

**LA INTERDEPENDENCIA
ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL
Y EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA**

por JAVIER DíEZ-HOCHLEITNER

SUMARIO

INTRODUCCIÓN

- I. EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA: ¿DERECHO INTERNACIONAL, DERECHO (CUASI)ESTATAL O *TERTIUS GENUS*?
 1. Las singularidades del Derecho de la Unión Europea respecto del Derecho Internacional
 - A) *La homogeneidad del Derecho Comunitario*
 - B) *El alto grado de institucionalización de los mecanismos de producción normativa y de aplicación*
 - C) *Los tintes de supranacionalidad que impregnan el Derecho Comunitario*
 - D) *La posición del particular en el Derecho Comunitario*
 2. Las singularidades del Derecho de la Unión Europea ¿lo alejan del Derecho Internacional?, ¿lo acercan al Derecho estatal?
 - A) *La existencia de elementos de inspiración (parcialmente) estatal*
 - a) La eficacia directa del Derecho Comunitario y su primacía frente al Derecho interno
 - b) Las funciones jurisdiccionales atribuidas al Tribunal de Justicia
 - c) El principio de cooperación leal y sus diversas manifestaciones
 - d) La obligación de los Estados miembros de reparar los daños causados a particulares por la violación del Derecho Comunitario
 - e) El principio de subsidiariedad
 - B) *La ausencia de un proceso constituyente (de naturaleza estatal) en marcha*
 3. El Derecho de la Unión Europea en tanto que subsistema de Derecho Internacional
- II. LA PRIMACÍA DEL DERECHO INTERNACIONAL FRENTE AL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA
 1. La Unión Europea como actor internacional
 2. La actitud del Derecho de la Unión Europea frente a la primacía del Derecho Internacional
- III. LA APORTACIÓN DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA AL DERECHO INTERNACIONAL: ALGUNOS APUNTES
 1. Aportaciones a la teoría de la Organización internacional
 - A) *Las Comunidades Europeas como modelo de Organización internacional*
 - B) *Las competencias de la Organización internacional*
 - C) *La Organización internacional como miembro de otra Organización internacional*
 - D) *El derecho de legación activa de la Organización internacional*
 2. Contribuciones en el campo de los mecanismos de producción y aplicación de las normas y obligaciones internacionales
 - A) *El Derecho de los Tratados*
 - B) *Las resoluciones de las Organizaciones internacionales*
 - C) *La aplicación del Derecho Internacional por los tribunales estatales*
 3. Desarrollos en el ámbito de la protección de los nacionales en el extranjero
 - A) *La protección de los ciudadanos de la Unión por las autoridades diplomáticas y consulares de los Estados miembros*
 - B) *La asistencia de la Comisión a los nacionales de los Estados miembros en el extranjero*
 4. La incidencia de la Política común de pesca en la evolución del Derecho Internacional del Mar
 5. Un apunte final: la respuesta de la Comunidad Europea frente a la reunificación alemana
- V. CONCLUSIÓN

INTRODUCCIÓN

El presente curso tiene por objeto las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho de la Unión Europea. Con él perseguimos llevar al ánimo de los estudios de una y otra disciplina la necesidad de reflexionar seriamente —dejando de lado, en particular, planteamientos de signo gremial— sobre dos cuestiones de indudable interés práctico: 1. ¿En qué medida debe tenerse presente el Derecho Internacional en el estudio del Derecho de la Unión Europea?; y 2. ¿hasta qué punto los *ius-internacionalistas* (especialmente de los países miembros de la Unión Europea) se ven abocados al estudio del Derecho de la Unión Europea en el seguimiento de la práctica internacional?

Me propongo abordar las cuestiones señaladas desde una triple perspectiva. En primer lugar, ahondando en el debate sobre la naturaleza del Derecho de la Unión Europea. No se trata de recrearnos en consideraciones de índole estrictamente teórica —y no porque los debates teóricos nos parezcan estériles—, ni tampoco de encasillar al Derecho de la Unión Europea en ninguna categoría jurídica. El propósito que me anima es el determinar si el Derecho de la Unión Europea constituye un ordenamiento autónomo de Derecho Internacional y, en tal caso, si se trata de un ordenamiento cerrado o, tal vez, abierto al juego en él de normas de Derecho Internacional. O si, por el contrario, aun cuando su alumbramiento se produjo en el marco del Derecho Internacional, ha llegado a trascender el plano de este ordenamiento y si, en tal caso, estamos ante un Derecho de corte (cuasi)estatal, en el que debemos operar con categorías jurídicas propias de los ordenamientos estatales.

La segunda perspectiva de análisis que me propongo desarrollar guarda relación con la proyección exterior de la Unión Europea. La creciente intensidad de su acción *ad extra*, así como de los efectos para terceros de su acción *ad intra*, obliga a preguntarse por las relaciones que desde esta perspectiva se producen entre el Derecho de la Unión Europea y el Derecho Internacional o, más concretamente, por la posición que éste ocupa en el ordenamiento de la Unión. No me detendré excesivamente en esta segunda perspectiva de análisis al constituir el objeto de una monografía que publiqué recientemente¹.

La tercera y última perspectiva de análisis busca mostrar las aportaciones que el Derecho de la Unión Europea realiza al Derecho Internacional. La actividad de la Unión Europea ofrece numerosos elementos que merecen la calificación de práctica internacional y que, como tal, han contribuido al desarrollo del ordenamiento internacional. Esta parte del curso no pretende —como tampoco lo pretenden las anteriores— agotar la cuestión, dando cuenta de forma exhaustiva y concluyente de todas las aportaciones que, a lo largo de casi cincuenta años, el proceso de integración europea ha hecho al Derecho de Gentes. Nos contentaremos, por el contrario, con ilustrar el fenómeno, realizando algunos apuntes en torno a algunos sectores del Derecho Internacional que (de manera más o menos caprichosa) hemos seleccionado a tal fin.

¹ J. Díez-Hochleitner, *La posición del Derecho Internacional en el Ordenamiento comunitario*, Madrid, 1998.

II. EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA: ¿DERECHO INTERNACIONAL, DERECHO (CUASI)ESTATAL O TERTIUS GENUS?

1. Las singularidades del Derecho de la Unión Europea respecto del Derecho Internacional

El proceso de integración europea arranca de la voluntad de seis Estados soberanos, articulándose en tres Organizaciones internacionales —luego vendrían la CPE/PESC y la CAJI y, con ellos, la Unión Europea— creadas mediante los correspondientes tratados internacionales. Pero si, en su origen, las Comunidades Europeas no eran más que Organizaciones internacionales —«*sui generis*», «distintas» o «únicas», si se quiere— y el Derecho Comunitario podía configurarse tal vez como un Derecho Internacional particular, no cabe duda que desde entonces ha evolucionado mucho, merced no sólo a los avances logrados en las distintas conferencias de revisión de los Tratados constitutivos celebradas sino, muy especialmente, a la decisiva labor pretoriana del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Las transformaciones operadas en su seno en estos casi cincuenta años permiten hoy observar el Derecho de la Unión Europea como un ordenamiento con fisionomía y entidad propias.

Analizado desde la perspectiva del Derecho Internacional, el Derecho de la Unión Europea —en particular del Derecho Comunitario— presenta diversas singularidades. Estas singularidades conforman cuatro de los rasgos característicos de este ordenamiento. Nos referimos a: *a)* su homogeneidad; *b)* el alto grado de institucionalización de los mecanismos de producción normativa y de aplicación; *c)* los tintes de supranacionalidad que lo impregnan; y *d)* la posición que en él ocupa el particular.

A) *La homogeneidad del Derecho Comunitario*

La homogeneidad del Derecho Comunitario, en primer lugar, se manifiesta en que los Tratados constitutivos y los principales actos emanados de las instituciones resultan de aplicación general, dando lugar a una estructura normativa sin precedentes fuera del modelo estatal. Por otra parte, dicha homogeneidad se evidencia en el papel esencial que cumplen los principios generales del Derecho en sede comunitaria², como ha vuelto a poner de relieve últimamente de relieve el Presidente del Tribunal de Justicia³.

Ciertamente la articulación de estatutos especiales consagrados en favor de determinados territorios en atención a sus circunstancias o características —Canarias, Ceuta, Melilla o Gibraltar, por ejemplo— no atentan contra esta homogeneidad⁴.

² Véase al respecto, entre la última bibliografía, P. PESCATORE «Les principes généraux du droit en tant que source du droit communautaire», *FIDE, XII Congreso*, París, 1986, pp. 17 ss.; y, R. E. PAPADOPOULOU, *Principes généraux du droit et droit communautaire. Origine et concrétisation*, Bruselas, 1996.

³ Véase G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, «Consideraciones sobre la formación de un Derecho Europeo», *GJ*, núm. 200, 1999, pp. 11-25 (en pp. 16 ss.).

⁴ Véase el trabajo clásico en la materia de J. L. DEWOST, «L'application territoriale du Droit communautaire: disparition et résurgence de la notion de frontière», en *La frontière*, SFDI (Colloque de Poitiers), París, 1980, pp. 253-267. En relación con Gibraltar, C. IZQUIERDO SANS, *Gibraltar en la Unión Europea. Con-*

Tampoco lo hace, a mi juicio, la previsión de varias *velocidades* en la realización de una unión monetaria⁵. En efecto, el Tratado CE no excluye a ningún Estado miembro de la unión monetaria, sino que establece condiciones para acceder a ella, condiciones iguales para todos. Por otra parte, no es ajeno a la situación en que quedan los Estados miembros que no participan en dicha unión, sino que contempla para ellos ciertas reglas en materia de política económica y monetaria⁶.

Es verdad, sin embargo, que no se condice bien con el principio de homogeneidad el reconocimiento de un derecho al *opting-out* a favor de Dinamarca y del Reino Unido⁷, ni la extensión de este derecho a otros Estados que no desean participar —siquiera temporalmente— en la unión monetaria, extensión que *de facto* se ha producido a favor de Suecia⁸. Lo mismo cabría argüir respecto de las nuevas disposiciones previstas en el Tratado de Amsterdam sobre *cooperación reforzada*⁹ en los ámbitos de la CE y del nuevo tercer pilar (la «Cooperación policial y judicial en materia penal») o sobre *abstención constructiva* en el ámbito de la PESCE¹⁰.

Ahora bien, no creo que el *opting out* en materia monetaria, la *abstención constructiva* en sede de PESCE y la *cooperación reforzada* representen un peligro real para la homogeneidad del Derecho de la Unión Europea¹¹, sino que, al contrario, pueden actuar como motores o incentivos del proceso de integración, evitando su parálisis en determinados ámbitos. Baste señalar, a título ilustrativo, que la *comunitarización* prevista por el Tratado de Amsterdam de los asuntos concernientes a los visados, el asilo y la inmigración no hubiera sido posible si no se hubieran perfilado como ámbitos de cooperación reforzada, permitiendo al Reino Unido, Irlanda y Dinamarca permanecer al margen de las decisiones que se adopten¹². Por lo demás, no debemos olvidar que el recurso a la cooperación reforzada en nuevos

secuencias sobre el contencioso hispano-británico y el proceso de construcción europea, Madrid, 1996 (esp. pp. 113 ss.).

⁵ Véase en este sentido, entre otros, L. TSOLAKIS, «Economic and Monetary Union: The Primacy of High Politics», en H. Wallace y W. Wallace (eds.), *Policy-Making in the European Union*, Oxford, 3.ª ed., 1996 (en pp. 298 ss.); y, entre nosotros, A. OLESTI RAYO, «El proceso de integración europea, la Unión monetaria y la soberanía de los Estados miembros», *GJ*, D-28, 1997, pp. 137-185 (esp. p. 165).

⁶ Véase art. 109 K del TCE (art. 122 tras la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam), así como los *Protocolos sobre determinadas disposiciones relativas al Reino Unido y sobre determinadas disposiciones relativas a Dinamarca* introducidos como anejos al TCE por el TUE. Véase asimismo la Resolución del Consejo Europeo de 16.6.1997 sobre el establecimiento de un mecanismo de tipos de cambio en la tercera fase de la UEM (DOCE C 236). Véase al respecto, entre los últimos trabajos en lengua española, M. LÓPEZ ESCUDERO, «La articulación jurídica de la Unión Económica y Monetaria en su fase definitiva», *RDCE*, n.º 4, 1998, pp. 389-427 (en pp. 399 ss.).

⁷ Véanse los protocolos cit. en nota anterior.

⁸ Véase, en este sentido, M. LÓPEZ ESCUDERO, «La articulación...», *loc. recién cit.* (esp. nota 19 en p. 400).

⁹ Véase el nuevo Título VII del TUE sobre cooperación reforzada (arts. K.15 ss. o 43 ss. en la nueva numeración), el nuevo art. K.12 (art. 40) del Título VI del TUE sobre cooperación policial y judicial en materia penal y el nuevo art. 5 A (art. 11 en la nueva numeración) del TCE.

¹⁰ En cuanto a la abstención constructiva, v. nuevo art. J.13 del TUE (art. 23 en la nueva numeración).

¹¹ Véase, en este sentido, en relación con la cooperación reforzada, el artículo de V. CONSTANTINESCO, «Les clauses de "coopération renforcée". Le protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité», *RTDE*, n.º 4, pp. 751-767 (en p. 757), así como los trabajos de J. M. AREILZA CARVAJAL y A. DASTIS QUECEDO, «Flexibilidad y cooperación reforzadas: ¿Nuevos métodos para una Europa nueva?», *RDCE*, 1997, núm. 1, pp. 9-28 (esp. pp. 18 ss.), y «Cooperaciones reforzadas en el Tratado de Amsterdam: ¿Misión cumplida?», *GJ*, D-29, 1998, pp. 105-142 (esp. p. 139).

¹² Véanse los *Protocolos sobre la aplicación de determinados aspectos del art. 14 del TCE al Reino Unido e Irlanda, sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda y sobre la posición de Dinamarca*, que el Tratado de Amsterdam se propone introducir como anejos al TUE y al TCE.

ámbitos queda sometido por el Tratado de Amsterdam a condiciones estrictas, contenidas en los futuros artículos 43 del TUE y 11 del TCE.

En otro orden de consideraciones, debe admitirse que la homogeneidad del Derecho Comunitario sólo es explicable en función de la de los Estados miembros que, amén de compartir «[...] su adhesión a los principios de libertad y democracia y respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y del Estado de Derecho»¹³, presentan unos niveles de desarrollo económico, social y cultural relativamente equiparables. No cabe duda además que dicha homogeneidad explica en buena medida los logros alcanzados en la consecución del proceso de integración.

B) *El alto grado de institucionalización de los mecanismos de producción normativa y de aplicación*

Los modos de producción normativa de carácter institucionalizado ocupan un lugar central en el Derecho Comunitario¹⁴. En efecto, el acuerdo (*stricto sensu*) entre los Estados miembros se limita a los niveles constituyentes —los Tratados constitutivos—, así como de los pilares intergubernamentales y del Derecho complementario, y no queda espacio, en la práctica, para el proceso consuetudinario. Por el contrario, el Derecho derivado es todo él producto de procesos que encarnan las instituciones comunitarias.

El alto grado de institucionalización también se refleja en las funciones jurisdiccionales atribuidas al Tribunal de Justicia (y al TPI), que dan cuenta de un desplazamiento de los modos tradicionales de arreglo de controversias del Derecho Internacional y de las reglas de responsabilidad internacional en favor de un sistema centralizado de interpretación y de control de legalidad de las normas y otros actos comunitarios, así como de verificación del cumplimiento por los Estados miembros de sus obligaciones comunitarias.

Sobre estos aspectos volveremos en epígrafes posteriores.

C) *Los tintes de supranacionalidad que impregnan el Derecho Comunitario*

Junto a su homogeneidad y su alto grado de institucionalización, el Derecho Comunitario se distingue, en tercer lugar, por ser el fruto de un ejercicio en común de soberanías. En efecto, aun cuando su fundamento reside en la voluntad de los Estados miembros, el Derecho de la Unión Europea se desenvuelve en una *dinámica supranacional*, imprescindible, por otra parte, para el proceso al que sirve¹⁵.

Esa dinámica supranacional se deriva de varios factores. Así, a través de los Tratados constitutivos los Estados miembros han atribuido a las instituciones el ejercicio de un vasto elenco de competencias soberanas, particularmente en el campo normativo. Esta atribución abarca a los diferentes ámbitos de la actividad económica y llega a comportar el desplazamiento de su ejercicio por los Estados en favor de las

¹³ Véase párr. tercero del Prámbulo del TUE.

¹⁴ Véase la obra (ya clásica) de J.-V. LOUIS, *El ordenamiento jurídico comunitario*, 5.ª ed., Luxemburgo, 1995 (esp. pp. 29 ss.).

¹⁵ Véase la (acertada) aproximación al concepto de supranacionalidad de P. PESCATORE, *Le Droit de l'intégration. Emergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des Communautés européennes*, Leiden, 1972 (esp. pp. 48 ss.).

instituciones —*preemption*— en caso de concurrencia (competencias compartidas de carácter concurrente) o, incluso, la renuncia por los Estados a toda intervención (competencias exclusivas). Además el carácter abierto de las competencias atribuidas, unido a la dinámica de la profundización, determinan el carácter igualmente abierto y, sobre todo, evolutivo del proceso de integración.

Por otra parte, el ejercicio de las competencias de carácter normativo se sustancia a través de procesos decisorios —legislativos, si se prefiere— complejos, en los que normalmente intervienen tres instituciones que encarnan distintas representaciones y cuyas relaciones están presididas por los principios del *equilibrio interinstitucional* y de la *cooperación leal*. Sólo una de estas instituciones —el Consejo— tiene una composición intergubernamental. Las otras dos se integran por personalidades independientes —la Comisión— y por representantes elegidos por sufragio universal y directo —el Parlamento—. Además, a pesar de su composición, el Consejo trasciende a los Estados. Así los actos que adopta no se configuran como acuerdos entre ellos, sino como emanación de la institución. Ello es así no sólo porque su aprobación resulte de la aplicación de reglas de mayoría —entre las que la mayoría cualificada ocupa un lugar destacado— o, con frecuencia en la práctica, del consenso, sino porque en su elaboración participan, como se ha dicho, otras dos instituciones, con poderes variables pero nunca desdeñables.

También hemos de recordar que la financiación de las Comunidades —y, en parte, de la PESCE¹⁶ y de la CAJI— se basa en un sistema de recursos propios que contribuye a una (cierta) autonomía de las instituciones respecto de los Estados.

D) *La posición del particular en el Derecho Comunitario*

Por último, el Derecho Comunitario, ha hecho del *particular* —del operador económico especialmente— el destinatario de una buena parte de sus normas, superando con creces el plano de las relaciones interestatales. Ciertamente la creación de un mercado común —un mercado interior tras el Acta Única Europea— no podía lograrse de espaldas a los particulares; más aún, sin implicarles en el proceso.

La posición del particular como destinatario principal del Derecho Comunitario ha traído aparejada su fuerte penetración en los ordenamientos internos de los Estados miembros y, a la postre, explica que el Tribunal de Justicia haya recurrido a notables construcciones jurisprudenciales para favorecer esa penetración. En efecto, la afirmación por el Tribunal de la potencial eficacia directa de cualquier disposición de los Tratados constitutivos o acto de Derecho derivado o el reconocimiento de la obligación de los Estados miembros de reparar los daños causados a los particulares por infracción de sus obligaciones comunitarias sólo se explican por la relevancia que el Derecho Comunitario otorga a los particulares.

Por otro lado, el reconocimiento de una (limitada) legitimación activa del particular ante el Tribunal de Justicia (ante el TPI, en primera instancia, desde su creación) tiene su razón de ser en la competencia de las instituciones comunitarias

¹⁶ V. el trabajo de M. ROBLES CARRILLO, «La financiación de la PESCE», *RIE*, 1995, núm. 1, pp. 101-146. Téngase en cuenta que el Tratado de Amsterdam prevé que la financiación de los gastos operativos de la PESCE y de la CAJI correrán a cargo del presupuesto comunitario, salvo que el Consejo decida lo contrario por unanimidad, invirtiendo así la regla establecida en el TUE (nuevos artículo J.18 y K.13, futuros arts. 28 y 41, respectivamente).

para adoptar actos individuales o actos que pueden afectar de manera directa e individual a personas físicas o jurídicas.

En fin, la emergencia de los derechos fundamentales, de la mano de los principios generales del Derecho, como límite a la actuación de las instituciones, en una rica jurisprudencia del Tribunal de Justicia a la que haremos referencia más tarde, da idea de la incidencia que este ordenamiento tiene en la esfera de los particulares.

2. Las singularidades del Derecho de la Unión Europea ¿lo alejan del Derecho Internacional?, ¿lo acercan al Derecho estatal?

A) *La existencia de elementos de inspiración (parcialmente) estatal*

Las transformaciones experimentadas por el Derecho de la Unión Europea explican la tendencia de algunos especialistas a relegar la perspectiva internacionalista en su estudio. Más aun, hay quienes ven en la evolución de dicho ordenamiento una aproximación a los ordenamientos estatales, que exige abandonar las categorías del Derecho Internacional y recurrir a las categorías propias de dichos ordenamientos.

No se puede negar que el Derecho Comunitario presenta elementos de inspiración estatal. Entre los que habitualmente se citan se encuentran los siguientes: a) la eficacia directa del Derecho Comunitario y su primacía sobre los ordenamientos internos; b) las funciones jurisdiccionales atribuidas al Tribunal de Justicia; c) el principio de cooperación leal; d) la obligación de los Estados miembros de reparar los daños causados a particulares por la violación del Derecho Comunitario; y e) el juego del principio de subsidiariedad en el ejercicio de las competencias comunitarias. Procedamos a su análisis.

a) La eficacia directa del Derecho Comunitario y su primacía frente al Derecho interno

La *eficacia directa* reconocida al Derecho Comunitario y su *primacía* frente al Derecho interno se presentan con frecuencia, en efecto, como rasgos inspirados del modelo estatal. Creo, sin embargo, que esta visión de las cosas en parte revela un cierto desconocimiento de los caracteres del Derecho Internacional y de su evolución.

La primacía de las normas y obligaciones internacionales constituye un principio fundamental del Derecho Internacional. Por otra parte, una porción considerable de las normas y obligaciones internacionales buscan desplegar sus efectos en el orden interno de los Estados e incluso, en ocasiones, reconocen derechos en favor de los particulares, dando lugar a que los ordenamientos estatales admitan (en ciertos casos) su invocabilidad directa ante los tribunales internos (mientras otros exigen su transformación previa en normas nacionales). Es más, el fundamento de la eficacia directa y de la primacía del Derecho comunitario en algunos Estados miembros ha de buscarse en los preceptos constitucionales concernientes al Derecho Internacional¹⁷. Tal es el caso de España pues, si bien el fundamento de su pertenencia a la

¹⁷ Véase al respecto las contribuciones (relativas a Alemania, Bélgica, Dinamarca, España, Francia, Grecia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal, Reino Unido y Suiza) a la utilísima obra *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national. Étude de la pratique en Europe* (P.M. Eisemann, e.), La Haya, 1996 (en pp. 67 ss.).

