, en la perspectiva del Derecho interno, el sistema constitucional en vigor sobre aplicación de los tratados podría plantear problemas de Derecho intertemporal a los jueces y tribunales. Tratándose, en efecto, de justiciables acaecidos en el lapso de tiempo que medie entre la entrada en vigor del tratado en el plano internacional y su integración en el Derecho español por la publicación en el *Boletín Oficial del Estado*, es dudoso que los jueces españoles puedan aplicar

¹¹ Véase el comentario de M. P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, en *ibíd.*, pp. 472 ss.; el extracto de la sentencia en *ibíd.*, p. 472.

ha sido avalada por el Consejo de Estado en su dictamen número 984/93/927/93, de 9 de septiembre de 1993, emitido con motivo de la resolución 827 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, de 25 de mayo del mismo año. Dicha resolución, obligatoria para los Estados en cuanto adoptada en el marco del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, crea el Tribunal Internacional Penal para el castigo de los crímenes internacionales perpetrados en el territorio de la antigua Yugoslavia, y uno de los artículos de su Estatuto impone a los Estados ciertas obligaciones que tienen clara incidencia en los Derechos internos (por ejemplo y entre otras, entrega al Tribunal Internacional de personas acusadas que se pudiesen encontrar en el territorio del Estado requerido). A juicio del Consejo de Estado, la incorporación de la resolución que nos ocupa al Derecho español se hace por su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*, sin perjuicio de que aquellas de sus disposiciones que no sean *self-executing* (ejecutables por sí mismas) requieran la promulgación de una ley a efectos de su ejecución. De acuerdo con esa doctrina, la resolución del Consejo de Seguridad se publicó en el *Boletín Oficial del Estado* del 24 de noviembre de 1993 «a efectos de su incorporación al ordenamiento jurídico español». Y, para dar efecto en el interior de nuestro ordenamiento a las disposiciones no *self-executing* de la resolución mencionada, España se vio obligada a promulgar la Ley Orgánica 15/1994, de 1 de junio, «para la cooperación con el Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de violaciones graves del Derecho Internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia»¹³. Lo mismo se hizo en lo que concierne al Tribunal internacional penal para Ruanda, creado por la resolución 955 (1994) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. En otros casos, sin embargo, resoluciones de organizaciones internacionales con incidencia directa en los derechos de los ciudadanos han sido introducidas en el Derecho español mediante la aprobación de disposiciones específicas, comúnmente órdenes ministeriales. Tal es el caso de la resolución 661 (1990) del mismo Consejo de Seguridad relativa a restricciones comerciales con la República de Irak.

Para las resoluciones de las organizaciones internacionales a las que se hayan atribuido el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución existe, sin embargo, una norma particular en el párrafo segundo del artículo 93 de dicho cuerpo normativo, según el cual «corresponde a las Cortes Generales y al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de esos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión».

Semejante disposición está pensada para las resoluciones y actos normativos de las antiguas Comunidades Europeas, hoy Unión Europea, aunque evidentemente puede tener un ámbito de aplicación más amplio. Y es que, efectivamente, las *directivas* de los órganos comunitarios «vinculan a todo Estado miembro en cuanto al resultado a alcanzar, dejando a las instancias nacionales la competencia en cuanto a la forma y los medios» (art. 189 del Tratado de Roma instituyente de la Comunidad Económica Europea). En este sentido, una directiva comunitaria

¹³ B.O.E. n.º 131, de 2 de junio de 1994.

un tratado que no formaba parte aún del Derecho interno. Pero ocurre, de otro lado, que la no aplicación de un tratado en vigor puede dar lugar a responsabilidad internacional, ya que, según el artículo 27 de la Convención de Viena, «una parte no podrá invocar las disposiciones de su Derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado». Así las cosas, con el fin de despejar aquellas dudas y evitar la posible responsabilidad internacional de España, sería de desear que en la proyectada ley de tratados se incluya una disposición que resuelva estos problemas de Derecho intertemporal, disponiendo, por ejemplo, que los efectos de la publicación deben retrotraerse al momento de la entrada en vigor del tratado para España.

