

Derecho internacional y borrador constitucional

13-XII-77

José Antonio Tomás Ortiz de la Torre
(Profesor de Derecho Internacional)

116

La redacción del artículo 7.º, párrafo 1, del borrador constitucional, sin ser, es verdad, ninguna catástrofe, no puede considerarse, por otra parte, como un modelo de perfección. El profesor Sánchez Agesta ha escrito en "Ya" (del 25 de noviembre) que el citado precepto, al afirmar que "las normas generales de Derecho internacional tienen fuerza de ley en el ordenamiento jurídico interno", va a dar trabajo a nuestros jueces cuando tengan que dilucidar cuáles son esas normas, que se incorporan sin más a nuestro ordenamiento. Dice él que sin duda era más afortunada la redacción del artículo 7.º de la Constitución republicana de 1931, cuando proclamaba que "el Estado español acatará las normas universales del Derecho internacional, incorporándolas a su derecho positivo".

Sin embargo, no es aquí (en las normas generales o en las universales) donde ha de criticarse, a mi entender, el párrafo citado, sino en la parte en que proclama que tales "normas generales" tienen fuerza de ley en el ordenamiento jurídico interno. En efecto, de esas normas generales que el profesor de la Complutense ve como aguja en un pajar ha hablado bastante la doctrina internacionalista. Hace más de treinta años que Breschi publicó su estudio sobre "Norme generali e norme particolari nel Diritto internazionale", el profesor vienes Verdross alude igualmente al Derecho internacional general en todas las ediciones de su obra, de Derecho internacional general nos habla el profesor Miaja de la Muela..., y así podríamos seguir citando autores a cual más prestigiosos. No hay, pues, tal "mysterium iuris". Lo que ocurre es que esas "normas generales" constituyen ni más ni menos que el Derecho internacional común o universal (al que así se refería la Constitución de 1931).

El problema, como he dicho, se plantea en la frase "tienen fuerza de ley en el ordenamiento jurídico interno". Ciertamente que en la práctica contemporánea el conflicto entre el Derecho interno y el internacional es un hecho. Si surge una norma interna contraria al Derecho internacional aquella tiene validez dentro del Estado y es aplicada por los jueces; ahora bien, se reconoce unánimemente por la doctrina que tal norma y su aplicación generarían la responsabilidad internacional del Estado. Y si la genera es porque la norma interna no se ha

acomodado a la internacional, lo que equivale a reconocer que el Derecho internacional sigue primando sobre el interno. Por ello, el profesor Virally ha señalado que una tal norma interna constituiría una violación del Derecho internacional. Por ello, el profesor Moreno Quintana ha podido escribir que aparece un problema cuando el Derecho nacional de un Estado es contrario al Derecho internacional, que lo obliga legalmente.

Primacía del Derecho internacional

A pesar de que el artículo 7.º de la Constitución de 1931 no hablaba para nada de la primacía del Derecho internacional, un comentarista de aquélla, el profesor Pérez Serrano, uno de los mejores maestros que han pasado por las aulas de la Universidad española y de quien me honro haber sido alumno suyo, ya había señalado que el citado precepto significaba la primacía del Derecho internacional sobre el interno. Primacía que igualmente, pese al silencio de los textos, ha visto Verdross en los preceptos correspondientes de la Constitución alemana de Weimar y de la austriaca. En cambio, Kelsen, refiriéndose al artículo 9.º de la Constitución austriaca, que considera que las reglas generalmente admitidas del Derecho internacional forman parte integrante del Derecho federal, sostiene que éste se funda en la primacía del Derecho interno, que daría curiosamente valor al Derecho internacional. No es, pues, bastante señalar que "forman parte del ordenamiento jurídico interno". Como se ve, ello es causa de duda y de discusión, y esa causa debe eliminarse ya de nuestra Constitución. Por ello, en el artículo 7.º del borrador debería figurar con absoluta claridad la citada primacía, porque si el Derecho internacional tiene tan sólo fuerza de ley, puestos en lo peor cabría pensar en que alguna vez pudiera echarse mano del aforismo "lex posterior derogat anterior", es decir, que por una ley posterior se derogará una norma general de Derecho internacional incorporada, aunque la incorporación haya sido global, dado que ambas tienen el mismo rango y valor. Tal método sería aplicable incluso para derogar normas taxativas de Derecho internacional, que precisamente no pueden ser derogadas por acuerdo de los Estados. Y esto podría suceder en una época en la que el individuo aparece ya como su-

jeto directo del Derecho internacional en relación con un sector de ese ordenamiento. El Derecho interno debe conformarse con el Derecho internacional. Sin embargo, las tesis de que el Derecho interno es "mejor" que el Derecho internacional merecen ser miradas con suma desconfianza por lo que tienen de sospechosas.

Los redactores del borrador constitucional deberían tomar como modelo no las constituciones menos generosas con el Derecho internacional, sino aquellas que lo son más. En cambio, el párrafo 2 del artículo 7.º del borrador, cuando otorga primacía al tratado internacional sobre la ley interna es casi correcto, al estar en la línea del constitucionalismo moderno, de la jurisprudencia arbitral y de la emanada del Tribunal Permanente de Justicia Internacional. Y de dicho casi correcto porque habría de tenerse en cuenta el principio de reciprocidad efectiva, del cual se hace gala en diversos puntos del articulado.

Reconocimiento de las normas generales

Por último, una solución a una duda: ¿Cuáles son las normas generales de Derecho internacional? Las que dimanar del consenso de los Estados. El artículo 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia es claro: Tratados internacionales (naturalmente, los tratados-leyes), costumbre internacional, principios generales del Derecho. Muchas normas han plasmado en las resoluciones de Naciones Unidas, que no son sino el desarrollo y concreción de los principios de la Carta (a la que por cierto se ignora, mientras la tienen en cuenta la mayoría de las Constituciones de los Estados africanos). ¿Que dónde han de ser buscadas esas normas generales? En esos textos y, como señala el citado artículo 38 del Estatuto del Tribunal de La Haya, en la jurisprudencia internacional y en la doctrina "como medio auxiliar para la determinación de las reglas de Derecho".

Los tribunales del Estado administradores de la justicia nacional son igualmente administradores de la que se deriva del Derecho internacional; por ello están obligados a indagar, conocer e interpretar sus normas, aunque esta labor resulte menos cómoda, ciertamente, que la de abrir el Código Civil o el de Comercio.