Unión Europea —y, en particular, de la atribución del ejercicio de competencias soberanas a las Comunidades— se encuentra en el artículo 93¹⁸, la integración del Derecho Comunitario en su ordenamiento interno —excepción hecha de la publicación exclusiva en el *DOCE*— y su posición en él se sustentan en el artículo 96 del texto constitucional.

La eficacia directa y la primacía no son, pues, características privativas del Derecho Comunitario. Otra cosa es que, gracias a la labor del Tribunal de Justicia, estos principios hayan llegado a configurarse como el eje (jurídico) central del proceso de integración, dando lugar a una fuerte penetración del Derecho Comunitario en los ordenamientos internos, explicable, por otra parte, por el papel central que, como se dijo, ocupa el particular en este ordenamiento.

Concretamente la aportación del Tribunal de Justicia ha consistido en llevar a cabo una interpretación de los Tratados constitutivos, basada por lo demás en la regla general consagrada en la Convención de Viena de 1969, conforme a la cual debe entenderse que todo acto o disposición de Derecho Comunitario que reconozca derechos a los particulares y tenga carácter preciso e incondicional engendra —en virtud de los propios Tratados— derechos subjetivos en su favor, extrayendo de esta afirmación las debidas consecuencias, en particular, la afirmación de su primacía sobre cualquier norma interna que resulte incompatible. Así lo reconocía el abogado general Marco Darmon en el asunto *Demirel*, al destacar que, de acuerdo con la jurisprudencia del TJCE, la voluntad de los Estados miembros de atribuir por los Tratados constitutivos derechos subjetivos debe considerarse definitivamente asentada¹⁹.

Hay pues que buscar en la voluntad de las partes, plasmada en los Tratados constitutivos, el fundamento de la eficacia directa del Derecho Comunitario. Una voluntad, aquélla, que ha exigido a algunos Estados miembros acomodar su ordenamiento interno a los efectos de hacer posible el reconocimiento por los jueces nacionales de eficacia directa a las disposiciones de los Tratados constitutivos o a los actos emanados de las instituciones, sin necesidad, por lo que se refiere al Derecho derivado, de acudir a un acto interno de transformación en cada caso, ni de proceder, siquiera, a su publicación (oficial) interna. Baste pensar en la promulgación por el Reino Unido en 1972 de la *European Communities Act*²⁰.

Una vez afirmada la potencial eficacia directa de toda disposición de Derecho Comunitario, la jurisprudencia del TJCE ha sido capaz de desplegar toda su virtualidad gracias al principio de primacía del Derecho Internacional sobre los ordenamientos estatales, tal y como se expresa en el artículo 27 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, conforme al cual un Estado no puede invocar los preceptos de su Derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

En apoyo de la asimilación del principio de primacía del Derecho Comunitario con la primacía del Derecho Internacional sobre el Derecho estatal es posible es-

¹⁸ Para una interpretación más amplia del art. 93 de la Constitución, véase A. MANGAS MARTÍN, *Derecho comunitario europeo y Derecho español*, 2ª ed., Madrid, 1987 (en pp. 23 ss.); y de la misma autora, «La Declaración del Tribunal Constitucional sobre el artículo 13.2 de la Constitución (derecho de sufragio pasivo de los extranjeros): la reforma constitucional innecesaria e insuficiente», *REDI*, 1992, núm. 2, pp. 381-393 (esp. pp. 391 ss.). Cf. L. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, «El artículo 93 CE y el bloque de la constitucionalidad: algunos problemas», en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al prof. E. García de Enterría*, Madrid, 1991, t. I, pp. 219-250 (esp. pp. 233 ss.).

¹⁹ Resuelto por st. de 30.9.1987 (as. 12/86, *Rec.*, pp. 3719 ss., párr. 18 de las concl.).

²⁰ V. de nuevo la obra *L'intégration du droit international...* (P.M. Eisemann, e.), *op. cit.* (en pp. 67 ss.).

gimir diversos argumentos. En primer lugar, la primacía del Derecho Comunitario tampoco comporta, a diferencia de la primacía del Derecho federal, la nulidad de las normas internas que resulten incompatibles, sino, de acuerdo con los términos de la sentencia de 1978 en el asunto *Simmmenthal*²¹, la simple inaplicación de éstas²². Es verdad que el Tribunal señaló en dicha sentencia que la primacía del Derecho Comunitario impide «[...] la adopción válida de nuevos actos legislativos nacionales en la medida en que éstos fueran incompatibles con normas comunitarias»²³. Sin embargo, como ha señalado Gil Carlos Rodríguez Iglesias, esta afirmación del TJCE no puede considerarse como expresión de un principio general²⁴. El Derecho Comunitario se contenta —como el Derecho Internacional— con su aplicación preferente frente a las normas o actos nacionales incompatibles. Otra cosa es que algunos ordenamientos internos atribuyan por sí mismos consecuencias a la primacía del Derecho Comunitario respecto de la validez de las normas o actos nacionales incompatibles con aquél. Así, por ejemplo, la Sala 3.ª del Tribunal Supremo en España ha admitido que la violación del Derecho Comunitario constituye motivo suficiente para impugnar la validez de los reglamentos nacionales²⁵.

Cierto es, sin embargo, que sólo el Derecho Comunitario ha sido capaz de remover la resistencia de algunos órganos internos a admitir determinadas consecuencias del principio de primacía, como es la preminencia frente a las leyes nacionales posteriores. Ejemplo paradigmático es la decisión del Consejo de Estado francés de 1989 en el asunto *Nicolo*, en la que la alta jurisdicción administrativa procede a una nueva interpretación del artículo 55 de la Constitución francesa para afirmar la primacía de toda disposición comunitaria también respecto de las leyes adoptadas con posterioridad por la Asamblea francesa²⁶.

En segundo lugar, considero de interés señalar que si la afirmación de la primacía del Derecho Internacional respecto de toda norma nacional no encuentra siempre acomodo en las constituciones nacionales —con excepciones notables, como la Constitución de los Países Bajos— y en los pronunciamientos de los tribunales constitucionales²⁷, la situación no es muy distinta con el Derecho Comu-

²¹ St. de 9.3.1978 (as. 106/77, *Rec.*, pp. 629, fallo).

²² Véase, *per omnia*, G. TESAURO, «La sanction des infractions au droit communautaire», *RDE*, 1992, núm. 2, pp. 477-509 (en pp. 489 ss.) (el texto corresponde al *Rapport général* presentado en el XV Congreso de la FIDE, *Rapports pour le XV Congrès de la FIDE*, vl. II: *La sanction des infractions au droit communautaire*, Lisboa, 1992, pp. 155 ss.).

²³ St. recién cit. (consid. 17).

²⁴ G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, «El Derecho Comunitario Europeo», cap. LXXV de la obra de M. DíEZ DE VELASCO, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, t. II: *Organizaciones Internacionales*, 7.ª ed., Madrid, 1992 (en p. 382).

²⁵ Véanse las sts. de 7.3.1994, 2.3.1995, 16.7.1996 o de 3.11.1997 (tomadas, respectivamente, de *GJ*, B-99, 1994, pp. 77 ss.; *Aranzadi*, RJA 195/2192, *La Ley*, 1996, n.º 5, pp. 1193 ss. y *La Ley*, 1998, n.º 4471, pp. 15 ss.).

Atendiendo a las disposiciones de la nueva Ley 29/1998 de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, cabe sostener tanto la posibilidad de una impugnación directa como indirecta (a través de la nueva cuestión de ilegalidad) de un reglamento nacional por ser contrario al Derecho Comunitario.

²⁶ Véase un texto en *RTDE*, 1989, núm. 4, pp. 771-797. Véanse, entre otros, los comentarios de J. BOULOUIS, «A propos de l'arrêt Nicolo», *RGDIP*, 1990, núm. 1, pp. 91-102; y J. DEHAUSSY, «La supériorité des normes internationales sur les normes internes: à propos de l'arrêt du Conseil d'Etat du 20 octobre 1989, Nicolo», *JDI*, 1990, núm. 1, pp. 5-33.

²⁷ Véase. A. REMIRO y R. RIQUELME, J. DíEZ-HOCHLEITNER, E. ORIHUELA y L. PÉREZ-PRAT, *Derecho Internacional*, Madrid, 1997 (en pp. 398 ss.).

nitario. Dejando a un lado la aplicabilidad a los Tratados constitutivos y demás actos de Derecho primario de los controles preventivos establecidos en algunos ordenamientos constitucionales con vistas a asegurar la compatibilidad de aquéllos con la Constitución —experimentados en España por primera vez con ocasión del proceso de ratificación del TUE²⁸—, ningún Tribunal constitucional ha reconocido la primacía del Derecho Comunitario sobre el propio Derecho constitucional, lo que, como también ha señalado Gil Carlos Rodríguez Iglesias, no es sorprendente dada su función²⁹. Por el contrario, la Corte Constitucional italiana y el Tribunal Constitucional alemán han puesto en entredicho la afirmación de dicha primacía, a pesar del pronunciamiento del Tribunal de Justicia en su sentencia de 1970 en el asunto *Internationale Handelsgesellschaft*³⁰, y con ello —a la postre— el monopolio del TJCE en el control de la validez de los actos de Derecho derivado³¹.

Así, el Tribunal alemán declaraba en el asunto *Solange I* que, a falta de un catálogo comunitario de derechos fundamentales, la primacía del Derecho comunitario no excluía su competencia para enjuiciar, a petición de los jueces nacionales, la compatibilidad de un reglamento comunitario con los derechos fundamentales consagrados en la Ley Fundamental de Bonn, declarando inconstitucional, en su caso, todo acto del Estado encaminado a la aplicación de dicho reglamento³². El Tribunal Constitucional matizó —si no revisó— el pronunciamiento anterior en su sentencia de 1986 en el asunto *Solange II*, afirmando que en la medida en que la CE cuenta con un estándar de protección equiparable en lo esencial a la Ley Fundamental, gracias a la jurisprudencia del TJCE, no procedía —mientras así fuera— examinar la conformidad del Derecho Comunitario derivado con la Constitución alemana³³. Pero en su sentencia de 12 de octubre de 1993, relativa a la constitucionalidad del TUE, el Tribunal vuelve una vez más sobre su doctrina precisando esta vez que, si bien el TJCE garantiza la protección de los derechos fundamentales en cada caso particular para la totalidad del territorio comunitario, corresponde no obstante al Tribunal Constitucional garantizar mediante sus competencias «[...] que se asegure de modo general una protección eficaz de los derechos fundamentales para los habitantes de Alemania incluso frente a la(s) [...] Comunidades»³⁴. En la línea de los

²⁸ Declaración del Tribunal Constitucional de 1.1.1992 relativa al TUE (BOE, 24.7.1992). V. el comentario de A. MANGAS MARTÍN, «La Declaración...», *loc. cit.* (pp. 381 ss.).

²⁹ G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, «Tribunales constitucionales y Derecho comunitario», en *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Homenaje al Prof. M. Díez de Velasco*, Madrid, 1993, pp. 1175-1200 (en pp. 1191-1192).

³⁰ St. de 17.12.1970 (as. 11/70, *Rec.*, pp. 1125 ss., consid. 3). V. asimismo las sts. de 17.5.1972 en el as. *Leonese* (as. 93/71, *Rec.*, p. 297) o de 17.12.1980 en el as. *Comisión c. Bélgica* (as. 149/79, *Rec.*, p. 3881).

³¹ Véase al respecto el trabajo de G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS recién cit. (esp. en pp. 1191 ss.).

³² Decisión de 29.5.1974 (el texto en español se encuentra en *Bol. Jurisp. Constitucional*, 1986-58, pp. 249 ss.).

³³ St. de 22.10.1986 (el texto en español se encuentra en *RJE*, 1987, núm. 3, pp. 881 ss.). Véase el comentario de G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS y U. WÖLKER, «Derecho comunitario, derechos fundamentales y control de constitucionalidad: La Decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán de 22 de octubre de 1986», *RJE*, 1987, núm. 3, pp. 667 ss.

³⁴ Apdo. B de la st. (texto en español de la st. en *RJE*, 1993, núm. 3, pp. 975 ss.). V. en lengua española el comentario de M. BACIGALUPO, «La constitucionalidad de la Unión Europea en Alemania (la sentencia del Tribunal constitucional Federal de 12 de octubre de 1993)», *GJ*, D-21, 1994, pp. 7-45.

Véase, también, la reciente st. del Tribunal alemán de 31.3.1998, en la que desestima dos recursos de amparo contra la participación de Alemania en la tercera fase de la UEM; como ha señalado R. NARANJO DE LA CRUZ, el Tribunal manifiesta en ella una notable autocontención (texto de la st., con nota del cit. autor, en *RDCE*, n.º 4, 1998, pp. 745 ss.).

pronunciamientos del Tribunal alemán se mueven igualmente las sentencias de la *Corte Costituzionale* en los asuntos *Frontini*, *Granital* o *Fragd*.

En España, si bien el problema no se ha planteado ante el Tribunal Constitucional, éste, no obstante, no ha perdido la ocasión de calificar al Derecho comunitario como «infraconstitucional» en la célebre sentencia de 14 de febrero de 1991³⁵.

En conclusión, podemos afirmar que el fundamento de la eficacia directa del Derecho Comunitario se encuentra en la voluntad de los Estados miembros, plasmada en los Tratados constitutivos, y el de su primacía sobre el Derecho interno en las normas de Derecho Internacional general.

Pero antes de concluir este punto, no podemos dejar de insistir sobre dos aspectos. Primero, sobre el protagonismo que los principios de eficacia directa y primacía han adquirido en el Derecho Comunitario. Y segundo, sobre las facilidades que en la aplicación de dichos principios ha encontrado el Derecho Comunitario, gracias a labor del Tribunal de Justicia y a la intensa colaboración de éste con los tribunales nacionales a través de ese extraordinario instrumento que es la cuestión prejudicial³⁶.

b) Las funciones jurisdiccionales atribuidas al Tribunal de Justicia

Hay que admitir, en cambio, que las funciones jurisdiccionales atribuidas al Tribunal de Justicia —y al TPI— no son las propias de un tribunal internacional, al menos de un tribunal internacional clásico, excepción hecha de la posibilidad, nunca experimentada, de resolver las controversias que le sometan los Estados miembros en virtud de compromisos (artículo 182 del TCE) y, en parte, de su competencia para conocer de una demanda de un Estado miembro contra otro por incumplimiento del Derecho Comunitario (artículo 170, al que los Estados miembros han recurrido excepcionalmente en la práctica). En efecto, como ha subrayado Renaud Dehousse, entre otros, el Tribunal cumple sobre todo funciones de justicia constitucional y de justicia administrativa³⁷. Además, se erige en jurisdicción obligatoria —consentida, cierto es, por los Estados miembros mediante los Tratados constitutivos— y (relativamente) abierta a los particulares³⁸.

Limitándonos a las funciones que permiten una cierta identificación del TJCE con los tribunales constitucionales, debemos empezar subrayando el control de legalidad que ejerce, en monopolio, a través del recurso de anulación y de la cuestión

³⁵ St. 28/1991, de 14 de febrero, *Parlamento vasco* (BOE de 15.3.1991). Véase el comentario (muy crítico) de A. MANGAS MARTÍN, «La Constitución y la Ley ante el Derecho comunitario», *RIE*, 1991, núm. 2, pp. 587 ss.

Véase también la st. del Tribunal Constitucional 64/1991, de 22.3.1992, en el as. *APESCO* (BOE de 24.4.1991), y el comentario de P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, «Nota a la STC 64/1991 de 22 de marzo», *REDI*, 1991, núm. 2, pp. 454 ss.

³⁶ Véase, *per omnia*, en la doctrina española, D. RUIZ-JARABO COLOMER, *El juez nacional como juez comunitario*, Madrid, 1993 (esp. en pp. 71 ss.).

³⁷ R. DEHOUSSE, *La Cour de justice des Communautés européennes*, París, 1994 (en pp. 19 ss.); en el mismo sentido, véase G. ISAAC, *Manual de Derecho Comunitario General*, 3.ª ed., Barcelona, 1995 (en pp. 253 ss.).

³⁸ En relación con las competencias del Tribunal de Justicia, no podemos dejar de mencionar las obras de G. VANDERSANDEN y A. BARAV, *Le contentieux communautaire*, Bruselas, 1977; H. G. SCHERMERS y D. WAELEBROEK, *Judicial Protection in the European Communities*, 5.ª ed., Deventer-Boston, 1992; y, K. LASOK, *The European Court of Justice des Communautés Européennes*, París, 1995.

prejudicial de validez³⁹. Como ha escrito Gil Carlos Rodríguez Iglesias, a través de dichas vías de recurso, el Tribunal no sólo realiza un control de legalidad en sentido estricto (es decir, de la conformidad de los actos de carácter administrativo con las normas que les sirven de fundamento), sino también de constitucionalidad, que tiene por objeto revisar la conformidad de los actos normativos de carácter general (emanados de las instituciones), con los Tratados constitutivos⁴⁰. Desde esta perspectiva, cabe señalar un cierto paralelismo entre la cuestión prejudicial y el recurso de anulación, por una parte, y la cuestión y el recurso de inconstitucionalidad verificables ante nuestro Tribunal Constitucional, por otra. Ciertamente es, sin embargo, que en el marco de otras Organizaciones Internacionales también se da este tipo de control, de legalidad/constitucionalidad. Cabe sostener que la propia CIJ lo ejerce a través de la función consultiva, aunque de forma indirecta y en escasas ocasiones⁴¹. La sentencia de 27 de febrero de 1988 en el *asunto relativo a cuestiones de interpretación y de aplicación del Convenio de Montreal de 1971 resultantes del incidente aéreo de Lockerbie* (excepciones preliminares) incita a pensar que la CIJ podría llegar a ejercer dicho control, de forma igualmente indirecta, en el ejercicio de su jurisdicción contenciosa⁴².

También el control del incumplimiento del Derecho Comunitario por los Estados miembros presenta perfiles constitucionales⁴³. Y lo mismo puede decirse, en fin, del control previo de los acuerdos internacionales por el TJCE previsto en el artículo 228.6 del TCE⁴⁴.

En otro orden de consideraciones, las funciones atribuidas al Tribunal de Justicia le han conducido a situar su sistema de interpretación, en palabras de J. Mertens de Wilmar, «en un contexto normativo e institucional de naturaleza constitucional»⁴⁵, que, a mi entender, se retroalimenta. Así, podemos observar cómo el Tribunal se inclina por interpretaciones extensivas de las obligaciones que se derivan para los Estados miembros de los Tratados constitutivos o de las competencias atribuidas por éstos a las instituciones comunitarias; como, por el contrario, interpreta de manera restrictiva las excepciones que limitan el alcance de dichas obligaciones⁴⁶; con qué

³⁹ La excepción de ilegalidad no constituye una vía de recurso propiamente dicha, sino un instrumento incidental (véase, *per omnia*, el reciente trabajo de F. J. CARRERA HERNÁNDEZ, *La excepción de ilegalidad en el sistema jurisdiccional comunitario*, Madrid, 1997).

⁴⁰ G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, «El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», en *El Derecho Comunitario Europeo y su aplicación judicial* (G. C. Rodríguez Iglesias y D. J. Liñán Noguera, eds.), Madrid, 1993, pp. 373-402 (en p. 384).

⁴¹ V. en este sentido A. REMIRO y R. RIQUELME, J. Díez-Hochleitner, E. Orihuela y L. Pérez-Prat, *op. cit.* (en pp. 312 ss.).

⁴² Véanse, especialmente, los consid. 42 ss. (tomada de Internet: <http://www.icj-cij.org>).

⁴³ Véase, en este sentido, J. MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, *El sistema de competencias de la Comunidad Europea*, Madrid, 1997 (en pp. 100-101).

⁴⁴ Clásico resulta citar en apoyo de esta afirmación el artículo de R. KOVAR, «La compétence consultative de la Cour de justice et la procédure de conclusion des accords internationaux de la Communauté européenne», en *Le Droit international: unité et diversité. Mélanges offerts à P. Reuter*, París, 1981, pp. 357-377 (esp. en pp. 374 ss.). Véase también M. Díez de Velasco, «La competencia consultiva del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», en el *Derecho Comunitario y su aplicación judicial* (G. C. Rodríguez Iglesias y D. J. Liñán Noguera, eds.), Madrid, 1993, pp. 573-594 (esp. en p. 592).

⁴⁵ J. MERTENS DE WILMAR, «Réflexions sur les méthodes d'interprétation de la Cour de justice des Communautés européennes», *CDE*, 1986, núm. 1, pp. 5-20 (en pp. 8 ss.). Véase, con carácter general, la obra de J. BENOÏT-XEA, *The Legal Reasoning of the European Court. Towards a European Jurisprudence*, Oxford, 1993.

⁴⁶ Véase, a este respecto, entre otros, R. DEHOUSSE, *La Cour...*, *op. cit.* (en pp. 56 ss.).

frecuencia recurre a los principios generales del Derecho para colmar lagunas e insuficiencias del ordenamiento comunitario, optando, como ha señalado Ricardo Alonso García, por los criterios de mayor progresividad y carácter funcional en la incorporación⁴⁷... En síntesis, el Tribunal acoge un método de interpretación caracterizado por la importancia otorgada al elemento teleológico, cuya principal manifestación se encuentra en el recurso al principio del *efecto útil*, y el papel casi secundario atribuido a la interpretación gramatical⁴⁸.

Ahora bien, el desarrollo de este método interpretativo por el TJCE no se explica solamente por las funciones de tipo constitucional que le atribuyen los Tratados constitutivos, sino igualmente por otros factores, entre los que merecen ser destacados la articulación de los contenidos normativos de aquéllos en función de los objetivos proclamados especialmente en los artículos 2 y 3 del TCE —uno de cuyos exponentes más claros se encuentra en el método funcional que preside la atribución de competencias a las instituciones—, en la envergadura de dichos objetivos (la integración), en la dinámica del proceso que presiden los Tratados y en la atribución al Tribunal de Justicia del monopolio de la interpretación del Derecho Comunitario.

c) El principio de cooperación leal

Una lectura superficial del artículo 5 del Tratado CE (artículo 10 tras la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam) podría llevarnos a pensar que en él se procede simple y llanamente a la afirmación del principio *pacta sunt servanda*. Sin embargo, el estudio de la jurisprudencia comunitaria pone de relieve que su alcance trasciende dicho principio⁴⁹, para dar respuesta a las necesidades propias de la estructura comunitaria. Como ha puesto de relieve en la doctrina española José Martín y Pérez de Nanclares⁵⁰, de la interpretación desarrollada por el Tribunal de Justicia se puede extraer un gran paralelismo entre las obligaciones derivadas del artículo 5 y el principio de lealtad federal.