Cuestión distinta es si los tratados que se aplican provisionalmente son recibidos en el Derecho interno español y pueden por tanto ser aplicados por los tribunales. Disposición importante a este respecto es la contenida en el artículo 30 del Decreto 801 de 24 de marzo de 1972 sobre ordenación de la actividad de la administración en materia de tratados. Según dicho artículo, efectivamente, el texto del tratado del que se haya convenido la aplicación provisional debe publicarse en el *Boletín Oficial del Estado*. Pues bien, como dice la profesora ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA el sentido de tal publicación se conecta con la recepción del tratado en el plano interno. Y admitida tal integración, ello sólo puede ser con los mismos efectos que los tratados que estén en vigor. De lo contrario se llegaría a la existencia de dos categorías diferentes de tratados en nuestro ordenamiento, situación que es incompatible con las disposiciones constitucionales en materia de relaciones de sistemas; además, España podría incurrir en responsabilidad internacional por incumplimiento de un tratado que se ha obligado a aplicar provisionalmente¹². Ello es así, indicutiblemente, mas sobre este punto falta la prueba de fuego de la jurisprudencia. No conocemos ningún caso en que un juez o tribunal español haya aplicado un tratado no en vigor pero del que se haya convenido la aplicación provisional. En cuanto a los acuerdos políticos celebrados por el Gobierno español o por departamentos ministeriales es obvio que, al no ser tratados y al no generar compromisos jurídicamente exigibles, no pueden ser introducidos en el Derecho español por la vía de la publicación en el *Boletín Oficial del Estado*. Si algunos de esos instrumentos entrañan obligaciones para nuestro país en materias reservadas a normas con rango legal —lo que no es infrecuente—, su aplicabilidad en el ordenamiento español necesitaría de la promulgación de una ley o de la celebración de un tratado.

c) En lo que se refiere, por fin, a la aplicación en el Derecho interno español de las *decisiones de las organizaciones internacionales* que sean obligatorias según el tratado instituyente, ninguna norma constitucional o legal contempla la cuestión con carácter general, por lo que parece lógico reconducir el problema a la aplicación interna de los tratados y a las disposiciones del Derecho español que la regulan. Ello supone la necesidad de publicación oficial de las resoluciones de las organizaciones internacionales en el *Boletín Oficial del Estado*. Esta doctrina

¹² M. P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, *op. cit.* en nota 4, pp. 73-75.

sobre armonización de legislaciones, por ejemplo, exige un desarrollo normativo dentro de los Estados miembros de la Comunidad y corresponde a los Derechos internos de éstos determinar si tal desarrollo debe tener lugar por vía de ley, con intervención, por tanto, del poder legislativo, o únicamente mediante la potestad reglamentaria de la administración. Cobra así sentido la referencia que hace el artículo 93 de nuestra Constitución a las Cortes y al Gobierno para garantizar el cumplimiento de los tratados y las resoluciones comunitarias. Y también los reglamentos comunitarios, aun cuando sean obligatorios en todos sus elementos y directamente aplicables en los Estados miembros (art. 189 del Tratado de Roma), pueden exigir un complemento normativo interno en la doble manifestación apuntada, aunque desde luego no necesitan publicación en el *Boletín Oficial del Estado* para su obligatoriedad, primacía y aplicación directa en España desde el 1 de enero de 1986. Y es que, realmente, ninguno de los actos normativos de las instituciones comunitarias ni siquiera los producidos antes de la adhesión de España y que forman parte del llamado acervo comunitario, han menester para su aplicación en nuestro ordenamiento de la publicación contemplada en el artículo 96 de la Constitución. El fundamento jurídico de esta aseveración se encuentra sin duda, como bien ha explicado la profesora MANGAS MARTÍN, en la propia Constitución, concretamente en el párrafo 1 del artículo 93; sabemos, en efecto, que este último artículo prevé la posibilidad de que mediante tratado se atribuyan a una organización internacional competencias derivadas de la Constitución, en cuyo caso la autorización del consentimiento en obligarse debe ser realizada mediante ley orgánica. Pues bien, entre aquellas competencias se cedió por el tratado de adhesión la relativa a la publicación de los actos comunitarios, cesión autorizada por una norma constitucional, la del artículo 93 que, en esta materia, tiene carácter de *lex specialis* respecto al artículo 96¹⁴. En definitiva, pues, la exigencia comunitaria de no publicación de los actos de las instituciones —el llamado Derecho derivado— es enteramente conforme a la Constitución española.

Ahora bien, lo que sí se echa en falta en el párrafo 2 del artículo 93 de la Constitución es una referencia al poder judicial, a los tribunales nacionales, porque aunque el garante último de la correcta aplicación del Derecho de la Unión sea el Tribunal de Justicia de las Comunidades, son las jurisdicciones internas de los Estados miembros las que velan ordinaria y comúnmente por dicha aplicación. La laguna no es grave, de todos modos, pues resulta indiscutible la facultad y la obligación que tienen los tribunales españoles de controlar la aplicación del Derecho de la Unión y ejercer su jurisdicción al respecto.