Sin olvidar que el referido artículo 5 impone no sólo una obligación de cooperación leal de los Estados miembros con las instituciones comunitarias, sino igualmente de éstas con aquéllos⁵¹ y de las instituciones entre sí⁵², nos fijaremos en la

⁴⁷ R. ALONSO GARCÍA, *Derecho Comunitario. Sistema constitucional y administrativo de la Comunidad Europea*, Madrid, 1994 (en pp. 238 ss.).

⁴⁸ Véase esp. P. PESCATORE, «Les objectifs de la Communauté européenne comme principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour de justice. Contribution à la doctrine de l'interprétation téléologique des traités internationaux», en *Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch*, Bruselas-París, 1984, vl. 2, pp. 325-363 (esp. en pp. 327 ss.); y, W. GANSHOF VAN DER MEERSCH, «L'ordre juridique des Communautés européennes et le droit international», *R. des C.*, 1975-V (t. 148), pp. 1-433 (en pp. 274 ss.).

Cf. con las reglas de interpretación de la Convención de Viena de 1969 y a tal fin véase A. REMIRO BROTONS, *Derecho Internacional Público.2. Derecho de los Tratados*, Madrid, 1987 (en pp. 306 ss.), y C. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, *La interpretación de las normas internacionales*, Pamplona, 1996 (esp. pp. 71 ss.).

⁴⁹ Véase, en este sentido, V. CONSTANTINESCO, «L'article 5 du Traité CEE. De la bonne foi à la loyauté communautaire», en *Liber amicorum P. Pescatore*, Baden-Baden, 1987, pp. 97-114 (en pp. 100 ss.).

⁵⁰ J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, *El sistema...*, op. cit. (en pp. 55-56).

⁵¹ Un buen exponente lo encontramos en el auto del TJCE de 13.7.1990 en el as. *Zwartveld* (as. C-2/88, *Rec.*, pp. I-3365 ss.), en el que el Tribunal afirma la obligación de la Comisión de cooperar con los tribunales nacionales en su función de aplicación del Derecho Comunitario (consid. 18 ss.).

⁵² Baste citar la st. de 30.3.1995, *Parlamento Europeo c. Consejo* (as. C-65/93, *Rec.*, pp. I-643 ss.), en la que el TJCE desestima un recurso de anulación interpuesto por el Parlamento contra un reglamento adoptado por el Consejo sin esperar al dictamen preceptivo de aquél, estimando que el Parlamento no había atendido a

primera de las dimensiones referidas⁵³. En relación con la misma, nos interesa resaltar que el artículo 5 ha servido a algunos de los desarrollos más sobresalientes en el ordenamiento comunitario, para los que ni el principio *pacta sunt servanda* ni los principios de primacía y de eficacia directa bastaban. Nos referimos, entre otras, a: a) la obligación de los tribunales de los Estados miembros de suspender cautelarmente la aplicación de las normas nacionales que resulten contrarias al Derecho comunitario; b) la obligación de llevar a cabo una interpretación conforme de las normas nacionales con el Derecho comunitario en sede de aplicación judicial; y c) la obligación de las autoridades estatales competentes de controlar el respeto del Derecho comunitario en su territorio, sancionando a los particulares en caso de incumplimiento, en condiciones análogas —de fondo y de procedimiento— a las aplicables en los supuestos de infracción del Derecho nacional.

En síntesis, el artículo 5 ha contribuido decisivamente a asegurar la plena eficacia del Derecho Comunitario en los ordenamientos internos y, a la vez, una adecuada protección de los justiciables, dando lugar a *algo más* que un proceso de asimilación del Derecho Comunitario a las normas de producción nacional. Veámoslo.

Por lo que se refiere a la adopción de medidas cautelares por el juez nacional en defensa del Derecho Comunitario, la sentencia de 1990 en el asunto *Factortame I* constituye un punto de referencia inexcusable⁵⁴.

La Cámara de los Lores había planteado al Tribunal de Justicia por vía prejudicial si el Derecho Comunitario se opone a que una norma interna impida —como es el caso en el Reino Unido— la suspensión provisional de una ley cuando dicha suspensión se solicita en atención a que la ley parece, *prima facie*, contraria al propio Derecho Comunitario. Pues bien, tras recordar que, según su propia jurisprudencia⁵⁵, corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales, en virtud del principio de cooperación establecido por el artículo 5, proporcionar a los justiciables la protección jurídica de los derechos que les confiere el ordenamiento comunitario, el Tribunal de Justicia concluía que «[...] la plena eficacia del Derecho Comunitario se vería igualmente reducida si una norma de Derecho nacional pudiera impedir al juez, que conoce de un litigio regido por el Derecho Comunitario, conceder medidas provisionales para garantizar la plena eficacia de la resolución judicial que debe recaer acerca de la existencia de los derechos invocados con base en el Derecho Comunitario», añadiendo que «[...] el juez que, en estas circunstancias, concedería medidas provisionales si no se opusiera a ello una norma de Derecho nacional está obligado a excluir la aplicación de esta última norma»⁵⁶.

El Tribunal de Justicia, cierto es, no llegaría en *Factortame* a señalar en qué condiciones un juez nacional debe suspender cautelarmente la aplicación de una norma o acto nacional por ser contrario al Derecho Comunitario. En efecto, la

su obligación de cooperación leal con esta última institución. Véase el comentario de N. NAVARRO BATISTA, «La aprobación de un acto sin el dictamen preceptivo del Parlamento Europeo: el deber de cooperación leal», *Comunidad Europea* (Aranzadi), núm. 8-9, 1995, pp. 41-45.

⁵³ Para un estudio completo y profundo (aunque denso) del precepto, véase M. BLANQUET, *L'article 5 du Traité CEE Recherche sur les obligations de fidélité des États membres de la Communauté*, París, 1994.

⁵⁴ St. de 19.6.1990 (as. C-213/89, *Rec.*, pp. I-2433 ss.). V. los comentarios de D. SIMON y A. BARAV, «Le Droit communautaire et la suspension provisoire des mesures nationales. Les enjeux de l'affaire Factortame», *RMC*, 1990, núm. 340, pp. 591-597; y, en España, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La batalla por las medidas cautelares*, 2.ª ed., Madrid, 1995 (en pp. 105 ss.). Véase, desde otra perspectiva, el trabajo de J. JUSTE RUIZ, «El contencioso pesquero hispano-británico ante el TJCE», *RIE*, 1991, núm. 3, pp. 771-800 (esp. pp. 790 ss.).

⁵⁵ Sts. de 10.7.1980 en los as. *Ariete* (as. 811/79, *Rec.*, pp. 2545 ss.) y *Mireco* (as. 826/79, *Rec.*, pp. 2559 ss.).

⁵⁶ Consid. 21 de la st.

sentencia remite tales condiciones al Derecho interno de los Estados miembros, limitándose a excluir la aplicabilidad en este caso de la norma británica que impedía la suspensión cautelar de la ley. Pero de la sentencia se desprende que el recurso a la justicia cautelar en defensa de los derechos conferidos en virtud del Derecho Comunitario constituye una exigencia para los jueces nacionales, derivada del artículo 5 del TCE.

Huelga explicar que la sentencia *Factortame* ha contribuido de forma considerable a reforzar la posición de los tribunales nacionales como órganos de aplicación del Derecho Comunitario. Lo mismo cabe decir de las sentencias *Zuckerfabrik y Atlanta*⁵⁷, en las que se admite, esta vez, que un tribunal nacional puede suspender cautelarmente una medida nacional de aplicación de un acto comunitario o incluso el propio acto comunitario debido a la apariencia de ilegalidad de este último, siempre que se atenga a las condiciones que aplicaría el Tribunal de Justicia —esto es, *fumus boni iuris*, *periculum in mora* y equilibrio de intereses— y que plantee cuestión prejudicial de validez respecto del acto comunitario considerado. En su conjunto estas sentencias representan, en palabras de Gil Carlos Rodríguez Iglesias, una de las manifestaciones más espectaculares del desarrollo jurisprudencial comunitario⁵⁸.

El artículo 5 del TCE también ha sido invocado por el Tribunal de Justicia como fundamento de la jurisprudencia *Marleasing*, conforme a la cual, sin perjuicio de la posible eficacia directa del Derecho Comunitario, el juez nacional está obligado a interpretar el Derecho nacional a la luz de aquél.

Concretamente en la sentencia *Marleasing* de 1990, el Tribunal de Justicia fue llamado por un juez de Oviedo a considerar un supuesto regulado por una directiva comunitaria en materia de Derecho de sociedades. Pues bien, tras descartar la eficacia directa en el caso de autos de la directiva, por tratarse de un litigio entre particulares (relación *horizontal*), y advertir que, en consecuencia, el juez nacional debía estar a lo dispuesto en determinados preceptos del Código civil cuyo tenor literal no es conforme a dicha directiva, afirmó que: «al aplicar el Derecho nacional, ya sean disposiciones anteriores o posteriores a la directiva, el órgano jurisdiccional nacional que debe interpretarlo está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la Directiva»⁵⁹.

Este pronunciamiento llegaba mucho más lejos, pues, que la sentencia de 1984 en el asunto *Von Colson y Kamann*⁶⁰. En esta última sentencia el Tribunal se había

⁵⁷ Sts. de 21.2.1991 (as. as. C-143/88 y C-92/89, Rec., pp. I-415 ss.) y de 9.11.1995 (as. C-465/93, Rec., pp. I-3761 ss.), respectivamente.

En relación con estas sts. y, en general, con la evolución de la jurisprudencia del TJCE en la materia, véase G. TESAURO, «Les mesures provisoires dans le système communautaire», en *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Homenaje al prof. M. Díez de Velasco*, Madrid, 1993, pp. 1241-1254; G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, «La tutela judicial cautelar en el Derecho comunitario», en *El Derecho Comunitario Europeo y su aplicación judicial* (G. C. Rodríguez Iglesias y D. J. Liñán Noguerras, eds.), Madrid, 1993, pp. 633-652; y J. M. SOBRINO HEREDIA, «La incidencia del Derecho comunitario sobre la facultad de los órganos jurisdiccionales nacionales de adoptar medidas cautelares de contenido positivo (Comentario a la st. Atlanta del TJCE de 9.11.1995)», *RIE*, 1996, núm. 3, 1996, pp. 779 ss.

⁵⁸ G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, «La tutela...», *loc. recién cit.* (en p. 651).

⁵⁹ St. de 13.11.1990 (as. 106/89, Rec., pp. I-4135 ss., consid. 8). V. también las sts. de 16.12.1993 en el as. *Wagner Miret* (as. C-334/92, Rec., pp. I-6911 ss., consid. 20) y de 14.7.1994 en el as. *Faccini Dori* (as. C-91/92, Rec., pp. I-3325 ss., consid. 26).

⁶⁰ St. de 10.4.1984 (as. 14/83, Rec., pp. 1891 ss.).

limitado a señalar —entroncando con una elemental regla de interpretación jurídica— que las normas de transposición de una directiva deben ser interpretadas a la luz de esta última.

Admitirán conmigo que la obligación de interpretación conforme establecida en la sentencia *Marleasing*, aunque no imponga al juez nacional una interpretación *contra legem* del Derecho nacional⁶¹ —cosa que algunos han pretendido y que a la postre hubiera resultado, en el caso de autos, en la afirmación de la eficacia directa horizontal de la directiva considerada—, excede con mucho el juego de los principios *pacta sunt servanda* y de primacía del Derecho Internacional.

Por lo que hace de la obligación de las autoridades estatales competentes de controlar el respeto del Derecho comunitario en su territorio, sancionando a los particulares en caso de incumplimiento, el Tribunal de Justicia, tras invocar el artículo 5 del TCE, afirmaba en su sentencia de 1989 en el asunto *Maíz griego* que, aun conservando libertad para elegir las sanciones, «[...] los Estados miembros deben procurar, en particular, que las infracciones del Derecho Comunitario sean sancionadas en condiciones análogas de fondo y de procedimiento a las aplicables a las infracciones del Derecho nacional cuando tengan una índole y una importancia similares y que, en todo caso, confieran un carácter efectivo, proporcionado y disuasorio a la sanción», añadiendo, además, que «[...] las autoridades nacionales deben proceder con la misma diligencia que utilizan para la aplicación de las respectivas legislaciones nacionales»⁶².

No creo que dicha obligación, tal y como se perfila por el TJCE y teniendo en cuenta el alcance que le confiere, tenga precedente alguno en la jurisprudencia internacional.

d) La obligación de los Estados miembros de reparar los daños causados a particulares en violación del Derecho Comunitario

Basándose también en parte en el artículo 5 del Tratado CE, en su sentencia de 1991 en el asunto *Francovich* el TJCE estableció el principio de la responsabilidad patrimonial de los Estados miembros por los daños causados a particulares en violación del Derecho Comunitario. Concretamente señalaba que, como ya había apuntado en su sentencia *Humblot* de 1969⁶³, entre las obligaciones que se derivan de dicho precepto se encuentra la de «eliminar las consecuencias ilícitas de una violación de Derecho Comunitario»⁶⁴.

Conforme a este principio, en caso de que un Estado miembro cause daños a un particular en violación del Derecho Comunitario, el particular en cuestión puede re-

⁶¹ Véanse, al respecto, las consideraciones de D. J. LIÑÁN NOGUERAS en A. MANGAS MARTÍN y D. J. LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Madrid, 1996 (en p. 417).

⁶² St. de 21.9.1989 (as. 68/88, *Rec.*, pp. 2965 ss., consid. 24-25).

Véanse, en relación con esta cuestión, los artículos de A. BARAV, «L'incidence du droit communautaire sur le pouvoir répressif national», en *Rechtvergleichung, Europarecht und Staatenintegration. Gedächtnisschrift für L.-J. Constantinesco*, Colonia, 1983, pp. 9 ss.; y, C. HAGUENAU, «Sanctions pénales destinées à assurer le respect du droit communautaire», *RMC*, núm. 367, 1993, pp. 351 ss.

⁶³ St. de 16.12.1969 (as. 6/60, *Rec.*, pp. 1125 ss. Véanse también, entre otras, las sts. de 22.1.1976 en el as. *Russo* (as. 60/75, *Rec.*, pp. 45 ss.) y de 16.12.1976 en el as. *Rewe* (as. 33/76, *Rec.*, pp. 1989 ss.). V. en relación con la jurisprudencia anterior a la st. *Francovich* el interesante trabajo de D. SIMON y A. BARAV, «La responsabilité de l'administration nationale en cas de violation du droit communautaire», *RMC*, núm. 305, 1987, pp. 165-174.

⁶⁴ St. de 19.11.1991 en el as. *Francovich* (as. ac. C-6 y 9/90, *Rec.*, pp. I-5357 ss., consid. 36).

clamar la reparación de tales daños en el marco del Derecho nacional en materia de responsabilidad, acudiendo a los órganos jurisdiccionales y a las modalidades procesales que en él se determinen.

La autonomía procesal del Estado miembro presenta, sin embargo, un carácter subordinado respecto de la protección efectiva de los derechos de los particulares; la sentencia *Francovich* señalaba a este respecto que «[...] las condiciones, de fondo y de forma, establecidas por las diversas legislaciones nacionales en materia de indemnización no pueden ser menos favorables que las referentes a reclamaciones semejantes de naturaleza interna y no pueden articularse de manera que hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil obtener la indemnización»⁶⁵.

Los últimos desarrollos de la jurisprudencia *Francovich* han permitido perfilar mejor el alcance de la misma⁶⁶. A estos desarrollos ha contribuido singularmente la sentencia de 1996 en los asuntos *Brasserie du pêcheur* y *Factortame III*, en la que, entre otras cosas, se precisan los requisitos necesarios para que surja el derecho a una indemnización por la acción normativa de los Estados miembros, requisitos que coinciden sustancialmente con los que el propio TJCE ha establecido en materia de responsabilidad extracontractual de la Comunidad⁶⁷, a saber, que la norma jurídica violada tenga por objeto conferir derechos a particulares, que la violación esté suficientemente caracterizada y, por último, que exista una relación de causalidad directa entre la infracción de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las víctimas.

El régimen de responsabilidad construido por el TJCE presenta, a todas luces, diferencias notables con respecto al régimen de la responsabilidad internacional. Sin embargo, interesa recalcar que no es completamente ajeno a éste, sino que toma de él algunos de sus elementos característicos. En primer lugar, al menos en la primera jurisprudencia del Tribunal (la sentencia *Francovich*), dicho régimen se configura como de corte objetivo. En segundo lugar, resulta irrelevante la naturaleza del órgano estatal autor del hecho ilícito.

Por lo que se refiere al primer aspecto, debe admitirse, sin embargo, que la jurisprudencia del TJCE ha experimentado una evolución de signo contrario al que hemos señalado a partir de la sentencia en los asuntos *Brasserie du pêcheur* y *Factortame III*. En efecto, en esta sentencia el Tribunal se inspira, como se ha dicho, en el régimen de responsabilidad extracontractual de la CE, elaborado por él mismo a partir de los principios generales del Derecho comunes a los Estados miembros. En segundo lugar, la (consiguiente) exigencia de que —en los casos de acciones de carácter normativo— la violación del Derecho comunitario sea *suficientemente caracterizada*, ha favorecido un deslizamiento hacia un régimen de responsabilidad patrimonial de los Estados miembros de corte más bien subjetivo⁶⁸.

⁶⁵ Consid. 42 de la st.

⁶⁶ Véanse las recientes monografías de R. ALONSO GARCÍA, *La responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho comunitario*, Madrid, 1997, y de G. VANDERSANDEN y M. DONY, *La responsabilité des États membres en cas de violation du droit communautaire*, Bruselas, 1997. Véase también, en la doctrina española, el trabajo de J. N. FERNÁNDEZ MARTÍN, «El principio de responsabilidad patrimonial del Estado por daños causados por el incumplimiento de las normas de Derecho comunitario. Evolución jurisprudencial reciente (Comentario a las sts. *Brasserie du pêcheur*; *British Telecommunications*; *Lomas*)», *RIE*, 1996, núm. 2, pp. 505-538.

⁶⁷ St. de 5.3.1996 (as. ac. C-46/93 y C-48/93, *Rec.*, pp. I-1029 ss., consid. 22, 32 y 51 ss.).

⁶⁸ V. de nuevo en este sentido R. ALONSO GARCÍA, *La responsabilidad...*, *op. cit.* (esp. en pp. 73 ss.).

Ello se ha puesto de relieve, a mi juicio, en los pronunciamientos del TJCE en los asuntos *British Telecommunications*⁶⁹, *Lomas*⁷⁰ o *Dillenkofer*⁷¹.

En cuanto al segundo aspecto, la sentencia *Brasserie du pêcheur y Factortame III*—en la que, recuérdese, se planteaba la posible responsabilidad patrimonial de Alemania y del Reino Unido por infracciones del Derecho Comunitario imputables a sus poderes legislativos respectivos— resulta bastante elocuente. Siguiendo al abogado general Giuseppe Tesaurò, el TJCE señalaba en ella que «... en el ordenamiento internacional el Estado que incurre en responsabilidad por haber incumplido una obligación internacional, también es considerado en su unidad, independientemente de que la violación que haya causado el perjuicio sea imputable al poder legislativo, al poder judicial o al poder ejecutivo», añadiendo que «con mayor razón aun debe ocurrir así en el ordenamiento jurídico comunitario en que todas las instancias del estado, incluso el poder legislativo, están obligadas, en el cumplimiento de sus funciones, a respetar las normas impuestas por el Derecho Comunitario que pueden regir directamente la situación de los particulares»⁷².

Por lo demás, es preciso añadir que la afirmación por el TJCE de una obligación para los Estados miembros de reparar los daños causados a los particulares por la violación del Derecho Comunitario no excluye completamente el juego de la reparación entre los Estados miembros. Recuérdese que cuando en su sentencia de 1973 en el asunto *Comisión c. Italia* el Tribunal de Justicia reconocía que una sentencia dictada sobre la base de los artículos 169 o 170 podía resultar de interés para determinar la responsabilidad del Estado miembro, señalaba como posibles destinatarios de la reparación subsiguiente no sólo a los particulares, sino igualmente a los demás Estados miembros e incluso a la Comunidad⁷³. Creo por ello que estaba en lo cierto G. White cuando escribió —amparándose en un texto clásico de Pierre Pescatore⁷⁴— que una sentencia *ex* artículos 169 o 170 puede servir de base para que otro Estado miembro o la Comunidad reclamen una reparación de daños al Estado infractor⁷⁵. Más aún, al igual que no es necesario que medie una sentencia del TJCE constatando el incumplimiento del Derecho Comunitario por un Estado miembro para que se reconozca al particular el derecho a la reparación —como ya apuntó el TJCE en 1982 en el asunto *Waterkeyn*⁷⁶—, tampoco será exigible en los casos en que la reclamación proceda de otro Estado miembro o de la Comunidad.

Así se ha puesto de manifiesto en la práctica a resultas de los incidentes protagonizados por pescadores españoles en aguas francesas, así como, sobre todo, por agricultores franceses al paso de vehículos españoles transportando productos de nuestra tierra. Estos últimos incidentes, como es sabido, dieron lugar a una senten-

⁶⁹ St. de 26.3.1996 (as. C-392/93, *Rec.*, pp. I-1631 ss.).

⁷⁰ St. de 23.5.1996 (as. C-5/94, *Rec.*, pp. I-2553 ss.).

⁷¹ St. de 8.10.1996 (as. ac. C-178, 179 y 188 a 190/94, *Rec.*, pp. I-4845 ss.).

⁷² Consid. 34. Esta referencia al Derecho Internacional ha sido criticada, por «innecesaria y sorprendente», por R. ALONSO GARCÍA, quien entiende que «la naturaleza propia del ordenamiento jurídico comunitario habría bastado por sí sola para extender la responsabilidad al legislador...» (¿se refiere quizás a su naturaleza internacional?); en *La responsabilidad...*, *op. cit.* (en p. 36).

⁷³ St. de 7.2.1973 (as. 39/72, *Rec.*, pp. 101 ss., consid. 11).

⁷⁴ P. PESCATORE, *L'ordre juridique des Communautés européennes*, 2ª ed., Lieja, 1973 (en pp. 166 ss.).

⁷⁵ G. WHITE, «State Responsibility in the Context of European Community Law», en *Contemporary Problems of International Law. Essays in Honour of G. Schwarzenberger on his Eightieth Birthday*, Londres, 1988, pp. 301-318 (en p. 302).

⁷⁶ St. de 14.12.1982 (as. ac. 314-316/81 y 83/82, *Rec.*, pp. 4337 ss., consid. 15).

cia del TJCE declarando el incumplimiento por Francia de sus obligaciones comunitarias (en particular, de los artículos 5 y 30 del Tratado), sentencia en la que el Tribunal se hace eco de la asunción por parte francesa de los daños causados a las víctimas⁷⁷.

No obstante, el Derecho Comunitario no contempla ningún cauce específico para llevar a cabo tal reclamación o para hacerla efectiva, debiendo, en consecuencia, seguirse los cauces propios del Derecho Internacional. Ahora bien, se imponen dos límites a este respecto. Por un lado, en caso de controversia, el Estado reclamante no podrá acudir a otro medio para su arreglo que los previstos en los Tratados constitutivos, esto es, el recurso al artículo 170 o, en su caso, al virginal artículo 182 del TCE. Por otro, el recurso a las contramedidas queda en todo caso descartado, pues atenta contra los fundamentos mismos del sistema comunitario.

e) El principio de subsidiariedad

La dinámica del sistema competencial comunitario y la constante ampliación de las competencias atribuidas en aras de la profundización han traído aparejado un desplazamiento del ejercicio de la competencia normativa de los Estados miembros en el ámbito de la actividad económica en favor de la competencia comunitaria, favoreciendo la aparición de tendencias centralistas que ni siquiera los Estados de estructura compleja toleran. El fenómeno se explica no tanto por la (necesaria) aparición de (algunos) ámbitos de *competencias exclusivas*, que limitan la intervención legislativa de los Estados miembros a los supuestos de habilitación expresa mediante actos de las instituciones, sino, sobre todo, por el juego de la *preemption* —anteriormente referida al hablar del principio de primacía—, en los ámbitos de *competencias concurrentes*. Para limitar estas tendencias y lograr que las decisiones sean tomadas de la forma más próxima posible a los ciudadanos, en expresión del artículo A del TUE, el Tratado de Maastricht introdujo —codificó, quizás— un principio de clara inspiración federal: el principio de subsidiariedad⁷⁸.

El principio de subsidiariedad, como es sabido, no atenta contra las competencias atribuidas a las Comunidades, como se señala en el punto 3 del Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad anejo al Tratado de Amsterdam. Su función consiste en precisar en qué supuestos procede la intervención comunitaria en los ámbitos de competencias compartidas, contribuyendo, en palabras de Araceli Mangas Martín, a delimitar y racionalizar ese ámbito difuso y demasiado elástico de las competencias comunitarias compartidas⁷⁹. A este respecto, entendemos que el hecho de que el principio también puede ser invocado

⁷⁷ St. de 9.12.1997 (as. C-265/95, *Rec.*, consid. 59).

⁷⁸ Véanse, entre otros, A. BOIXAREU CARRERA, «El principio de subsidiariedad», *RIE*, 1994, núm. 3, pp. 771-808 (esp. en pp. 784 ss.); D. Z. CASS, «The Word that Saves Maastricht? The Principle of Subsidiarity and the Division of Powers within the European Communities», *CMLR*, 1992, núm. 6, pp. 1107-1136; N. EMILLOU, «Subsidiarity: An Effective Barrier against the Enterprises of Ambition», *ELR*, 1992, pp. 383-407; W. VAN GERVEN, «Les principes de "subsidiarité, proportionnalité et coopération" en droit communautaire européen», en *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Homenaje al Prof. M. Díez de Velasco*, Madrid, 1993, pp. 1281-1292 (en pp. 1282 ss.); D. J. LIÑÁN NOGUERAS, «Le principe de subsidiarité», en *XVII Congreso de la FIDE*, Roma, 1994, pp. 182-205; y, A. G. TOTH, «The Principle of Subsidiarity in the Maastricht Treaty», *CMLR*, 1992, núm. 6, pp. 1079-1105.

⁷⁹ A. MANGAS MARTÍN en la obra de la que es coautor D. J. LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones...*, op. cit. (en p. 326).

para legitimar la acción comunitaria —y que, por lo tanto, actúe en una doble dirección— no empaña las anteriores consideraciones.

Cierto es, sin embargo, que se trata de un principio de contenido indeterminado, por más que el Consejo Europeo⁸⁰ y el Tratado de Amsterdam hayan realizado considerables esfuerzos por contribuir a su concreción. Esta circunstancia, unida a su consideración por algunos como un mero postulado político, explica el debate sobre su justiciabilidad, debate que, a buen seguro, habrá de reconducirse a la cuestión de los límites de su justiciabilidad⁸¹.

B) *La ausencia de un proceso constituyente (de naturaleza estatal) en marcha*

El Derecho de la Unión Europea, particularmente el que interesa al *pilar comunitario*, presenta, ciertamente, diversos e importantes elementos de inspiración estatal, especialmente de corte federal. Pero, ¿significa ello que se ha alejado definitivamente del Derecho Internacional, que ha mutado en un Derecho (cuasi)estatal o, al menos, que la Unión Europea ha iniciado un proceso constituyente de naturaleza estatal?

Desde hace años el Tribunal de Justicia se refiere en su jurisprudencia al Derecho Comunitario como un «ordenamiento jurídico propio»⁸², rehuendo la propia calificación que de él hiciera en su sentencia de 1963 en el asunto *Van Gend & Loos* como un «un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho Internacional»⁸³. Más aún desde la sentencia de 1983 en el asunto *Los Verdes* se ha abierto paso en dicha jurisprudencia la consideración de los Tratados constitutivos como la «*carta constitucional de una Comunidad de Derecho*», siendo el Dictamen 1/91 sobre el *Espacio Económico Europeo* el exponente más conocido de esta tendencia⁸⁴.

No hay, sin embargo, que magnificar las palabras. Creo que está en lo cierto Diego J. Liñán Noguerras cuando señala que el recurso al paradigma constitucional no es sino «[...] la expresión de una tendencia jurídica, de un objetivo de “política jurídica” o, incluso, si se prefiere, de una necesidad, pero, en ningún caso, de un hecho asimilable a un verdadero proceso constituyente...»⁸⁵.

Por numerosos e importantes que sean los cambios experimentados, no tienen la entidad suficiente como para considerar que su imbricación con el Derecho Inter-

⁸⁰ Nos referimos a la Declaración del Consejo Europeo de Birmingham de 16.2.1992 y, sobre todo, al doc. adoptado por el Consejo Europeo de Edimburgo (11/12.12.1992) bajo el título «Enfoque general de la aplicación por el Consejo del principio de subsidiariedad y del artículo 3 B del TUE» (*RIE*, 1993, pp. 369 ss.).

⁸¹ En el momento de escribir estas páginas, aún no se había pronunciado el TJCE en el as. C-233/94, *Alemania c. Parlamento Europeo y Consejo*, en el que se cuestiona la validez de la Directiva 94/19 por atentar contra el principio de subsidiariedad.

⁸² Véase, por todas, la st., antes cit., de 19.11.1991 en el asunto *Francovich* (consid. 31).

⁸³ St. de 5.2.1963, *Rec.*, pp. 1 ss. (párr. 6 del apdo. I.b de los fundamentos de Derecho) (traducción al español tomada de J. Díez-Hochleitner y C. Martínez Capdevila, *Derecho comunitario europeo. Tratados y otros textos anotados. Jurisprudencia básica del TJCE*, Madrid, 1996, en pp. 623 ss.).

⁸⁴ St. de 23.4.1986 (as. 294/83, *Rec.*, pp. 1339 ss., consid. 23), y dict. 1/91, de 14.12.1991 (*Rec.*, pp. I-6079 ss., apdo. 21).

Encontramos un claro antecedente en el dict. 1/76, de 26.4.1977, relativo al *Fondo europeo de inmovilización de la navegación interior* (*Rec.*, pp. 741 ss.).

⁸⁵ D. J. LIÑÁN NOGUERAS en la obra de la que es coautor con A. MANGAS MARTÍN, *Instituciones...*, op. cit. (en p. 583).

Véase, por otra parte, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «El proyecto de Constitución europea», *RDE*, 1994, núm. 4, pp. 671-690 (esp. pp. 678 ss.).

nacional tiene un interés meramente histórico. Los Estados miembros siguen siendo Estados «soberanos» y las Comunidades Europeas —el núcleo duro de la Unión— siguen siendo Organizaciones interestatales, con personalidad jurídica distinta y derivada de aquéllos. El hecho de que sean «únicas», «distintas», «*sui generis*», no empaña esta afirmación. Su subjetividad sigue siendo de carácter secundario y funcional. A este respecto debemos recalcar, por un lado, que su evolución y hasta su propia existencia se sustentan, día a día, en la voluntad de los Estados miembros y, por otro, que sólo poseen las competencias que éstos les han atribuido.

Por lo que se refiere al primer aspecto, el poder constituyente sigue en manos de los Estados miembros⁸⁶ que, en expresión que ha hecho fortuna, siguen siendo los «señores de los Tratados»⁸⁷. En efecto, la dinámica del proceso de integración, que se debate entre *ampliación* y *profundización*, procurando conciliar ambas tendencias, no escapa a la voluntad de los Estados miembros. La exigencia de ratificación por todos ellos de los Tratados de revisión o de adhesión de un nuevo miembro, de conformidad con lo dispuesto en los artículos N y O del TUE —artículos 48 y 49 cuando entre en vigor el Tratado de Amsterdam—, y la dificultad de acabar con tal exigencia —al requerir, amén de un espíritu europeísta sin fisuras, una (profunda) reforma constitucional en algunos Estados— constituyen la prueba más evidente.

Algún autor ha sostenido, sin embargo, que el hecho de que los Tratados constitutivos no puedan ser modificados más que siguiendo las disposiciones del artículo N del TUE (o los procedimientos especiales previstos en los Tratados constitutivos de las Comunidades)⁸⁸, como advirtió el TJCE en su sentencia de 1976 en el asunto *Defrenne*⁸⁹, representa un límite al poder constituyente de los Estados miembros⁹⁰. No comparto esta apreciación. ¿Acaso no puede predicarse lo mismo de otros tratados? Además, ¿no bastaría el simple acuerdo de los Estados miembros para modificar dicho procedimiento o incluso para la disolución de las Comunidades? Una lectura del trabajo de B. de Witte publicado hace unos pocos años en el *Netherlands Yearbook of International Law* llevará al lector a admitir que no cabe sino una respuesta positiva —aunque quizás matizada— a las preguntas formuladas⁹¹.

Por otra parte, la afirmación por algunos autores de límites materiales a la revisión de los Tratados⁹², amparándose en el citado Dictamen 1/91 del TJCE⁹³, aunque resulte enormemente sugerente, tampoco me parece exacta. Creo más bien que se

⁸⁶ Véase, en este sentido, G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, «La Constitución de la Comunidad Europea», *Noticias CE*, núm. 100, 1993, pp. 93-99 (en p. 98).

⁸⁷ Esta expresión es empleada por el Tribunal Constitucional Federal alemán en su célebre st. de 12.10.1993 relativa al TUE (en apdo. C II); el texto en español se encuentra en *RIE*, 1993, núm. 3, pp. 975 ss.

⁸⁸ Véase, al respecto, el debate entre M. DELIEGE-SEUARIS («Révision des traités européens en dehors des procédures prévues») y J.-V. LOUIS («Quelques considérations sur la révision des traités instituant les Communautés»), en *CDE*, 1980, núm. 5-6, pp. 539 ss.

⁸⁹ St. de 8.4.1976 (as. 43/75, *Rec.*, pp. 455 ss., consid. 58).

⁹⁰ Véase, por todos, J.-P. JACQUÉ, «Cours général de droit communautaire», *AEL*, vl. I, libro 1, 1991, pp. 237-360 (en p. 269).

⁹¹ B. DE WITTE, «Rules of Change in International Law: How Special is the European Community?», *NYIL*, 1994, pp. 299-333 (en pp. 311 ss.).

⁹² Véase, en este sentido, esp. J.-L. DA CRUZ VILAÇA y N. PIÇARRA, «Y-a-t-il des limites matérielles à la révision des traités constituant les Communautés européennes?», *CDE*, 1993, núm. 1-2, pp. 3-37 (en pp. 10 ss.); y, R. BIEBER, «Les limites matérielles et formelles à la révision des traités établissant la Communauté européenne», *RMC*, núm. 367, 1993, pp. 343-350.

⁹³ Me refiero al apdo. 46 del dict., en el que el TJCE señala que el mecanismo jurisdiccional previsto en el proyecto de acuerdo EEE infringía el art. 164 del TCE «[...] y de modo más general, vulnera los propios fundamentos de la Comunidad» (*Rec.*, 1991, pp. I-6079 ss.).

trata, retomando las palabras de Diego J. Liñán Nogueras, de una tendencia jurídica o, a lo sumo, siguiendo a B. de Witte, de una hipótesis no confirmada⁹⁴.

Recuérdese, en otro orden de consideraciones, la *vis atractiva* que ejercieron las reglas generales del Derecho Internacional al buscarse una salida a la crisis creada por el «*no danés*», como ha puesto de relieve entre nosotros un administrativista, Ricardo Alonso García⁹⁵. Una crisis que, por una parte, fue resuelta por un simple acuerdo —en forma de Decisión— de los representantes de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo Europeo que algunos han llegado a considerar un tratado internacional⁹⁶. Y una crisis, por otra parte, que puso en entredicho el mito de que la pertenencia a las Comunidades es irrenunciable, mito formalmente basado en la duración ilimitada de los Tratados (excepción hecha del Tratado CECA que fue concluido por un período de 50 años)⁹⁷.

Respecto a las competencias comunitarias, conviene recalcar que las Comunidades carecen de un catálogo de competencias comparable al de las constituciones de los Estados de estructura compleja⁹⁸ y que no ostentan *competencia sobre la competencia*. Por el contrario, se rigen, como toda Organización internacional, por el *principio de la competencia de atribución*, principio que determina el carácter limitado de las mismas. Interesa subrayar que el reconocimiento de competencias implícitas en el sistema comunitario por parte del Tribunal de Justicia —en una conocida jurisprudencia que tiene como exponente más conocido la sentencia de 1971 en el asunto AETR—, así como la interpretación extensiva de dichas competencias por parte de esta institución, no atenta contra aquel principio. Tampoco ha de verse una quiebra del mismo en el artículo 235 del TCE, pues, como advirtiera el Tribunal Constitucional alemán en su célebre sentencia de 1993 relativa al Tratado de la Unión Europea⁹⁹, no constituye una vía para ampliar las competencias comunitarias al margen del procedimiento de revisión de los Tratados, sino que se presenta como una cláusula de atribución (explícita) de competencias, que opera con carácter supletorio respecto de las demás bases jurídicas y que tiene por objeto

Véase, al respecto, A. VALLE GÁLVEZ, «La especificidad del ordenamiento comunitario. Comentario a los dictámenes 1/91 y 1/92 del TJCE sobre el Espacio Económico Europeo», *RIE*, 1993, núm. 1, pp. 155-193 (en pp. 170 ss.).

⁹⁴ B. DE WITTE, «Rules of Change...», *loc. cit.* en p. 321. En esta línea véase igualmente M. HEINTZEN, «Hierarchisierungsprozesse innerhalb des Primärrechts der Europäischen Gemeinschaft», *Europarecht*, 1994, pp. 35 ss.

⁹⁵ R. ALONSO GARCÍA, *Derecho Comunitario...*, *op. cit.* (en p. 218).

⁹⁶ Por mi parte comparto la opinión de A. MANGAS MARTÍN de que se trata de un simple acuerdo político («Dinamarca y la Unión Europea: un análisis jurídico», *La Ley-Comunidades Europeas*, 1993, núm. 79, pp. 1-5).

⁹⁷ Arts. Q del TUE, 211 del TCE y 208 del TCEEA.

Véase, en este sentido, G. ISAAC, *Manual de Derecho Comunitario General*, 3.^a ed, Madrid, 1995 (en pp. 38-39).

⁹⁸ Recuérdense las iniciativas a favor de un catálogo comunitario de competencias de un sector de la doctrina, especialmente de la alemana (véase, por todos, W. WEIDENFELD, ed., *Europa'96. Programa de reforma para la Unión Europea*, Fund. Bertelsmann, Gütersloh, 1995, pp. 19 ss.), así como de algunos Estados miembros (Alemania, Austria y Países Bajos), en el marco de los trabajos preparatorios de la Conferencia Intergubernamental de 1996, y la respuesta negativa que tales iniciativas tuvieron en el Grupo de Reflexión (véase Informe presentado al Consejo Europeo de Dublín, el 5.12.1995, punto 125).

Ya en 1974 V. CONSTANTINESCO se manifestaba contrario a la introducción de una cláusula general de reparto de competencias entre la CE y los Estados miembros por entender que hubiera resultado demasiado rígido para la consecución de los objetivos comunitarios (en *Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes*, París, 1974, en pp. 89 ss.).

⁹⁹ St. de 12.10.1993 relativa al TUE (apdo. C.II) (texto en español en *RIE*, 1993, núm. 3, pp. 975 ss.

«[...] suplir la inexistencia de poderes de acción conferidos expresa o implícitamente a las Instituciones comunitarias por disposiciones específicas del Tratado, en la medida en que dichos poderes resulten no obstante necesarios para que la Comunidad pueda ejercer sus funciones con vistas a lograr algunos de los objetivos establecidos por el Tratado»¹⁰⁰. Cuestión distinta es que el método funcional que sigue el Tratado CE en la atribución de competencias a las instituciones comunitarias a través de sus diferentes bases jurídicas —reconociendo poderes en función de objetivos a alcanzar— haya favorecido una interpretación finalista y, por ende, expansiva de las competencias comunitarias por el Tribunal de Justicia. Sobre el sistema competencial comunitario volveremos más tarde.

Por lo demás, el carácter (o esencia, si se quiere) internacional del Derecho de la Unión Europea está fuera dudas. No sólo los Tratados constitutivos son —valga la obviedad— tratados internacionales, sino que el Derecho derivado tiene naturaleza igualmente internacional. En efecto, su fundamento se encuentra en dichos Tratados y en su proceso de adopción participan —de uno u otro modo— los Estados miembros; más aún, su aplicación en éstos se enmarca, como vimos, en las reglas constitucionales en materia de aplicación de tratados y otros actos internacionales.

En cuanto a los otros dos pilares de la Unión, esto es, la Política exterior y de seguridad común (PESC) y la Cooperación en los ámbitos de la justicia y de los asuntos de interior (CAJI) —Cooperación policial y judicial en materia penal tras el Tratado de Amsterdam—, se perfilan como marcos de cooperación intergubernamental que se articulan, en lo esencial, sobre la base de conceptos e instrumentos clásicos del Derecho Internacional. Ciertamente es, sin embargo, que el Tratado de Amsterdam introduce novedades en estos pilares que los aproximan al pilar comunitario. Esto es particularmente claro en el caso del nuevo tercer pilar, rebautizado como «Cooperación policial y judicial en materia penal», al desprenderse de los visados, el asilo, la inmigración y otras cuestiones relacionadas con la libre circulación de personas, que pasan al ámbito de las competencias de la CE¹⁰¹. Pero, con todo, los actos y acuerdos emanados de la PESC y de la CAJI —así como, claro está, el llamado *Derecho complementario*— entroncan, con los matices que se quiera, con categorías del Derecho Internacional¹⁰².

Vistas las cosas desde otra perspectiva, la evolución operada en la estructura de la Unión Europea y en su ordenamiento jurídico no se ha traducido en la aparición de una *entidad superior* y ni siquiera ha dado lugar al reconocimiento en favor de las instituciones de la Unión de unos poderes suficientes para asegurar la defensa de unos *valores constitucionales* básicos.

Hemos aludido en un epígrafe anterior a la homogeneidad del Derecho de la Unión Europea, explicándola, en parte, en función de la exigencia de unos mínimos indispensables para formar parte de la Unión, cuya concreción se encuentra en el respeto de los derechos fundamentales, la identificación con el Estado democrático de Derecho y la tenencia de una economía abierta y de mercado, con un grado su-

¹⁰⁰ Dict. del TJCE 2/94, de 28.3.1996, relativo a la adhesión de la Comunidad al Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (Rec., pp. I-1759 ss., consid. 24).

¹⁰¹ V. Título III A introducido por el Tratado de Amsterdam en el TUE —que pasará a ser título IV— sobre visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas, y futuro artículo 42 del TUE, que introduce una nueva *pasarela* en este campo.

¹⁰² En relación con la PESC, v. el interesante trabajo de M. KOSKENNIEMI, «International Law Aspects of the Common Foreign and Security Policy», en *International Law Aspects of the European Union* (M. Koskenniemi, ed.), La Haya, 1998, pp. 27-44.

ficiente de desarrollo ¹⁰³. El Tratado de Amsterdam insiste en algunos de estos valores en la nueva redacción que propone para el artículo F del TUE (artículo 6 cuando se renumere) ¹⁰⁴, haciendo de su respeto condición expresa para la adhesión de nuevos Estados en el artículo O (futuro artículo 49). Pero, ¿de qué mecanismos dispone la Unión para garantizar su respeto o para promover su realización?

Es verdad que el TCE encomienda a la Comisión la vigilancia del cumplimiento del Derecho comunitario por los Estados miembros ¹⁰⁵, poniendo a su disposición el procedimiento por incumplimiento que puede desembocar en una sentencia declarativa del Tribunal de Justicia cuya inejecución, tras la entrada en vigor del TUE, puede determinar la imposición al Estado considerado de una sanción económica o una multa coercitiva ¹⁰⁶. También podemos aludir a los mecanismos de vigilancia —y de sanción en los supuestos de déficits excesivos— instaurados en el ámbito de la UEM. Pero aquel procedimiento y estos mecanismos sólo operan en relación con las obligaciones que se derivan para los Estados miembros del Derecho Comunitario, obligaciones que se reducen al ámbito de las competencias atribuidas a las instituciones, esto es, en esencia, al campo de la actividad económica. No obstante, ha de reconocerse que el nuevo artículo F.1 (futuro artículo 7) que el Tratado de Amsterdam pretende introducir en el TUE representa un paso adelante en este terreno ¹⁰⁷, pues en él se faculta al Consejo para adoptar medidas contra cualquier Estado miembro en caso de violación grave y persistente de los principios de libertad, democracia y de respeto de los derechos y libertades fundamentales y del Estado de Derecho ¹⁰⁸.

Desde otra perspectiva, la propia Unión Europea presenta en su estructura deficiencias con relación a dichos *valores constitucionales*. La estructura institucional comunitaria, se dice, adolece de un *déficit democrático* que es preciso superar ¹⁰⁹. La acusación, por manida que resulte, no carece de fundamento, aunque la última crisis en el seno de la Comisión parezca desmentirlo. No deja con todo de resultar paradójico que insistamos en la naturaleza de las Comunidades como Organizaciones interestatales y al tiempo nos rasguemos las vestiduras al comprobar que su estructura institucional responde (aunque no de forma radical) a este planteamiento ¹¹⁰.

En cuanto a los derechos fundamentales, la incidencia directa del Derecho Comunitario en la órbita del particular —unida tal vez a las advertencias de los Tribunales constitucionales alemán e italiano— ha traído aparajada una construcción ju-

¹⁰³ Véase de nuevo al respecto J. MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, *El sistema...*, op. cit. (esp. pp. 66-67).

¹⁰⁴ El apdo. 1 de este art. dirá que «la Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros».