¹⁴ A. MANGAS MARTÍN, *Derecho Comunitario Europeo y Derecho Español*, 2.^a ed., Madrid, 1987, pp. 59 ss.

18. LA APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNO POR LOS ÓRGANOS INTERNACIONALES

Si suscribiésemos una opinión muy difundida, conforme a la cual las disposiciones internas no son para el Derecho Internacional más que simples hechos, no se podría hablar propiamente de la aplicación de las normas internas por los órganos internacionales. Pero con EVRIGENIS¹, y sobre la base de la jurisprudencia internacional, vamos a sostener que el Derecho interno puede ser tomado en consideración por una instancia internacional no sólo como hecho, esto es, como premisa menor del silogismo judicial, sino también en tanto que Derecho o, lo que es lo mismo, como premisa mayor de aquel silogismo.

Es indudable, en primer lugar, que el Derecho interno puede presentarse ante una jurisdicción internacional en calidad de mero hecho a efectos de verificar su conformidad con el Derecho Internacional y desencadenar responsabilidad en caso de incompatibilidad. Los pasajes siguientes del Tribunal de La Haya ilustran suficientemente de tal actitud:

Cabe preguntarse si no constituye una dificultad el hecho de que el Tribunal deba ocuparse de la Ley polaca de 14 de julio de 1920. Sin embargo, no parece ser éste el caso. Respecto al Derecho Internacional y al Tribunal que es su órgano, las leyes nacionales son simples hechos, manifestaciones de la voluntad y de la actividad de los Estados al mismo título que las decisiones judiciales o las medidas administrativas. El Tribunal no está llamado ciertamente a interpretar la ley polaca como tal, pero nada se opone a que se pronuncie sobre la cuestión de saber si, al aplicar dicha ley, obra o no Polonia de conformidad con las obligaciones que la Convención de Ginebra le impone respecto a Alemania².

Sin embargo, incluso si el Tribunal tuviese que examinar la compatibilidad del artículo 6 del Código Penal turco con el Derecho Internacional, y si estimase que la nacionalidad de la víctima no constituía en todo caso base suficiente para la competencia penal del Estado del que la víctima es súbdito, llegaría al mismo resultado por las razones que se acaban de exponer³.

Pero si hemos afirmado que el Derecho Internacional puede inhibirse en favor del Derecho interno a través de un reenvío, deberemos admitir igualmente la posibilidad de que un tribunal internacional pueda ocuparse de normas estatales en tanto que normas jurídicas, o como premisa mayor del silogismo judicial, y no como hechos o premisa menor de aquel silogismo. Y así lo hizo el Tribunal de La Haya en los *asuntos de los empréstitos serbios y brasileños* (sentencia de 12 de julio de 1929), en que con carácter principal aplicó los Derechos de uno y otro país. Afirmó el Tribunal a este respecto que «no sería del todo exacto decir que únicamente las cuestiones de Derecho Internacional pueden ser objeto de una decisión suya», declarando más adelante que su deber «de ejercer la jurisdicción no se ve afectado, a falta de una disposición del Estatuto a este respecto, por el

¹ EVRIGENIS, *La Cour Internationale de Justice et le Droit Interne*, Tesalónica, 1958.

² CPJI, *Serie A*, n.º 7, p. 19.

³ CPJI, *Serie A*, n.º 10, p. 24.

hecho de que la diferencia recaiga sobre una cuestión de Derecho interno más que sobre un punto de puro hecho. La fórmula muy amplia del artículo 36 en su apartado primero, que considera especialmente los casos en los que, como en el caso de autos, el Tribunal conoce en virtud de un compromiso, vienen en apoyo de esta conclusión»⁴.

Y en estas mismas sentencias, el Tribunal no se sintió autorizado a realizar su propia interpretación del Derecho interno, sino que consideró, por el contrario, que debía seguir la de la jurisprudencia nacional mientras no fuese ésta incierta o dividida⁵.

Pero si en el caso citado aplicó el Tribunal de La Haya el Derecho interno con carácter principal, en el *asunto de la Universidad Peter Pazmany* tuvo que examinar el Derecho húngaro para resolver la cuestión previa de si aquella Universidad tenía la consideración de persona moral⁶.

⁴ CPJI, *Serie A*, n.ºs 20-21, pp. 18-20.

⁵ CPJI, *Serie A*, n.ºs 20-21, pp. 46-47 y 123-125.

⁶ CPJI, *Serie A/B*, n.º 61, pp. 229-231.