¹⁰⁵ De la abundante bibliografía existente en la materia, creo que sigue mereciendo una mención especial la obra de H. A. H. AUDRETSCH, *Supervision in European Community Law*, 2.ª ed., Amsterdam, 1986.

¹⁰⁶ Véase mi trabajo «La respuesta del TUE al incumplimiento de las sentencias del Tribunal de Justicia por los Estados miembros», *RIE*, 1993, núm. 3, pp. 837-899 (también publicado en versión francesa en *RMUE*, núm. 2, pp. 11-159).

¹⁰⁷ Véase, en esta línea, el trabajo de A. MANGAS MARTÍN, «El Tratado de Amsterdam: aspectos generales del pilar comunitario», *GJ*, D-29, 1998, pp. 7-70 (esp. en pp. 44 ss.).

¹⁰⁸ Véase, asimismo, el nuevo art. 236 introducido por el Tratado de Amsterdam en el TCE (futuro art. 309).

¹⁰⁹ Véase, *per omnia*, C. REICH, «Qu'est-ce que... le déficit démocratique?», *RMC*, núm. 343, 1991, pp. 14-18. En la doctrina española, véase N. NAVARRO BATISTA, *Parlamento Europeo y poder normativo de la Unión Europea*, 2.ª ed., Salamanca (esp. pp. 23 ss.); y A. PIQUERAS, *La participación del Parlamento Europeo en la actividad legislativa comunitaria*, Granada, 1993 (esp. pp. 14 ss.).

¹¹⁰ Véase, con carácter general, el interesante artículo de K. LEANERTS, «Some Reflections on the Separations of Powers in the European Community», *CMLR*, 1991, núm. 1, pp. 11-35.

risprudencial que, si bien merece una valoración positiva, no suple todas las limitaciones derivadas de su falta de positivación, tanto por lo que se refiere, siguiendo a Diego J. Liñán Nogueras, a la determinación de los derechos tutelados, como al estándar de protección y a las garantías que ofrece el sistema comunitario ¹¹¹.

No ponemos en cuestión la labor del Tribunal de Justicia ¹¹². Bien al contrario. La construcción de los derechos fundamentales y, en general, de los principios generales del Derecho con arreglo a los criterios de «mayor progresividad y de carácter funcional de la incorporación», anteriormente referidos, no sólo ha sido decisiva para avanzar en el proceso de integración, sino que ha hecho emerger —lo que no era previsible— un cierto *ius publicum commune* que contribuye a reforzar la homogeneidad de los Estados miembros. Un buen ejemplo lo encontramos en los desarrollos jurisprudenciales (y legislativos, con la nueva LJCA) que se han registrado en España en materia de justicia cautelar gracias a la influencia de los principios establecidos por el Tribunal de Justicia en la materia, en particular, el principio de *fumus boni iuris* ¹¹³.

Pero que la labor del Tribunal de Justicia sea notable no significa que la vía jurisdiccional sea la más adecuada para suplir la falta de positivación de los derechos fundamentales en la Comunidad; la sentencia de 1989 en el asunto *Hoechst*, por ejemplo, da idea de algunas de las dificultades que dicha vía comporta ¹¹⁴. Tampoco sirve, claro está, para ampliar el ámbito de la competencia jurisdiccional del TJCE en relación con los derechos fundamentales más allá de los actos emanados de las instituciones o —siguiendo la jurisprudencia en los asuntos *Wachauf*, *ERT* o *Bostock* ¹¹⁵— de los actos adoptados por los Estados miembros en aplicación del Derecho comunitario; por lo demás la sentencia *Grogan* de 1991 ¹¹⁶ muestra que los contornos de la competencia del TJCE (así delimitada) no son nítidos.

Ahora bien, no creo que la simple positivación de los derechos fundamentales en un catálogo ni la adhesión al Convenio de Roma —caso de atribuirse competencia a la CE al efecto— sean ninguna panacea. El proceso de integración reclama quizás reformas más profundas que, éstas sí, podrían acercar a la Unión a los esquemas del Estado (federal). El nuevo artículo F.1 (artículo 7) del TUE previsto por el Tratado de Amsterdam, al que antes hemos hecho alusión, marca la senda a seguir.

2. El Derecho de la Unión Europea en tanto que *subsistema* de Derecho Internacional

En 1991 Joseph H.H. Weiler escribía que «The Community has become an entity whose closest structural model is no longer an international organization but a

¹¹¹ En A. MANGAS MARTÍN y D. J. LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones...*, *op. cit.* (pp. 587 ss.).

¹¹² Estamos desde luego mucho más próximos a la posición expresada por J. H. H. WEILER y N. J. S. LOCKHART en «'Taking Rights Seriously' Seriously: The European Court and its Fundamental Rights Jurisprudence» (Part I, *CMLR*, 1995, núm. 1, pp. 51-94; Part II, *ibíd.*, núm. 2, pp. 579-627), que de la de J. COPPEL y A. O'NEILL en el artículo —al que aquéllos constatan de manera rotunda— «The European Court of Justice: Taking Rights Seriously» (*CMLR*, 1992, núm. 4, pp. 669-692).

¹¹³ Véase E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La batalla...*, *op. cit.* (esp. en pp. 167 ss.). En el mismo sentido, véase G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, «La tutela judicial...», *loc. cit.* (en p. 634).

¹¹⁴ St. de 21.9.1989 (as. ac. 46/87 y 227/88, *Rec.*, pp. 2859 ss.).

¹¹⁵ Sts. de 13.7.1989 (as. 5/88, *Rec.*, pp. 2634 ss.), de 18.6.1991 (as. C-260/89, *Rec.*, pp. I-2925 ss.) y de 24.3.1994 (as. C-2/92, *Rec.*, pp. I-995 ss.), respectivamente.

¹¹⁶ St. de 29.10.1991 (as. 159/90, *Rec.*, pp. I-4685 ss.).

dense, yet non-unitary polity, principally the federal system», precisando que «the Community's "operating system" is no longer governed by general principles of public international law but by a specific interstate governmental structure defined by a constitutional charter and constitutional principles»¹¹⁷.

Mi admiración por el Profesor Weiler no significa que comulgue necesariamente con sus tesis. Me parece que en las palabras transcritas se cometen varios excesos.

De las consideraciones vertidas en páginas anteriores se desprende, espero que con claridad suficiente, que no pretendo minimizar la importancia de los elementos de inspiración estatal que están presentes en la estructura actual de la Unión Europea o, para ser más preciso, de las Comunidades Europeas. Unos elementos que, siguiendo a José Martín y Pérez de Nanclares, van reduciendo, sin duda, la distancia que todavía separa a la Comunidad del mojón fronterizo de los esquemas federales¹¹⁸, como se puso de relieve, por lo demás, en las negociaciones conducentes al Tratado de Maastricht, en particular en el proyecto de artículo A, que hacía explícita referencia a la vocación federal de la Unión. Y esta realidad obliga a tener muy presente —quiero hacer especial hincapié en ello— la perspectiva del Derecho interno en su análisis y estudio.

Pero no me parece exacto sostener que el Derecho de la Unión Europea no es Derecho Internacional, o que la perspectiva del Derecho Internacional en su estudio tiene un interés meramente histórico. Creo haber evidenciado que la Unión Europea no ha trascendido la categoría de Organización internacional, que el Derecho Internacional constituye su fundamento y que en el Derecho de la Unión Europea operan categorías e instituciones del Derecho Internacional.

No quiero con ello negar que el Derecho de la Unión Europea —el Derecho Comunitario más bien— sea un ordenamiento jurídico propio, según expresión del TJCE, o un ordenamiento jurídico autónomo¹¹⁹. Pero un *ordenamiento autónomo* (*self-contained*) de *Derecho Internacional* —un subsistema de Derecho Internacional— que cuenta, siguiendo la terminología al uso, con sus propias *normas secundarias*, normas que, en parte (y de forma creciente), toma prestadas de los ordenamientos estatales (particularmente de los Estados miembros)¹²⁰. Creo por ello que prescindir de la perspectiva del Derecho Internacional en su estudio limita su comprensión y el manejo de sus potencialidades. En el caso del Derecho de la

¹¹⁷ J. H. H. WEILER, «The Transformation of Europe», *Yale LJ*, núm. 100, pp. 2405 dd. (en p. 2407).

¹¹⁸ J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, *El sistema de competencias...*, *op. cit.* (en p. 51).

¹¹⁹ Véase, en este sentido, D. BETHLEHEM, «International Law, European Community Law, National Law: Three Systems in Search of a Framework», en *International Law...* (M. Koskeniemi, ed.), *op. cit.*, pp. 169-196 (es. en pp. 178 ss.). Véase también F. BERMAN, «Community Law and International Law: How Far Does Either Belong to the Other?», *Clifford Chance Lectures*, vl. 1, 1996, pp. 241 ss.

¹²⁰ En relación con los regímenes autónomos o *self-contained* de Derecho Internacional, desde el trabajo de M. SØRENSEN, «Autonomous Legal Orders: Some Considerations Relating to a Systems Analysis of International Organizations in the World Legal Order» (en *ICLQ*, 1983, pp. 59 ss.), han proliferado las reflexiones doctrinales sobre esta cuestión. Una especial mención merecen el artículo de B. SIMMA, «Self-contained Regimes» (en *NYIL*, 1985, pp. 111 ss.) y algunas de las contribuciones al *NYIL* de 1994, dedicado monográficamente a los «efectos de los subsistemas en el sistema» (de los que me han resultado especialmente útiles los trabajos de K. C. WELLEN, «Diversity in Secondary Rules and Unity of International Law: Some reflections on Current Trends», pp. 3 ss., y de L. HANCHER, «Constitutionalism, the Community Court and International Law», pp. 259 ss.) (este volumen del *NYL* fue luego publicado en 1995 como libro, con el título del trabajo de K. C. Wellens y editado por L. A. Barnhoorn y el propio Wellens, en La Haya). También me ha resultado sugerente la lectura del trabajo de A. MARSCHIK, «Review Essay: Too Much Order? The Impact of Special Secondary Norms on the Unit and Efficacy of the International Legal System», *EJIL*, 1998 (sacado de Internet, en la dirección <http://www.ejil.org>).

Unión correspondiente a los pilares intergubernamentales la perspectiva ius-internacionalista se hace, más aún, inexcusable.

Junto a las razones recién expuestas, existen otras de mayor peso, si cabe, que abundan en nuestra tesis. Aun cuando el Derecho de la Unión Europea constituya un ordenamiento de Derecho Internacional de carácter autónomo (*self-contained*) no es completamente autosuficiente, no posee los rasgos propios de un *sistema cerrado* sino, a lo sumo, *semi-cerrado*. En otras palabras, incluso en el ámbito del pilar comunitario queda un cierto espacio para el juego de normas de Derecho Internacional general. Creo que lo hemos puesto de relieve, por ejemplo, al hablar de la eficacia directa y la primacía del Derecho Comunitario, del procedimiento de revisión de los Tratados constitutivos o del sistema competencial comunitario.

El carácter *semi-cerrado* del Derecho Comunitario se aprecia, a mi juicio, incluso al estudiar a fondo los mecanismos que ofrece el Derecho Comunitario en materia de arreglo de controversias y de responsabilidad de los Estados miembros por infracción de sus obligaciones (sector que, a primera vista, se presenta particularmente autosuficiente). Es verdad que, como se ha dicho, en caso de infracción del Derecho Comunitario por un Estado miembro, los demás Estados miembros no pueden acudir a otros mecanismos que los previstos en los artículos 169 y 170 del TCE (o, eventualmente, someter la controversia al TJCE mediante compromiso, de conformidad con el artículo 182), quedando además excluido el recurso a las contramedidas. Es también cierto que, como hemos tenido ocasión de recordar, en caso de violación del Derecho Comunitario por un Estado miembro se abre en favor de los particulares la posibilidad de una reparación de los daños causados por los cauces procesales del Derecho interno. Pero ¿no es igualmente cierto que en tales supuestos el Derecho comunitario no está cerrado a la posible exigencia por un Estado miembro de una reparación de los daños que para él se derivan de la infracción del otro? Permítanme que recuerde una vez más los ataques sufridos por transportistas españoles en territorio francés.

Otra cosa distinta es que el proceso de integración, políticamente irreversible (en el contexto actual), reclame cada vez mayores esfuerzos en pos de una Europa unida. La realización de la unión monetaria, la *comunitarización* parcial de la CAJI en el Tratado de Amsterdam, la introducción de la *abstención constructiva* en el ámbito de la PESC..., constituyen, con todas sus limitaciones, muestras de esta evolución. Pero el camino que queda por recorrer hasta convertir la Unión Europea en una *entidad superior* (de tipo estatal) a los Estados miembros es largo y hay que confiar que *no muera de éxito* con la ampliación a los países del centro y del este de Europa.

III. LA PRIMACÍA DEL DERECHO INTERNACIONAL FRENTE AL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

1. La Unión Europea como actor internacional

Por mucha autonomía que adquiera el Derecho de la Unión Europea respecto del Derecho Internacional, éste no le podrá ser nunca ajeno. La Unión Europea precisa de una acción exterior que ha de acomodarse a este ordenamiento. En consecuencia, el Derecho de la Unión Europea no podría nunca ignorar el Derecho Internacional y su primacía sobre él. De hecho, el encuentro del Derecho de la Unión

Europea con el Derecho Internacional en este plano ya se produjo hace muchos años.

Como es sobradamente conocido, los Tratados constitutivos contemplaban en su versión originaria el ejercicio de competencias exteriores por las Comunidades, si bien sus disposiciones a este respecto se limitaban al ámbito de la política comercial y de la cooperación con las antiguas colonias. Con los años, sin embargo, amén de una (incierta) configuración de la competencia en materia comercial como exclusiva¹²¹, las instituciones fueron ensanchando el ámbito de su acción exterior, al calor de una decisiva (y bien conocida) jurisprudencia del Tribunal de Justicia¹²² y, a partir del Acta Única Europea, de nuevas atribuciones competenciales en el marco de los procesos de revisión. La Comunidad fue adquiriendo así un papel cada vez más relevante como actor de las relaciones internacionales, celebrando acuerdos internacionales, adquiriendo el estatuto de miembro de ciertas Organizaciones internacionales, participando en otras como observador, ejerciendo intensamente el derecho de legación activa y pasiva...

La limitación de las competencias atribuidas a la Comunidad al ámbito de la actividad económica tiene, como es natural, su reflejo en la acción exterior de ésta. Sin embargo, ha dado lugar a una separación entre las relaciones exteriores de la Comunidad y el resto de la política exterior de los Estados miembros que, por lógica que sea en el plano teórico, resulta, como ha señalado Diego J. Liñán Nogueras, sumamente artificial en la práctica¹²³. Aunque pueda afirmarse que la Cooperación Política Europea tiene su origen en la voluntad política de los jefes de Estado y de Gobierno reunidos en diciembre de 1969 en La Haya, su evolución sólo puede explicarse ante la necesidad de dar una respuesta a la situación creada como consecuencia de la proyección exterior de las competencias de carácter económico de la Comunidad¹²⁴.

La cooperación de los Estados miembros en el marco de la CPE y luego de la PESG sigue sin resolver los problemas. Sin embargo, pretender la *comunitarización* de la política exterior de los Estados miembros resulta ilusorio y hasta excesivo. No se puede avanzar en el plano exterior más rápido que en el de las relaciones intracomunitarias y no cabe duda que la dimensión política del proceso de integración en este plano es aún incipiente. Desde esta perspectiva, hay que celebrar, por modestos que sean, los avances que nos propone el Tratado de Amsterdam en materia de PESG¹²⁵.

¹²¹ Véanse los dict. 1/75, de 11.11.1975, sobre el *proyecto de Acuerdo relativo a una Norma para los gastos locales* (Rec., pp. 1355 ss.), 1/78, de 4.10.1979, relativo al *Acuerdo internacional sobre el caucho* (Rec., pp. 2871 ss.) y 1/94, de 15.11.1994, sobre el *Acuerdo por el que se crea la OMC* (Rec., pp. I-5267 ss.), así como las sts. de 13.12.1973 en el as. *Diamantarbeiders* (as. ac. 37-38/73, Rec., pp. 1069 ss., consid. 24), de 15.12.1976 en el as. *Donckerwolcke* (as. 41/76, Rec., pp. 1921 ss., consid. 32) y de 18.2.1986 en el as. *Bulk Oil* (as. 174/84, Rec., pp. 559 ss.). Estas dos últimas sts., sin embargo, ponen de relieve los límites materiales del alcance exclusivo de dicha competencia.

Véase, al respecto, la excelente monografía de L. N. GONZÁLEZ ALONSO, *Política comercial y relaciones exteriores de la Unión Europea*, Madrid, 1998 (esp. pp. 31 ss. y 128 ss.).

¹²² Véase *infra*, epígrafe IV.1B.

¹²³ En A. MANGAS MARTÍN y D. J. LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones...*, op. cit. (en p. 625).

¹²⁴ Véase, C. COVILLERS, *¿Y-a-t-il une politique extérieure des Communautés européennes?*, París, 1987 (en pp. 17 ss.). Sobre la evolución de la CPE véase además en la doctrina española D. J. LIÑÁN NOGUERAS, «Cooperación política y Acta Única Europea», *RIE*, 1988, núm. 1, pp. 45 ss.; e *id.*, «La Cooperación Política Europea: evolución y perspectivas», *Cur. D I Vitoria* 1988, pp. 439 ss.

¹²⁵ Véase, por todos, el trabajo de A. REMIRO BROTONS, «¿Qué ha significado el Tratado de Amsterdam para la PESG», *GJ*, D-29, 1998, pp. 71-104.

Con todo, la acción exterior de la Comunidad y, en menor medida, la incidencia de la PESG en las políticas exteriores de los Estados miembros y en la propia acción exterior comunitaria han adquirido una indudable relevancia, pasando de ser meras excrecencias del proceso de integración a motores del mismo.

2. La actitud del Derecho de la Unión Europea frente a la primacía del Derecho Internacional¹²⁶

Las relaciones del Derecho de la Unión Europea con el Derecho Internacional son aquí de otro signo. El Derecho Comunitario no se configura desde esta nueva perspectiva como un subsistema del Derecho Internacional, sino como un ordenamiento frente al cual el Derecho Internacional afirma su primacía. Falta por ver cuál es la actitud del propio Derecho de la Unión Europea. Resultaría desde luego paradójico observar que se muestra tan autosuficiente como determinados ordenamientos estatales frente a los cuales él mismo afirma su primacía. Pero no aventuremos meras hipótesis.

Como ya hemos tenido ocasión de recordar en estas páginas, el artículo 228.6 del TCE establece un mecanismo de control previo de la conformidad con el Tratado constitutivo de los acuerdos internacionales que la Comunidad se propone celebrar. Este mecanismo presupone la *subordinación* en el plano comunitario de dichos acuerdos al Derecho Comunitario. Sin embargo esta *subordinación* no ha de interpretarse necesariamente como la afirmación de la primacía de las disposiciones del Tratado constitutivo sobre los tratados concluidos por la Comunidad con terceros, sino como una exigencia de conformidad con dichas disposiciones para su celebración. En este sentido, el mecanismo en cuestión opera con carácter preventivo, contribuyendo a evitar el conflicto y, con ello, posteriores impugnaciones de los acuerdos celebrados¹²⁷. A este respecto debe destacarse que la mayoría de los dictámenes pronunciados por el Tribunal de Justicia han tenido por objeto la conformidad de los acuerdos proyectados con el TCE en una dimensión formal —la existencia o el alcance de las competencias comunitarias para su celebración— y no de fondo¹²⁸.

Una consideración distinta merece el ejercicio de un control *a posteriori* de los acuerdos celebrados por la Comunidad por parte del TJCE. La posibilidad de este control —presente en ordenamientos como el español— ha sido definitivamente confirmada por el Tribunal en sus sentencias de 1994 y de 1996 en los asuntos, respectivamente, del *Acuerdo entre la Comisión y Estados Unidos sobre Derecho de la competencia* y del *Acuerdo con Estados Unidos sobre contratación pública*¹²⁹. Ahora bien, en ambos casos el TJCE anuló las decisiones por las que la Comisión y el Consejo procedieron a la aprobación de dichos acuerdos —a pesar de que en el

¹²⁶ Como ya señalamos en la introducción a este curso, no nos detendremos en este punto al haber publicado una reciente monografía consagrada a esta cuestión (J. DíEZ-HOCHLEITNER, *La posición...*, op. cit.).

¹²⁷ En este sentido se expresaba el TJCE en su dict. 1/75, recién cit. (párr. 9 ss de la parte A del dict.).

¹²⁸ Es el caso de los dict. 1/75, 1/78 y 1/94, recién cit., así como de los dict. 2/91, de 19.3.1993, *Convenio núm. 170 de la OIT* (Rec., pp. I-1061 ss.); 2/92, de 24.3.1995, *Tercera decisión revisada del Consejo de la OCDE* (Rec., pp. I-525 ss.); y 2/94, de 28.3.1996, *adhesión al Convenio de Roma* (Rec., pp. I-1763 ss.). También es en parte el caso de los dict. 1/76, de 26.4.1977, *proyecto de acuerdo para el establecimiento de un Fondo europeo de inmovilización de la navegación* (Rec., pp. 741 ss.), y 3/94, de 13.12.1995, *Acuerdo marco sobre los plátanos con Colombia, Costa Rica, Nicaragua y Venezuela* (Rec., pp. I-4579 ss.).

¹²⁹ Sts. de 9.8.1994 (as. C-327/91, Rec., pp. I-3641 ss.) y de 7.3.1996 (as. C-360/93, Rec., pp. I-1195 ss.).

primer asunto el recurso de anulación se dirigió contra el propio Acuerdo¹³⁰— al haber sido adoptadas en contravención del Tratado CE¹³¹. Con ello queremos subrayar que, a nuestro juicio, las sentencias del TJCE no pretendieron afectar —no podían haberlo pretendido— a la validez de los acuerdos, sólo verificable en el plano internacional. En efecto, entiendo que al declarar nulas dichas decisiones el Tribunal de Justicia no hacía sino comprobar que los acuerdos considerados no habían sido válidamente celebrados desde el punto de visto comunitario y, en consecuencia, que no se cumplían las condiciones expresadas en el artículo 228.7 del TCE para su incorporación en el ordenamiento comunitario. Téngase a este respecto en cuenta que si bien este precepto dispone que los acuerdos celebrados por la Comunidad vinculan a sus instituciones y a los Estados miembros, condiciona este efecto a que hayan sido celebrados siguiendo el procedimiento previsto en los apartados anteriores del artículo 228¹³².

Este análisis que proponemos de los pronunciamientos del Tribunal no quita, sin embargo, para que, de prosperar un recurso *a posteriori* contra un acuerdo internacional, se produzca la violación de las obligaciones que de él se derivan para la CE por parte de las instituciones comunitarias. Y no parece que en estos casos pueda prosperar con facilidad la invocación por parte de la Comunidad del artículo 46 de la Convención de Viena de 1969, según el cual la violación manifiesta de una norma fundamental del Derecho interno en materia de celebración de tratados constituye una causa de anulación de los mismos¹³³.

Así pues, las relaciones entre el Derecho de la Unión Europea y el Derecho Internacional adquieren en este plano tintes de conflicto que es preciso superar. En su sentencia de 1996 en el asunto del *Acuerdo con Estados Unidos sobre contratación pública* el propio Tribunal apunta una vía de solución. En efecto, haciendo uso de la facultad que le reconoce el artículo 174 del TCE, decidió mantener todos los efectos de la Decisión por la que el Consejo aprobó dicho Acuerdo. Me pregunto, con carácter general, si cada vez que el Tribunal de Justicia anula una decisión por la que aprueba un acuerdo en nombre de la Comunidad no debería recurrir al artículo 174 del TCE, limitando los efectos de su sentencia en el tiempo, a menos que la CE careciera de competencia para la celebración de dicho acuerdo o éste resultase materialmente incompatible con el Tratado constitutivo¹³⁴.

Pero frente a esos tintes de conflicto, no hemos de olvidar que el Derecho Comunitario acoge en su seno todos los acuerdos internacionales que celebra la Co-

¹³⁰ Véase, al respecto, O. CASANOVAS y LA ROSA, «La competencia de la Comisión para concluir acuerdos internacionales (Comentario a la sentencia del TJCE de 9 de agosto de 1994 Rep. Francesa c. Comisión, asunto C-327/91)», *RIE*, 1995, núm. 2, pp. 533-553 (esp. p. 542).

¹³¹ Más recientemente, en su st. de 10.3.1998 en el as. *relativo al acuerdo marco sobre los plátanos*, el TJCE anulaba tan sólo el primer guión del apdo. 1 del art. 1 de la Decisión 94/800 del Consejo, relativa a la celebración en nombre de la CE de los acuerdos resultantes de la Ronda Uruguay, mediante el cual el Consejo aprobó la celebración, específicamente, del Acuerdo marco sobre los plátanos entre la CE y Costa Rica, Colombia, Nicaragua y Venezuela (as. C/122/95: st. tomada de Internet: <http://europa.eu.int/jurisp/>).

¹³² Véase, en este sentido, J. RIDEAU, «Les accords internationaux dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes: réflexions sur les relations entre les ordres juridiques international, communautaire et nationaux», *RGDIP*, 1990, núm. 2, pp. 289-418 (en p. 399); también I. MACLEOD, I. D. HENDRY y S. HYETT, *The External Relations of the European Communities*, Oxford, 1996 (en pp. 131-132).

¹³³ En este sentido se manifestó el abogado general C. O. LENZ en sus conclusiones en el asunto *Comisión c. Consejo*, resuelto por st. de 27.9.1988 (*Rec.*, pp. 5545 ss., apdo. 35 de las concl.). Véase también J. RIDEAU, «Les accords internationaux...», *loc. cit.* (en pp. 397-398).

¹³⁴ Véase mi trabajo *La posición...*, *op. cit.* (esp. p. 124).

munidad¹³⁵, admitiendo su posible eficacia directa, esto es, su invocabilidad por los particulares¹³⁶. Lo mismo cabe decir de los actos emanados de Organizaciones internacionales de las que es parte la CE o de órganos creados por dichos acuerdos¹³⁷ e, incluso, de las normas internacionales consuetudinarias¹³⁸.

Por otra parte, tampoco ha de olvidarse que el Tribunal de Justicia ha reconocido, a partir de su sentencia de 1991 en el asunto *Nakajima*¹³⁹ —no considero, en cambio, que la sentencia de 1989 en el asunto *Fediol IV* sea exponente de esta jurisprudencia¹⁴⁰—, que las normas y obligaciones internacionales deben ser consideradas en determinadas circunstancias como parámetro de validez de los actos de Derecho derivado, actitud que, al menos en apariencia, resulta encomiable, pues desde la perspectiva del Derecho Internacional basta con reconocerles primacía¹⁴¹. La jurisprudencia *Nakajima* ha sido retomada por el TJCE en otros pronunciamientos posteriores, tales como el de 1994 en el asunto de la *Organización común de mercado en el sector de los plátanos* o, más recientemente, el de 1998 en el asunto *Italia c. Consejo*¹⁴².

¹³⁵ La consideración de los acuerdos internacionales celebrados por la CE como parte integrante del Derecho Comunitario desde su entrada en vigor y sin necesidad de acto alguno de recepción (ni siquiera publicación oficial) arranca, como es sobradamente conocido, de la st. de 30.4.1974 en el as. *Haegemann II* (as. 181/73, *Rec.*, pp. 499 ss., consid. 5).

¹³⁶ El TJCE ha reconocido eficacia directa a diversos acuerdos internacionales; así, entre otras, en sus sts. de 5.2.1976 en el as. *Bresciani* (as. 87/75, *Rec.*, pp. 129 ss., consid. 16 ss.); de 29.4.1982 en el as. *Pabst & Richardz* (as. 17/81, *Rec.*, pp. 1331 ss., consid. 25 ss.); de 26.10.1982 en el as. *Kupferberg* (as. 104/81, *Rec.*, pp. 3641 ss., consid. 22 ss.); de 16.7.1992 en el as. *Legros* (as. C-163/90, *Rec.*, pp. I-4625 ss.); de 5.7.1994 en el as. *Anastasiou* (as. C-432/92, *Rec.*, pp. I-3987 ss., consid. 22 ss.); o de 12.12.1995 en el as. *Chiquita Italia* (as. C-469/93, *Rec.*, pp. I-4533 ss., consid. 35 ss.).

¹³⁷ Véanse, entre otras, las sts. del TJCE de 30.9.1987 en el as. *Demirel* (as. 12/86, *Rec.*, pp. 3719 ss., consid. 20); de 27.9.1988 en el as. *Ayuda especial a Turquía I* (as. 204/86, *Rec.*, pp. 5323 ss., consid. 13 ss.); de 14.11.1989 en el as. *Ayuda especial a Turquía II* (as. 30/88, *Rec.*, pp. 3711 ss., consid. 10 ss.); o de 20.9.1990 en el as. *Sevince* (as. C-192/89, *Rec.*, pp. I-3461 ss.).

También ha reconocido eficacia directa a decisiones obligatorias de órganos creados por acuerdos celebrados por la CE; así, por ejemplo, en sus sts. de 20.9.1990 en el as. *Sevince* (antes cit., consid. 14 ss.); de 6.12.1992 en el as. *Kus* (as. C-237/91, *Rec.*, pp. I-6781 ss., consid. 27 ss.); de 5.10.1994 en el as. *Eroglu* (as. C-355/93, *Rec.*, pp. I-5113 ss., consid. 16 ss.); de 23.1.1997 en el as. *Tetik* (as. C-171/95, *Rec.*, pp. I-329 ss., consid. 22, en pp. 348-349); o, más recientemente, en la sts. de 19.11.1998 en el as. *Akman*, de 26.11.1998 en el as. *Birden* y de 2.3.1999 en el as. *Eddline El-Yassini* (as. C-210/97 —consid. 23—, C-1/97 —consid. 19— y C/416/96 —consid. 25 ss.—, respectivamente; he tomado estas sts. de Internet: <http://europa.eu.int/jurispl/>).

¹³⁸ Véase en particular las sts. de 27.9.1988 en el as. *Pasta de madera o Ahlström* (as. ac. 89, 104, 116, 117 y 125-129/85, *Rec.*, pp. 5193 ss., consid. 16 ss.); de 21.11.1992 en el as. *Poulsen* (as. C-286/90, *Rec.*, pp. I-6019 ss., consid. 9); y de 24.11.1993 en el as. *Mondiet* (as. C-405/92, *Rec.*, pp. I-6133 ss., consid. 12-13). En relación con la st. *Poulsen*, v. el comentario de L. I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, «Derecho comunitario y Derecho del mar (Observaciones a la sentencia del TJCE de 24 de noviembre de 1992, Poulsen C-286/90)», *RIE*, 1993, núm. 1, pp. 141-153.

¹³⁹ St. de 7.5.1991 (as. C-69/89, *Rec.*, pp. I-2069 ss., esp. consid. 30 ss.).

¹⁴⁰ La causa de ilegalidad observada por el TJCE en la Decisión de la Comisión objeto del recurso de anulación no traía causa en rigor de una infracción del GATT —como se ha pretendido—, sino de un reglamento del Consejo cuyas disposiciones remitían al Acuerdo General (st. de 22.6.1989, as. C-70/87, *Rec.*, pp. 1781 ss., consid. 18 ss.).

¹⁴¹ Para un análisis crítico de esta jurisprudencia, véase de nuevo mi libro *La posición..., op. cit.* (en pp. 131 ss.).

¹⁴² Sts. de 5.10.1994 (as. C-280/93, *Rec.*, pp. I-4973 ss., consid. 103 ss.) y de 12.12.1998 (as. C-352/96, tomada de Internet: <http://europa.eu.int/jurispl/>, consid. 19 ss.).

Véanse, en relación con esta jurisprudencia en la doctrina española, los trabajos de A. REMIRO BROTONS, «Pelagattos y aristogattos de la Comunidad Europea ante el reino de la OMC», *GJ*, D-26, 1996, pp. 7-82 (esp. pp. 62 ss.); C. LÓPEZ-JURADO, *El control jurisdiccional de la actividad comunitaria en materia de dumping y*

IV. LA APORTACIÓN DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA AL DERECHO INTERNACIONAL. ALGUNOS APUNTES

Tal y como avanzamos al comienzo de este curso, la actividad de la Unión Europea, particularmente a través de la acción exterior de la Comunidad Europea y de la PESC, pero también en su dimensión *ad intra*, ha hecho de ella un actor internacional influyente que contribuye decisivamente a la evolución de la práctica en numerosos ámbitos¹⁴³. Son muchos los ejemplos que podríamos traer a colación pero, para mostrarlo, nos fijaremos en la aportación del Derecho de la Unión Europea a la teoría de la Organización internacional, la producción y aplicación de normas y obligaciones y la protección de los particulares en el extranjero. También nos referiremos a la incidencia de la Política común de pesca en el Derecho Internacional del Mar y a la respuesta de la Unión Europea ante la reunificación alemana.

1. Aportaciones a la teoría de la Organización internacional

Desde la perspectiva de la teoría (obviemos el término «general») de la Organización internacional, las aportaciones de la Unión Europea —las Comunidades Europeas para ser exactos— son múltiples.

A) *Las Comunidades Europeas como modelo de Organización internacional*

En primer lugar, las Comunidades constituyen un modelo de Organización en el que se inspiran otros muchos procesos de integración iniciados en otras latitudes. Basta fijarse en América, donde junto al Pacto Andino, reconvertido en Comunidad Andina por el Protocolo de Trujillo de 1996, destacan el MERCOSUR y la NAFTA.

Dicho modelo de *Organización de integración* se caracteriza por la atribución que los Estados miembros hacen a sus instituciones del ejercicio de (amplias) competencias soberanas, particularmente de índole normativa, por el carácter no intergubernamental de algunas de estas instituciones, por la articulación en su seno de un sistema jurisdiccional avanzado, por la implantación de un sistema de recursos (financieros) propios...¹⁴⁴; en fin, se distingue por superar los esquemas propios de las Organizaciones de mera cooperación para traducir la puesta en común —como se dijo— de las soberanías de los Estados miembros en pos de su integración (económica).

subvención, Granada, 1993 (esp. pp. 501 ss.); L. N. GONZÁLEZ ALONSO, «Nuevos desarrollos en la aplicación del GATT (Comentario a la sentencia del TJCE de 7 de mayo de 1991, Nakajima, asunto C-69/89)», *RIE*, 1992, núm. 1, pp. 195-210; y F. CASTILLO DE LA TORRE, «Los efectos del GATT en Derecho comunitario. Consecuencias de la sentencia relativa al régimen de importación del plátano para la aplicación de los acuerdos de la Ronda Uruguay en Derecho comunitario», *GJ*, B-102, 1995, pp. 13-25 (versión inglesa del artículo en *JWT*, 1995, núm. 1, pp. 53-68). En otras lenguas destacaremos el muy interesante trabajo de M. J. HAHN y G. SCHUSTER, «Le droit des États membres de se prévaloir en justice d'un accord liant la Communauté. L'invocabilité du GATT dans l'affaire République Fédérale d'Allemagne contre Conseil de l'Union européenne», *RGDIP*, 1995, núm. 2, pp. 367-384.

¹⁴³ Véanse, con carácter general, J. L. DEWOST y D. VIGNES, «Organisations européennes et vie internationale», en *L'Europe dans les relations internationales*, SFDI (Colloque de Nancy), París, 1982, pp. 219 ss.; e Y. DAUDET, «Le droit international tire-t-il profit du droit communautaire?», en *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à J. Boulouis*, París, 1991, pp. 97-112.

¹⁴⁴ Véase, al respecto, H. G. SCHERMERS y N. M. BLOKKER, *International Institutional Law. Unity within Diversity*, La Haya, 3.^a ed., Londres, Boston, 1995 (en p. 41).

B) *Las competencias de la Organización internacional*

En segundo lugar, las Comunidades Europeas constituyen un punto de referencia inexcusable en *materia competencial*, en particular por lo que se refiere al desarrollo de la *doctrina de los poderes implícitos* de la Organización internacional, a la que ya hemos hecho referencias anteriormente. Inspirada en la jurisprudencia federal de los Estados Unidos, esta doctrina fue acogida tempranamente por la CIJ. Así, en su opinión consultiva de 1949 en el asunto de las *reparaciones de los daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas*, la Corte señaló que «[U]nder International Law, the Organization must be deemed to have those powers which, though not expressly provided in the Charter, are conferred upon it by necessary implication as being essential to the performance of its duties»¹⁴⁵. Por otra parte sigue encontrando manifestaciones en pronunciamientos recientes de la Corte. Nos referimos a la opinión consultiva de 1996 sobre la *licitud del uso de las armas nucleares por un Estado en un conflicto armado*, en la que considera que la doctrina de los poderes implícitos no constituye base suficiente para reconocer competencia a la OMS en relación con dicha cuestión¹⁴⁶.

El TJCE reconoció muy pronto que la teoría de los poderes implícitos opera en el ordenamiento comunitario. Así, en su sentencia de 1956 en el asunto *Fédéchar* afirmaba que «está permitido, sin librarse a una interpretación extensiva, aplicar una regla de interpretación generalmente admitida tanto en Derecho Internacional como en Derecho nacional y según la cual las normas establecidas por un tratado internacional o por una ley implican las normas sin las cuales las primeras carecerían de sentido o no permitirían una aplicación razonable y útil»¹⁴⁷.

La teoría de los poderes implícitos juega, desde luego, en el ámbito de las competencias internas de la Comunidad, como lo ponen de relieve diversas sentencias del TJCE¹⁴⁸. No obstante, ha desplegado toda su potencialidad en el ámbito de las relaciones exteriores de la CE. Así, tomando como fundamento dicha teoría, el Tribunal ha llegado a afirmar la existencia de competencias implícitas *ad extra* en todos los ámbitos en los que las bases jurídicas del Tratado CE atribuyen a la Comunidad competencias *ad intra*. La *doctrina del paralelismo entre las competencias internas y externas de la Comunidad* tiene su primer exponente en la célebrima sentencia de 1971 en el asunto *AETR*, en la que el Tribunal de Luxemburgo afirmaba que la competencia de la CE para celebrar acuerdos internacionales «resulta no sólo de una atribución explícita del Tratado [...] sino que puede desprenderse igualmente de otras disposiciones del Tratado y de los actos adoptados, en el marco de estas disposiciones, por las instituciones...»¹⁴⁹. En este mismo sentido se manifestaba en su sentencia de 1976 en el asunto *Kramer*, señalando que la capacidad convencional de la Comunidad «resulta no sólo de una atribución explícita del Tratado, sino que puede desprenderse igualmente de manera implícita de otras

¹⁴⁵ Opinión consultiva de 11.4.1949 (*Reports*, 1949, pp. 174 ss., en p. 182).

¹⁴⁶ Opinión consultiva de 8.7.1996 (*Reports*, pp. 66 ss., en pp. 82 ss.).

¹⁴⁷ St. de 29.11.1956 (as. 8/55, *Rec.*, pp. 199 ss. en p. 305) (traducción propia). V. en el mismo sentido las sts. de 15.7.1960 en los as. *Italia c. Alta Autoridad* (as. 20/59, *Rec.*, pp. 663 ss., en p. 688) y en el as. *Países Bajos c. Alta Autoridad* (as. 25/59, *Rec.*, pp. 723 ss., en pp. 757 ss.).

¹⁴⁸ Véanse, por ejemplo, sus sts. de 9.7.1987 en el as. *Alemania c. Comisión (Política migratoria)* (as. ac. 281, 283-285 y 287/85, *Rec.*, pp. 3203 ss., consid. 28) y de 27.9.1988 en el as. *Comisión c. Consejo (Convenio internacional del sistema armonizado de designación y codificación de mercancías)* (as. 165/87, *Rec.*, pp. 5545 ss., consid. 8).

¹⁴⁹ St. de 31.3.1971 (as. 22/70, *Rec.*, pp. 263 ss., consid. 16)

disposiciones del Tratado, del Acta de adhesión y de los actos adoptados, en el marco de estas disposiciones, por las instituciones»¹⁵⁰.

La sentencia AETR proclamaba además la exclusividad de las competencias exteriores de carácter implícito «cada vez que la Comunidad, con el fin de aplicar una política común prevista por el Tratado, adopta disposiciones [hubiere adoptado, debe entenderse] que establecen reglas comunes»¹⁵¹. Esta importante afirmación del Tribunal ha dado en conocerse como *doctrina AETR*.

Las sentencias AETR y Kramer dejaban, sin embargo, varias interrogantes por resolver. Así, en primer lugar, no precisaban si el ejercicio de una competencia exterior de carácter implícito queda o no condicionado al previo ejercicio *ad intra* de la competencia atribuida por el Tratado. En su dictamen 1/76, sobre el Proyecto de *Acuerdo relativo a la constitución de un Fondo europeo de inmovilización de la navegación interior*, admitía el posible ejercicio *ad extra* de la competencia comunitaria en tal caso, subordinándola, sin embargo, a que la acción exterior fuera «necesaria para la consecución de uno de los objetivos de la Comunidad»¹⁵². De donde se deducía, además, que la exclusividad de las competencias exteriores de carácter implícito podía venir determinada no sólo por el juego de la llamada *doctrina AETR* sino igualmente por la *necesidad de la acción*.

En segundo lugar, el alcance de la llamada *doctrina AETR* no había quedado perfilado con suficiente claridad en dichos pronunciamientos, dando lugar a construcciones doctrinales maximalistas. Habría que esperar a los dictámenes 2/91 y 1/94 para evidenciar la inconsistencia de estas construcciones. El dictamen 2/91, relativo a la celebración del *Convenio n.º 170 de la OIT sobre seguridad en la utilización de los productos químicos en el trabajo*, amén de reconocer el juego de la *doctrina AETR* en el ámbito de otras políticas distintas de las que en rigor merecen la calificación de *comunes* (el Convenio n.º 170 de la OIT afecta fundamentalmente a la política social), excluía la exclusividad de la competencia comunitaria para celebrar un acuerdo internacional en los supuestos en que, aun habiéndose adoptado reglas comunes, éstas tuvieran carácter de *disposiciones de mínimos*¹⁵³. El dictamen 1/94, a propósito del *Acuerdo por el que se establece la OMC*, precisaba, por su parte, que para sostener el carácter exclusivo de una competencia exterior implícita no basta con que el acuerdo considerado se refiera a un ámbito en el que existan reglas comunes en vigor, sino que es necesario que la materia objeto del acuerdo haya sido, en su totalidad, objeto de regulación comunitaria¹⁵⁴.

¹⁵⁰ St. De 14.7.1976 (as. ac. 3, 4 y 6/76, *Rec.*, pp. 1279 ss., consid. 20).

¹⁵¹ Consid. 17 y 18 de la st.

¹⁵² Dict. 1/76, de 26.4.1977 (*Rec.*, pp. 741 ss., p. 755).

¹⁵³ Dict. 2/91, de 19.3.1993 (*Rec.*, pp. I-1061 ss., consid. 10 ss. y 16 ss.).

Véase, entre otros, el comentario de A. OLESTI RAYO, «La competencia comunitaria para concluir convenios en el marco de la Organización Internacional del Trabajo (Comentario al dictamen 2/92 de 19 de marzo de 1993)», *RIE*, 1993, n.º 3, pp. 945-971.

¹⁵⁴ Dict. 1/94, de 15.11.1994 (*Rec.*, pp. I-5267 ss., consid. 77 ss.).

Este dictamen ha merecido severas críticas por parte de la doctrina al considerarlo regresivo tan en relación con la doctrina AETR como, en otro orden de cuestiones, respecto de la jurisprudencia anterior del TJCE relativa al alcance del art. 113 del TCE. En relación con el primer aspecto, véase N. EMILOU, «The Death of Exclusive Competence?», *ELR*, 1996, n.º 4, pp. 294-311 (en pp. 302 ss.); J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, «L'ère des compétences partagées. A propos de l'étendue des compétences extérieures de la Communauté européenne», *RMC*, n.º 390, 1995, pp. 461-470 (en pp. 463 ss.); y, en la doctrina española, J. MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, «La competencia de la CE para celebrar el Acuerdo de la OMC (Comentario al dictamen del TJCE 1/94, Acuerdo OMC, de 15 de noviembre de 1994)», *RIE*, 1995, n.º 2, pp. 593-618 (en pp. 607 ss.).

La afirmación del juego de la teoría de los poderes implícitos para definir el alcance de las competencias exteriores de la Comunidad ha sido reiterada últimamente en el dictamen 2/94 relativo a la *adhesión de la Comunidad al Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales*. El TJCE repite en él, una vez más, que «la competencia de la Comunidad para contraer obligaciones internacionales puede resultar no sólo de disposiciones explícitas del Tratado, sino que también puede derivarse de manera implícita de dichas disposiciones»¹⁵⁵.

Para terminar este punto, queremos subrayar que la jurisprudencia del TJCE ha puesto de relieve que para la determinación de los *poderes implícitos en el título competencial*¹⁵⁶, en feliz expresión de los Profesores Andrés Sáenz de Santa María, González Vega y Fernández Pérez¹⁵⁷, el recurso al principio del *efecto útil* en la interpretación del Tratado constitutivo de la Organización constituye la técnica apropiada. Otra forma de ver las cosas es la que nos propone Araceli Mangas Martín para quien en estos casos más que de poderes implícitos habría que hablar de una interpretación de los títulos competenciales con arreglo a dicho principio¹⁵⁸.

C) *La Organización internacional como miembro de otra Organización internacional*

En tercer lugar, la asunción por la CE de competencias en los ámbitos de actuación de otras Organizaciones ha dado paso al reconocimiento en su favor del *estatuto de miembro*¹⁵⁹. La participación de la Comunidad en otras Organizaciones no estaba prevista en el TCE antes de su revisión por el TUE. A pesar de ello, el TJCE no tardó mucho en admitir su capacidad para, en el ejercicio de sus competencias, ser parte en tratados constitutivos de Organizaciones¹⁶⁰. Más aún, desde 1972 ha venido afirmando la sustitución de los Estados miembros por la CE en las obligaciones derivadas del GATT¹⁶¹, a pesar de que la Comunidad no fuera formalmente par-

¹⁵⁵ Dict. de 28.3.1996 (*Rec.* pp. I-1759 ss., apdo. 26).

¹⁵⁶ Recuérdese a este respecto la distinción apuntada por H. G. SCHERMERS y N. M. BLOKKER entre «powers implied from explicit powers as opposed to powers implied from purposes and functions of the organizations» (en *International...*, *op. cit.*, p. 159).

¹⁵⁷ Paz ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, JAVIER A. GONZÁLEZ VEGA y BERNARDO FERNÁNDEZ PÉREZ, *Introducción al Derecho de la Unión Europea*, Madrid, 1996 (en p. 106).

¹⁵⁸ En A. MANGAS MARTÍN y D. J. LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones...*, *op. cit.* (en pp. 320-321). Véase, asimismo, J. MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, *El sistema...*, *op. cit.* (esp. en pp. 131-132).

¹⁵⁹ Véanse especialmente, en la bibliografía más reciente, J. SACK, «The EC Membership of International Organizations», *CMLR*, 1995, núm. 5, pp. 1227-1256; R. FRID, *The Relations between the European Community and International Organizations*, La Haya, 1995. En la doctrina española destaca el trabajo de J. ROLDÁN BARBERO, «La participación de la Unión Europea en Organismos internacionales», en *Acción exterior de la Unión Europea y Comunidad Internacional* (F. M. Mariño Menéndez, ed.), Madrid, 1998, pp. 243-271; véase también el trabajo de F. X. PONS RAFFOLS, «La admisión de la CEE como miembro de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación», *RJE*, 1994, núm. 2, pp. 419-158.

En este punto seguimos de cerca el epígrafe relativo a la participación de la CE en otras Organizaciones contenido en A. REMIRO y R. RIQUELME, J. DíEZ-HOCHLEITNER, E. ORIHUELA y L. PÉREZ-PRAT, *op. cit.* (en pp. 169 ss.).

¹⁶⁰ Véase dict. 1/76, de 26.4.1977, *Fondo europeo de inmovilización de la navegación interior* (*Rec.*, pp. 741 ss., apdo. 3 ss.).

¹⁶¹ Véanse, entre otras, las sts. de 12.12.1972 en el as. *International Fruit Co. III* (as. ac. 21-24/72, *Rec.*, pp. 1219 ss., consid. 10 ss.); de 19.11.1975 en el as. *Nederlandse Spoorwegen* (as. 38/75, *Rec.*, pp. 1439 ss., consid. 16); de 16.3.1983 en el as. *SPI y SAMI* (as. ac. 267-269/81, *Rec.*, pp. 801 ss., consid. 17); y de

te en él. El Tribunal justificaba así a la postre la actuación de la CE en el seno del GATT como miembro de *facto*, con anterioridad a la conclusión del Acuerdo constitutivo de la OMC.

La participación de la Comunidad como miembro de otras Organizaciones se produce normalmente junto a los Estados miembros, salvo en el caso de algunas, como la OPAN (NAFO) o la CPANE, cuyo objeto recae enteramente sobre un ámbito de competencia exclusiva de la CE.

Los supuestos de participación conjunta resultan sin embargo complejos y presentan diferencias significativas entre sí. El estatuto reconocido a la CE en estos casos no siempre es equivalente al de los demás miembros. Así, por ejemplo, en el caso de la FAO no participa en las cuestiones de organización interna o presupuestarias. En cuanto al derecho de voto, normalmente se ejerce de forma alternativa —según estén en juego competencias comunitarias o nacionales— y, caso de corresponderle su ejercicio, la CE cuenta con un número de votos equivalente al de Estados miembros que participan en la Organización o en el órgano considerado. Hay, no obstante, excepciones. Así el Protocolo al Acuerdo de Madrid sobre el Registro Internacional de Marcas de 1989 otorga un derecho de voto adicional a la CE, dada la naturaleza del Derecho comunitario de marcas que no se superpone al Derecho de marcas de los Estados miembros, sino que coexiste junto a él¹⁶². Por otra parte, en estos supuestos de participación conjunta, se suele exigir la formulación por la Comunidad y sus Estados miembros de *declaraciones de competencias* precisando los ámbitos en los que le corresponde a ella actuar. Sobre estas declaraciones volveremos más tarde. Por lo demás, se impone la cooperación entre los Estados miembros y la Comunidad para organizar dicha participación. Una cooperación a la que están obligados en virtud del artículo 5 del TCE, como ha subrayado el TJCE en su dictamen 1/94 relativo al *Acuerdo por el que se establece la OMC*¹⁶³.

D) *El derecho de legación activa de la Organización internacional*

En cuarto lugar, la Comunidad es pionera en el ejercicio de un verdadero *derecho de legación activa*, cuyas reglas no son objeto de codificación en texto alguno, excepción hecha del *proyecto de artículos sobre el estatuto del correo diplomático y de la valija no acompañada* adoptado por la CDI¹⁶⁴. En la actualidad la Comunidad cuenta con *Delegaciones* establecidas por la Comisión ante más de ciento diez Estados y Organizaciones internacionales¹⁶⁵. Estas *Delegaciones* despliegan una actividad diplomática comparable en muchos aspectos a la que desarrollan las Mi-

5.10.1994 en el as. de la *Organización común de mercados en el sector de los plátanos* (as. C-289/93, *Rec.*, pp. I-4973 ss., consid. 105).

¹⁶² Véase, al respecto, A. CASADO CERVIÑO, «El Derecho de marcas en la Unión Europea: el Reglamento sobre la marca comunitaria», *GJ*, D-22, 1994, pp. 129-167 (esp. en pp. 135 ss.).

¹⁶³ Dict. 1/94, de 15.11.1994 (*Rec.*, pp. I-5267 ss., apdos. 108 ss.).

¹⁶⁴ En él figura un proyecto de protocolo adicional que extiende las disposiciones de aquél a los correos y valijas empleados por las Organizaciones internacionales en sus comunicaciones oficiales; véase *Anuario CDI*, 1989, vl. II (2.ª parte), pp. 10 ss. (en pp. 51 ss.).

¹⁶⁵ Véase esp. J. M. SOBRINO HEREDIA, «La actividad diplomática de las Delegaciones de la Comisión en el exterior de la CE», *RIE*, 1993, núm. 2, pp. 485-532.

En este punto también seguimos de cerca el epígrafe correspondiente de A. REMIRO y R. RIQUELME, J. DÍEZ-HOCHLEITNER, E. ORIHUELA y L. PÉREZ-PRAT, *op. cit.* (en pp. 772 ss.).

siones diplomáticas de Estados, si bien circunscrita, como es natural, al ámbito de las competencias comunitarias.

Así, en los ámbitos de competencias exclusivas (política comercial, política de pesca...) ejercen su actividad en monopolio, excluyendo —sin perjuicio de su colaboración— la actuación de las Misiones de los Estados miembros. En los ámbitos de competencias compartidas, en cambio, coordinan su actividad con la de estas últimas. Por último, si se trata de una materia que incide en la PESCA, su papel se limita a estar asociada a la actuación de las Misiones diplomáticas de los Estados miembros y, en particular, del Estado miembro que asume la presidencia del Consejo.

El establecimiento de las *Delegaciones* de la Comisión se realiza mediante acuerdos con los terceros Estados u Organizaciones, salvo en el caso de las Delegaciones ante los países ACP, previstas en el Convenio de Lomé. Dichos acuerdos definen el estatuto diplomático de las *Delegaciones* y de sus miembros en términos equivalentes a los que prevé la Convención de Viena de 1961 para las Misiones de Estados.

2. Contribuciones en el campo de los mecanismos de producción y aplicación de las normas y obligaciones internacionales

Por lo que se refiere a la producción y aplicación de las normas y obligaciones internacionales, las aportaciones del Derecho de la Unión Europea encuentran múltiples manifestaciones, de las que destacaremos las que siguen.

A) *El Derecho de los Tratados*

En el campo del Derecho de los Tratados, la CE no sólo ha desarrollado una intensa actividad convencional, sin parangón con la de ninguna otra Organización, sino que, además, ha contribuido con su actividad a algunos desarrollos dignos de mención.

Una primera cuestión que merece ser abordada es la relativa a la *posición de los Estados miembros respecto de los acuerdos internacionales celebrados por la Organización con terceros*. Como se recordará, fue ésta una cuestión muy debatida por la Comisión de Derecho Internacional al elaborar el proyecto de artículos que sirvió de base a la Convención de Viena de 1986 sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones internacionales y de éstas entre sí, dando lugar a la inclusión en el proyecto finalmente aprobado por aquélla de un artículo 36 *bis* que, si bien descartaba que tales acuerdos dieran lugar de forma automática a relaciones directas entre los Estados miembros y las terceras partes en los mismos, afirmaba la existencia de dichas relaciones cuando se cumplieran determinados requisitos relacionados con el consentimiento de unos y otros¹⁶⁶. La Conferencia de Viena, sin embargo, optó por suprimir el precepto, dejando la cuestión sin resolver.

Pues bien, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha contribuido significativamente a despejar algunas incógnitas. En un primer momento —me refiero a su sentencia de 1982 en el asunto *Kupferberg*— el Tribunal realizó una afirmación

¹⁶⁶ Véase *Anuario CDI*, 1982, vl. II (2.ª parte), p. 45.

desconcertante. En efecto, señaló en ella que, al dar cumplimiento a un acuerdo celebrado por la CE, los Estados miembros no sólo satisfacían una obligación frente a ella sino igualmente hacia el tercer país concernido.¹⁶⁷ Sin embargo, de la jurisprudencia posterior —particularmente de la sentencia de 1987 en el asunto *Demi-rel*¹⁶⁸— se desprende que los acuerdos celebrados por la Comunidad no vinculan a los Estados miembros en virtud del Derecho Internacional, sino únicamente a resultados de su incorporación al ordenamiento comunitario y como parte integrante de él.¹⁶⁹

Esta conclusión ha sido a su vez decisiva para determinar el juego de la responsabilidad internacional en relación con la Organización internacional. En efecto, admitido que sólo la Comunidad se encuentra obligada en el plano internacional por los acuerdos que celebra con terceros, ha de entenderse que a ella sola incumbe reclamar en caso de incumplimiento del mismo por terceras partes o responder ante una reclamación por violación del acuerdo por los Estados miembros. En este sentido se manifiesta Jesús Carrera Hernández, quien descarta incluso el juego de una responsabilidad subsidiaria o alternativa de los Estados miembros. Este autor, además, resuelve el problema de la imputabilidad del hecho ilícito a la Comunidad, en los supuestos de violación del acuerdo por los órganos internos de los Estados miembros, acudiendo, acertadamente, al criterio del *control de la actividad*¹⁷⁰.

Una segunda cuestión a resaltar es la aparición en la práctica comunitaria de la figura de los *acuerdos mixtos*, esto es, de acuerdos que celebran conjuntamente la Comunidad y los Estados miembros con terceros por corresponder a ámbitos de competencias compartidas.

Particular mención merecen a este respecto los acuerdos multilaterales abiertos a la participación de la CE junto a sus Estados miembros. Es el caso, por ejemplo, de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, cuyo Anexo IX —igualmente aplicable al Acuerdo de 1994 relativo a la Parte XI— regula de forma detallada esa participación, exigiendo, para que la Comunidad pueda ser parte, que la mayoría de los Estados miembros lo sean también y que una y otros formulen una *declaración sobre las competencias* transferidas a aquélla¹⁷¹.

¹⁶⁷ St. de 26.10.1982 (as. 104/81, *Rec.* pp. 3641 ss., consid. 13).

¹⁶⁸ St. de 30.9.1987 (as. 12/86, *Rec.*, pp. 3719 ss., consid. 11).

¹⁶⁹ Véanse, entre otros, J. BOULOUIS, «Le droit des Communautés européennes dans ses rapports avec le droit international général», *R.des C.*, 1992-II (t. 235), pp. 9-80 (en p. 76); P. MANIN, «L'article 228, paragraphe 2, du Traité CEE», en *Etudes de Droit des Communautés européennes. Mélanges offerts à P.-H. Teitgen*, París, 1984, pp. 289-310 (en p. 293); O. JACOT-GUILLARMOD, *Droit communautaire et droit international public*, Ginebra, 1979 (en p. 97). En la doctrina española, véanse especialmente F. J. CARRERA HERNÁNDEZ, *Política pesquera y responsabilidad internacional de la Comunidad Europea*, Un. de Salamanca, 1995 (en pp. 50 ss.), y J. M. SOBRINO HEREDIA, «El control de los acuerdos internacionales por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *Cur. DI Vitoria* 1992, pp. 83-156 (en pp. 135 ss.).

¹⁷⁰ J. CARRERA HERNÁNDEZ, *Política pesquera...*, *op. cit.* (en pp. 185 ss.).

Véanse, también, M. PÉREZ GONZÁLEZ, «Les organisations internationales et le droit de la responsabilité», *RGDIP*, 1988, núm. 1, pp. 63-102 (esp. pp. 75 ss.), y M. HIRSCH, *The Responsibility of International Organizations toward Third Parties: Some Basic Principles*, Dordrecht, 1995 (esp. pp. 149 ss.). Y entre los últimos trabajos en la doctrina española, A. PIGRAU SOLÉ, «La responsabilidad internacional de la Comunidad Europea», en *Acción exterior...* (F. M. Mariño Menéndez, ed.), *op. cit.*, pp. 171-217.

¹⁷¹ Véanse, en la doctrina española, J. ROLDÁN BARBERO, «La CEE y el Convenio sobre Derecho del Mar de 1982. Consideraciones sobre la relación entre el Derecho Comunitario y el Derecho Internacional», *RIE*, 1991, núm. 2, pp. 551-581 (esp. en pp. 561 ss.), y R. HUESA VINAIXA, «La delimitación de competencias CEE-Estados miembros en los "acuerdos mixtos": estudio de la práctica reciente», *RIE*, 1984, núm. 1, pp. 32-52 (esp. pp. 46 ss.).

Los acuerdos *mixtos* plantean especiales dificultades por lo que respecta a la determinación de las obligaciones que incumben a la Comunidad y a sus Estados miembros y, consecuentemente, en materia de responsabilidad internacional. En ocasiones, estos aspectos vienen regulados en el propio acuerdo. De nuevo es el caso de la Convención sobre el Derecho del Mar de 1982, al disponer su Anexo IX que la Organización será parte únicamente en la medida en que tenga competencia de conformidad con las referidas declaraciones de competencias —quedando sus derechos y obligaciones, así como los de los Estados miembros, limitados a las materias correspondientes— y que la responsabilidad por el incumplimiento de sus disposiciones incumbirá igualmente a la parte que tenga competencia. Ahora bien, para los supuestos de ausencia de regulación en el acuerdo considerado, el Tribunal de Justicia ha entendido que la Comunidad y los Estados miembros se encuentran conjuntamente obligados en el plano internacional, estando sometidos a un régimen de responsabilidad conjunta de carácter solidario¹⁷².

B) *Las resoluciones de las Organizaciones internacionales*

Si las aportaciones del Derecho de la Unión Europea al Derecho Internacional en el ámbito del Derecho de los Tratados son relevantes, mayor entidad aún tienen las que resultan de los actos emanados de las instituciones comunitarias.

Hoy día no se concibe hablar de las resoluciones de las Organizaciones internacionales en España o en los países de nuestro entorno sin hacer hincapié no sólo en las resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas y en las decisiones del Consejo de Seguridad sino, sobre todo, en los actos adoptados por las instituciones de la CE, en particular en los actos de *Derecho derivado*.

El Derecho derivado traduce el ejercicio de un amplio poder normativo por las instituciones, a través de procedimientos complejos que, como ya recalcamos, trascienden con mucho los esquemas de la cooperación intergubernamental. Por otra parte, los actos que los integran se dirigen no sólo a los Estados miembros sino igualmente a los particulares, configurándose además como actos que reclaman en muchos casos una aplicabilidad directa. Es difícil encontrar precedentes de este fenómeno que, por su parte, sirve de inspiración a nuevas Organizaciones de integración.

Cierto es, sin embargo, que el ordenamiento comunitario reclama en nuestros días una reforma en esta materia que tome como referencia el modelo estatal. Baste apuntar tres motivos.

En primer lugar, la práctica ha demostrado que la caracterización que el artículo 189 del TCE realiza de cada uno de los actos en él tipificados no permite determinar con claridad sus contornos. Así, por ejemplo, el recurso a las directivas *deltalladas* o a las *directivas marco*¹⁷³ (directivas, estas últimas, que reclaman medidas de ejecución normativa por las propias instituciones comunitarias) y a los regla-

¹⁷² A este respecto, véase especialmente la st. de 2.3.1994 en el as. *Parlamento Europeo c. Consejo* (C-316/91, *Rec.*, pp. I-625 ss., consid. 29).

Véase igualmente, en este sentido, C. TOMUSCHAT, «Liability for Mixed Agreements», en *Mixed Agreements* (D. O'Keefe y H. G. Schermers, ed.), Deventer, 1983, pp. 125-132 (en p. 130), y G. GAJA, «The European Community's Rights and Obligations under Mixed Agreements», *ibid.*, pp. 133-140 (en p. 137).

¹⁷³ Véanse a este respecto los trabajos de L. MILLÁN MORO, esp. su obra *La armonización de legislaciones en la CEE*, Madrid, 1986 (pp. 283 ss. y 321 ss.).

mentos que habilitan a los Estados miembros para adoptar determinadas medidas de ejecución normativa, ha traído aparejada una cierta dilución en la distinción entre ambas categorías de actos. Esta dilución se ha visto, además, potenciada por el reconocimiento jurisprudencial de la posible eficacia directa (vertical) de las directivas. En cuanto a la *decisión*, su consideración como acto individual —propio del ámbito de la ejecución administrativa— sólo procede en los casos que tiene como destinatario a un particular, siendo así que con frecuencia se dirige a uno o incluso a todos los Estados miembros.

En segundo lugar, en el Derecho Comunitario reina una confusión extrema entre los *actos de carácter legislativo* y los *actos ejecutivos*. En efecto, a pesar de la reforma del artículo 145 del TCE por el AUE, no hay reglas que determinen el contenido que, con carácter general, debe corresponder al Derecho derivado o, en su caso, al llamado *Derecho terciario*. Así, nada impide que mediante actos de Derecho derivado se agote la regulación comunitaria de una cuestión. Desde otra perspectiva, amén de la posibilidad de una autohabilitación por el Consejo, no parecen existir límites a la habilitación del poder ejecutivo. Téngase en cuenta a este respecto que, tras conformarse en la sentencia *Köster* con exigir que el acto de base establezca los elementos esenciales de la materia a regular¹⁷⁴, el TJCE ha mostrado una gran flexibilidad, al menos en el ámbito de la PAC, a la hora de determinar el contenido exigible a tales elementos esenciales¹⁷⁵.

En tercer lugar, junto a los actos tipificados en el actual artículo 189 del TCE, conviven en el ordenamiento comunitario una multitud de *actos atípicos* que empañan aún más el panorama y cuya aparición se explica por la falta de adaptación de la tipología de actos a las nuevas exigencias del proceso de integración.

La necesidad de la reforma señalada ya fue apuntada en la mal titulada *Declaración relativa a la jerarquía de los actos comunitarios* formulada al adoptar el TUE. La Conferencia intergubernamental iniciada en 1996 no ha sido sin embargo capaz de aportar ninguna modificación, si no es para complicar aún más las cosas. Así, en el contexto de la *comunitarización* (parcial) del tercer pilar, el Tratado de Amsterdam dispone la competencia del Consejo para adoptar, además de posiciones comunes y convenios intergubernamentales, «decisiones marco», «otras decisiones» y «medidas que permitan aplicar estas decisiones»¹⁷⁶ estableciendo, para colmo, reglas particulares en relación con la competencia del TJCE para conocer de su validez o proceder a su interpretación.

Nuestra referencia al sistema de producción de normas y obligaciones de la Unión Europea no puede acabar sin una mención al llamado *Derecho complementario* y a los *actos* de la PESC y de la CAJI. Dejando a un lado los convenios celebrados entre Estados miembros, ya sea en el marco del artículo 220 del TCE o de la CAJI, que reflejan con claridad que en la Unión Europea se recurre también a los mecanismos clásicos de la cooperación intergubernamental, algunos actos de la PESC y de la CAJI, así como de los que integran el Derecho complementario presentan una naturaleza incierta. Las *decisiones de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo* son un buen exponente. Diego J. Liñán Nogueras ha resaltado su posible consideración como una

¹⁷⁴ St. de 17.12.1970 (as. 25/70, *Rec.*, pp. 1161 ss., consid. 6).

¹⁷⁵ Véanse, p. ej., las sts. de 30.10.1975 en el as. *Rey Soda* (as. 23/75, *Rec.*, pp. 1279 ss., consid. 11 ss.), y de 27.10.1992 en el as. *Alemania c. Comisión* (as. C-240/90, *Rec.*, pp. I-5383 ss., consid. 41).

¹⁷⁶ Nuevo apdo. 2 del art. K.6 del TUE (art. 34.2 en la nueva numeración prevista).

categoría mixta entre lo internacional y lo institucional comunitario, advirtiendo que, por una parte, son acuerdos internacionales sujetos a las normas de Derecho Internacional pero, por otra parte, presentan innegablemente un aspecto jurídico-comunitario que viene dado por su objeto y fin y por el marco institucional en el que son adoptadas¹⁷⁷. Esta última dimensión, sin embargo, no altera, como ha señalado el citado autor, su carácter convencional. En efecto, tales decisiones se presentan, a nuestro juicio, como *acuerdos en forma simplificada* para los que, sin embargo, los ordenamientos constitucionales no parecen estar adaptados. Así, su adopción no se acompaña normalmente de la correspondiente tramitación parlamentaria en los Estados miembros —al menos en España—, obligando a quienes pretenden justificar la acción de los representantes gubernamentales a configurarlas como meros acuerdos de naturaleza política o *no normativos*. ¿Qué decir, por su parte, de las *posiciones comunes* y de las *acciones comunes*? ¿Expresión política de una coincidencia de posiciones, las primeras, y acuerdos internacionales adoptados en el seno del Consejo, las segundas? ¿O acaso debemos hablar ya —sobre todo tras la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam— de actos adoptados por el Consejo en el ejercicio de una competencia atribuida por el TUE¹⁷⁸?

C) *La aplicación del Derecho Internacional por los tribunales estatales*

Como ha señalado Yves Daudet, gracias al desarrollo del Derecho Comunitario, hoy ya no es excepcional que la resolución de un litigio en el orden interno de los Estados miembros pase por la aplicación de una norma internacional¹⁷⁹.

La afirmación de los principios de eficacia directa y de primacía, junto a la colaboración entre el Tribunal de Justicia y los tribunales nacionales por vía prejudicial, explican, como ya vimos, la frecuencia con que estos últimos aplican el Derecho Comunitario en la resolución de los litigios sometidos a su consideración. Y esta realidad, unida al hecho de que en muchos de los Estados miembros la inserción de las normas y otros actos comunitarios en el Derecho interno encuentra su fundamento constitucional en las mismas reglas que determinan la posición en él del Derecho Internacional, permiten entender el proceso de apertura de nuestros jueces hacia este último ordenamiento. No profundizaremos más en esta cuestión, a la que ya hemos dedicado previamente algunas páginas¹⁸⁰.

3. **Desarrollos en el ámbito de la protección de los particulares en el extranjero**

El Derecho de la Unión Europea también ha hecho aportaciones en el campo de la protección de los particulares en el extranjero. Nos referimos, por un lado, a la *protección de los ciudadanos de la Unión* por las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro en el territorio de un tercer país y, por otro, a la *asistencia diplomática* que presta la Comisión a los nacionales de los Estados miembros en terceros países.

¹⁷⁷ En A. MANGAS MARTÍN y D. J. LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones...*, *op. cit.* (en p. 381).

¹⁷⁸ Véase, de nuevo, el trabajo de M. KOSKENNIEMI, «International Law...», *loc. cit.* (en pp. 31 ss.).

¹⁷⁹ Y. DAUDET, «Le droit international...», *loc. cit.* (en p. 103).

¹⁸⁰ Véase *supra*, epígrafe II.2.A.a).

A) *La protección de los ciudadanos de la Unión por las autoridades diplomáticas y consulares de los Estados miembros*

Por lo que se refiere a este primer aspecto, de entre las disposiciones que introdujo el TUE en el TCE en materia de Ciudadanía de la Unión figura el artículo 8 C, a cuyo tenor «todo ciudadano de la Unión podrá acogerse, en el territorio de un tercer país en el que no esté representado el Estado miembro del que sea nacional, a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado»¹⁸¹. El artículo J.6 del TUE dispuso, por su parte, que las Misiones diplomáticas y las Oficinas consulares de los Estados miembros intensificarán su cooperación para contribuir a la ejecución de las disposiciones contempladas en el artículo 8 C del TCE.

Como ha señalado Carlos Jiménez Piernas, el derecho de protección referido no se configura *ex novo* por el TUE, sino que se asienta en una cierta práctica anterior¹⁸². Cabe citar en este sentido medidas de protección humanitaria de las Misiones diplomáticas y de las Oficinas consulares de los Estados miembros en favor de nacionales de otros Estados miembros, como es el caso, por ejemplo, de las medidas adoptadas, previa concertación en el ámbito de la CPE, con ocasión de la invasión de Kuwait por Iraq en 1990.

Conviene precisar que el artículo 8 C no consagra el *derecho subjetivo* de todo ciudadano de la Unión a obtener la protección efectiva de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro frente a terceros Estados en los que el de su nacionalidad no esté representado. Conforme a su tenor literal, el derecho a la protección por las autoridades de otro Estado miembro sólo tendrá el alcance que en dicho Estado se reconozca en favor de sus propios nacionales, siendo así que ni siquiera los Estados miembros que por vía de su Constitución (Portugal) o de la jurisprudencia constitucional (Alemania) configuran la protección de los nacionales en el extranjero como una obligación del Estado deducen de la misma un derecho subjetivo. Por otra parte, el derecho a la protección queda condicionado a la buena voluntad de los terceros, cuyo consentimiento, si bien puede manifestarse de varios modos, es en todo caso requerido.

Por lo demás, la propia referencia a la protección por las autoridades diplomáticas y consulares, esto es, de las Misiones diplomáticas y de las Oficinas consulares, no de los órganos centrales de otro Estado miembro, excluye al menos la protección diplomática *strictu sensu*. De hecho la Decisión adoptada en 1995 por los representantes de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo, atendiendo a la previsión del propio artículo 8 C, reduce la protección a supuestos que bien podrían ser calificados de mera protección humanitaria o, a lo sumo, de asistencia consular o diplomática limitada. En efecto, en ella se precisa que la protección consistirá en la asistencia en casos de fallecimiento, de accidente o enfermedad

¹⁸¹ Véanse, al respecto, los siguientes trabajos: C. JIMÉNEZ PIERNAS, «La protección diplomática y consular del ciudadano de la Unión Europea», *RIE*, 1993, núm. 1, pp. 9-49; *id.*, «La asistencia consular al ciudadano de la Unión: de Maastricht a Amsterdam», en *Acción exterior...* (F. M. Mariño Menéndez, ed.), *op. cit.*, pp. 219-242; D. J. LIÑÁN NOGUERAS, «De la ciudadanía europea a la ciudadanía de la Unión», *GJ*, D-17, 1992, pp. 63-99 (esp. pp. 93-95); *id.*, «La ciudadanía de la Unión Europea», en *El Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial* (G. C. Rodríguez Iglesias y D. J. Liñán Noguerras, ed.), Madrid, 1993, pp. 271-295 (esp. pp. 290-292); y E. VILARIÑO, «Representación exterior y cooperación diplomática y consular en el TUE», *RIE*, 1995, núm. 2, pp. 417-443.

¹⁸² C. JIMÉNEZ PIERNAS, «La protección...», *loc. recién cit.* (en pp. 35 ss.).

grave, de arresto o detención y de actos de violación, así como en el socorro y repatriación de ciudadanos en dificultad, excluyéndose todo anticipo, ayuda económica o gasto si no media el consentimiento del Estado miembro de su nacionalidad, que queda en tal caso obligado al reembolso¹⁸³.

Pero, por limitado que sea este derecho a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares, ha de reconocerse que representa un avance significativo en materia de protección de los individuos en el extranjero.

B) *La asistencia de la Comisión a los nacionales de los Estados miembros en el extranjero*

Mayor interés reviste, a nuestro juicio, la protección que dispensa la propia Comunidad a los nacionales de los Estados miembros en el extranjero.

A este respecto interesa señalar que son relativamente frecuentes los acuerdos de pesca celebrados por la CE con terceros Estados en los que se regula el procedimiento a seguir en caso de apresamiento de *buques comunitarios* en las aguas bajo jurisdicción de aquéllos, previendo la intervención, al menos en un primer momento, de las *Delegaciones* de la Comisión. Ejemplo paradigmático es el acuerdo de pesca con Marruecos¹⁸⁴.

La asistencia a que se refieren estos acuerdos ha llegado a ser calificada por el Tribunal de Primera Instancia —incurriendo probablemente en algún exceso— como un *deber de asistencia o protección diplomática* respecto de los nacionales de los Estados miembros. Así lo hizo en su sentencia de 1995 en el asunto *Odigitria*¹⁸⁵, sentencia que tenía por objeto una demanda por responsabilidad extracontractual contra la CE fundada, entre otros motivos, en que la Comisión no consultó a las autoridades de Guinea-Bissau, con arreglo a lo previsto en el Protocolo anejo al Acuerdo de pesca con este país, tras el apresamiento por aquéllas de un buque de la sociedad *Odigitria*¹⁸⁶.

Esta *asistencia comunitaria* no excluye, sin embargo, la asistencia diplomática o consular por parte del Estado miembro de la nacionalidad del perjudicado, ni tampoco el ejercicio por él de la protección diplomática (*stricto sensu*) si fuera víctima de un hecho internacionalmente ilícito imputable al tercer Estado, a menos que el ilícito consista en la violación del acuerdo celebrado con la Comunidad, en cuyo caso es a ésta a quien corresponde la reclamación. El caso del apresamiento del buque *Estai* durante la llamada «guerra del fletán» resulta ilustrativo¹⁸⁷.

No cabe duda, en fin, que la asistencia que presta la Comunidad a los *nacionales comunitarios* supone un paso adelante importante. A la Organización internacional tan sólo se le ha reconocido hasta nuestros días el derecho a la protección

¹⁸³ Véase Decisión de 19.12.1995 (DOCE L 314, de 28.12.1995).

¹⁸⁴ Véase el texto anejo al Reglamento 150/97, de 12.12.1996 (DOCE L 30, de 31.1.1997).

¹⁸⁵ St. de 6.7.1995, as. T-572/93, *Rec.*, pp. II-2025 ss. (consid. 77).

¹⁸⁶ Véanse los trabajos de F. J. CARRERA HERNÁNDEZ, «El deber de asistencia diplomática y consular de los pescadores comunitarios por la Comisión Europea (Comentario a la sentencia del TPI de 6 de julio de 1995, *Odigitria* AAE c. Consejo y Comisión, as. T-572/93)», *RIE*, 1996, núm. 2, pp. 539-552 (esp. pp. 543 ss.), y de F. CASTILLO DE LA TORRE, «La responsabilidad extracontractual de las instituciones comunitarias por actuaciones relativas a las relaciones exteriores», *GJ*, D-28, 1997, pp. 7-45 (en pp. 13 ss.).

¹⁸⁷ Véase mi artículo «El asunto “Estai”. Mucho más que un incidente», *El Boletín*, MAPA, 1995, núm. 22, pp. 43-51.

funcional de sus funcionarios y agentes, limitada a los daños sufridos en el ejercicio de sus funciones como consecuencia de un hecho ilícito imputable a un tercer sujeto, como se desprende de la opinión consultiva de la CIJ en el asunto de la *reparación de ciertos daños al servicio de las Naciones Unidas*¹⁸⁸, ya citada.

4. La incidencia de la Política común de pesca en la evolución del Derecho Internacional del Mar

La Comunidad Europea ha sido uno de los primeros sujetos en aplicar las reglas en materia de gestión y conservación de los recursos pesqueros en la zona económica exclusiva contenidas en la Convención de las Naciones Unidas de 1982¹⁸⁹. En efecto, tras la resolución de La Haya de 1976, por la que los entonces Estados miembros acordaron proclamar zonas económicas exclusivas o de pesca en el Atlántico, la Comunidad inicia la negociación de acuerdos con terceros países que tradicionalmente faenaban en *aguas comunitarias* o en cuyas aguas venía realizando su actividad la *flota comunitaria*, adoptando al tiempo algunos reglamentos que, con carácter provisional, regulaban la actividad de terceros países —particularmente de España— en las aguas comunitarias. Fruto de esta iniciativa son los primeros acuerdos con Canadá, Estados Unidos, Noruega, Suecia y el inevitable Convenio marco de 1980 con España. Estos acuerdos se basarían en el régimen de TACs y cuotas previsto en los artículos 61 y siguientes de la citada Convención de 1982. Paralelamente, la Comunidad se dotaba del Reglamento 170/83, por el que disponía igualmente la aplicación del régimen de TACs y cuotas en relación con las especies sensibles mediante reglamentos anuales cuya adopción se reservaba el Consejo, y el Reglamento 171/83, por el que se establecían determinadas medidas técnicas de conservación de los recursos.

La expansión de la política exterior de pesca de la Comunidad hacia otros países en desarrollo pondría de manifiesto la imposibilidad de aplicar en todos los casos el régimen de TACs y cuotas. Se inicia así una práctica convencional basada en la limitación del esfuerzo pesquero de la flota comunitaria en las aguas de estos países expresada en toneladas de registro bruto y/o en número de barcos. Por otra parte, las contrapartidas con estos países no serán el acceso recíproco o la apertura de mercados para sus productos pesqueros, sino compensaciones financieras, fundamentalmente.

En cuanto a las *aguas comunitarias*, el régimen de TACs y cuotas sería completado en 1992 por la previsión de nuevas medidas de gestión y conservación de los recursos ante las insuficiencias reveladas en la aplicación práctica de aquél. Concretamente, el Reglamento 3760/92 —que sustituiría al citado Reglamento 170/83— contemplaría un nuevo mecanismo consistente en la posibilidad de restringir el *esfuerzo pesquero* para cada pesquería o grupo de pesquerías en términos,

¹⁸⁸ Opinión consultiva de 11.4.1949 (*Reports*, pp. 174 ss., en pp. 181-182).

¹⁸⁹ Sobre la PCP y su evolución, véanse, entre los trabajos más recientes, C. NORDMANN, «Politique commune de la pêche», *Joly Communautaire*, vl. 4, 1996, pp. 1-63; y M. HOLDEN, *The Common Fisheries Policy*, Oxford, 1994. En la doctrina española, véase L. I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, «El Derecho de Pesca», en *Tratado de Derecho Comunitario Europeo* (E. García de Enterría, J. D. González Campos y S. Muñoz Machado, eds.), Madrid, 1986, vl. 3, pp. 349-386; A. ANAYA TURRIENTES y J. JUSTE RUIZ, *La política agrícola y de pesca en la Comunidad Europea*, Madrid, 1986, pp. 85 ss.; y mi artículo «La flota española entra en la Europa azul», *Meridiano CERI*, 1995, núm. 2, pp. 14-19.

por ejemplo, de limitación de los números de días de pesca o del número de barcos autorizados a faenar¹⁹⁰. La aplicación efectiva de este nuevo mecanismo vino de la mano del Reglamento 1275/94¹⁹¹, por el que se anticipó al año 1996 el fin del período transitorio previsto para España en el Acta de adhesión si bien condicionándolo a la previa aprobación de las medidas de limitación del esfuerzo contempladas en el Reglamento 3760/92 para toda la flota de los Estados miembros en el conjunto de las *aguas comunitarias*. En este contexto, el Consejo adoptó a finales de 1995, tras largas y difíciles negociaciones, los Reglamentos 685/95 y 2027/95 por los que se establecen para cada Estado miembro los niveles máximos de esfuerzo anual por pesquería —excepción hecha de las especies pelágicas o de superficie— expresados en potencia total de los buques y días de presencia de los mismos¹⁹². El nivel de esfuerzo fue calculado para cada Estado miembro, en aplicación del *principio de estabilidad relativa* —principio básico de la PCP—, sobre la base de las cuotas disponibles y del esfuerzo que venía realizando su flota.

En cuanto a las relaciones con terceros países, la práctica parece deslizarse, en parte, hacia los acuerdos llamados de *segunda generación*, cuya característica principal radica en que el acceso de la flota comunitaria se articula a través de la constitución —con financiación comunitaria— de *empresas mixtas* entre los armadores de los Estados miembros y los nacionales del Estado ribereño, siguiendo una técnica que España había desarrollado con éxito antes de su adhesión a la CE. El Acuerdo con Argentina de 1992 fue el primero¹⁹³.

5. Un apunte final: la respuesta de la Comunidad Europea frente a la reunificación alemana

Como es sabido, la reunificación se produjo mediante la absorción de los cinco *Länder* de la RDA por la República Federal, solución que contemplaba la Ley Fundamental de Bonn y que se consumó mediante la celebración en 1990 de los Tratados de unión económica, monetaria y social y de unión política. Pues bien, en relación con la Unión Europea la celebración de estos Tratados tuvo por consecuencia la continuidad de la RFA como miembro, si bien extendiendo el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión Europea al territorio de la ex RDA¹⁹⁴. El fenómeno produjo cierta perplejidad, sobre todo en países como España a los que la ad-

¹⁹⁰ Reglamento del Consejo 3760/92, de 20.12.1992 (DOCE L 389, de 31.12.1989).

¹⁹¹ Reglamento del Consejo 1275/94, de 30.5.1994 (DOCE L 140, de 3.6.1994).

¹⁹² Reglamentos del Consejo 685/95, de 27.3.1995 (DOCE L 71, 31.3.1995) y 2027/95, de 15.6.1995 (DOCE L 199, de 24.8.1995).

¹⁹³ Véase texto anejo al Reglamento 3447/93, de 28.9.1993 (DOCE L 318, de 20.12.1993).

¹⁹⁴ Véase especialmente E. GRABITZ, «L'unité allemande et l'intégration européenne», *CDE*, 1991, núm. 3-4, pp. 423-440; J.-P. JACQUÉ, «L'unification de l'Allemagne et la Communauté européenne», *RGDIP*, 1990, núm. 4, pp. 997-1018; G. SCHMIDT, «La réunification allemande et la Communauté européenne», *RMUE*, 1991, núm. 1, pp. 91-97; y, U. EVERLING, «La extensión de la vigencia del Derecho comunitario europeo al territorio de la antigua RDA», *RIE*, 1991, núm. 2, pp. 455-484.

Véanse, con carácter más general, D. PAPENFUSS, «Les traités internationaux de la RDA dans le cadre de l'établissement de l'unité allemande. Une contribution pragmatique au problème de la succession d'États en matière de traités internationaux», *AFDI*, 1995, pp. 207-243; P. BRETTON, «Les problèmes juridiques internationaux posés par l'unification de l'Allemagne», *RGDIP*, 1991, núm. 3, pp. 671-719; W. CZAPLINSKI, «Quelques aspects juridiques de la réunification de l'Allemagne», *AFDI*, 1990, pp. 89-105; C. SCHRICKE, «L'unification allemande», *AFDI*, 1990, pp. 47-87, y S. TORRECUDRADA, «Le rôle du consentement dans la succession d'États aux traités», *Polish YIL*, 1997-98, pp. 127-170.

hesión costó muchos años de negociación y la aceptación de largos y rigurosos regímenes transitorios.

No resulta fácil —ni pacífico— buscar en las reglas de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados o en la Convención de Viena de 1978 sobre sucesión de Estados en materia de tratados una explicación convincente. Desde luego no resulta de aplicación el artículo 31 de esta última Convención, pues no estamos ante una unificación de Estados con la subsiguiente aparición de un Estado sucesor. En cuanto a su artículo 15 la cuestión tampoco es pacífica ya que sólo contempla en él la *sucesión respecto de una parte del territorio* o, si se quiere, los supuestos de absorción parcial. En el caso alemán, sin embargo, nos encontramos ante la absorción de todo el territorio de la RDA por la RFA y la consiguiente desaparición del primer Estado. Por lo demás, el artículo 15 en cuestión admite como excepción los casos en que las condiciones de ejecución del tratado de que se trate cambien radicalmente, no siendo preciso demostrar los efectos gravosos que para los demás Estados miembros tuvo la *incorporación* sin condiciones del territorio de la ex RDA.

Cierto es que, como ha señalado Paz Andrés Sáenz de Santa María, el artículo 11 del Tratado de unión de 1990 opta por la aplicación —con alguna excepción— del principio de *variabilidad o movilidad del ámbito de aplicación espacial de los tratados* recogido en el citado artículo 15 de la Convención de Viena¹⁹⁵. Pero dicha opción se limita a los tratados celebrados por la RFA. Para los tratados de la RDA, en cambio, su artículo 12 dispuso que «[...] serán discutidos con las partes contratantes afectadas con objeto de regular o confirmar la continuidad en su aplicación, ajustes o terminación...», advirtiéndole que «la Alemania unificada determinará su posición en relación con la continuidad ... [de dichos tratados]...siguiendo consultas con las respectivas partes contratantes...»¹⁹⁶.

En cuanto al artículo 29 de la Convención de Viena de 1969, que enuncia la referida regla de la elasticidad o movilidad como un principio general del Derecho de los Tratados, exceptuando los casos en que una intención diferente se desprende del tratado o consta de otro modo —lo que no es el caso en relación con las Comunidades Europeas a la luz del artículo 227 del TCE— no consideramos razonable su invocación en este supuesto, a la luz de los propios trabajos de la CDI¹⁹⁷. Téngase además en cuenta —a efectos meramente dialécticos— que, de admitirse la aplicación del artículo 29 en cuestión, los demás Estados miembros habrían (acaso) podido invocar la causa de terminación prevista en el artículo 62, pues no parece osado sostener que la absorción del territorio de la ex RDA constituyó un cambio fundamental de las circunstancias que modificó sustancialmente —si no radicalmente— el alcance de las obligaciones que todavía debían cumplirse en virtud de los Tratados constitutivos.

En cualquier caso, el fundamento de la extensión del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión Europea a los cinco *Länder* absorbidos no ha de buscarse, si rastreamos en la práctica, en las referidas Convenciones de Viena sino, a nuestro juicio, en el consentimiento —o al menos la aquiescencia— de los demás Estados

¹⁹⁵ P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, «Problemas actuales de la sucesión de Estados», Cur. DI Vitoria 1993, pp. 157-214 (en pp. 172).

¹⁹⁶ Texto tomado del artículo cit. en nota anterior (en p. 173).

¹⁹⁷ Véase «Tercer informe sobre el Derecho de los Tratados», de H. WALDOCK, *Anuario CDI*, 1964, vl. II, pp. 3-63 (en pp. 10 ss.).

miembros. Dicho consentimiento —que ningún Estado miembro estaba en condiciones de negar— se evidencia en las conclusiones formuladas por la presidencia con ocasión de la sesión especial del Consejo Europeo celebrada en Dublín el 28 de abril de 1990¹⁹⁸.

V. CONCLUSIÓN

No siendo muy amigo de conclusiones, creo que, llegados a este punto, lo más coherente sería proponer que cada uno saque las suyas. No obstante, me esforzaré por apuntar las mías.

Por lo que se refiere a la naturaleza del Derecho de la Unión Europea, considero que el ordenamiento comunitario merece la calificación de *subsistema de Derecho Internacional*, en tanto que *ordenamiento autónomo de Derecho Internacional de carácter semi-cerrado*. *Ordenamiento autónomo de Derecho Internacional* en el sentido de que, teniendo en el Derecho Internacional su fundamento, cuenta con sus propias *normas secundarias*, normas que, por otra parte, se inspiran en parte (y cada vez más) en el Derecho estatal, en particular en los ordenamientos internos de los Estados miembros. Y *ordenamiento autónomo semi-cerrado* al Derecho Internacional en el sentido de que sus *normas secundarias* si bien se configuran en buena medida como autosuficientes, no excluyen por completo, sin embargo, el juego en él de normas de Derecho Internacional general. En cuanto a los pilares intergubernamentales, especialmente en lo que hace a la PESC, no creo que resulte controvertido afirmar que siguen encontrando en el Derecho Internacional su marco normativo.

Me interesa recalcar que esta primera conclusión tiene indudables repercusiones prácticas. Concretamente, comporta la afirmación de una doble exigencia en el estudio del Derecho de la Unión Europea, a saber: la necesidad de tener presente no sólo la perspectiva del Derecho estatal —haciendo del método comparado (en relación con los distintos sistemas jurídicos que conviven en la Unión) una herramienta indispensable de trabajo— sino igualmente el Derecho Internacional.

En segundo lugar, resulta a todas luces evidente que no es posible abordar el estudio de la acción exterior de la Unión Europea —dimensión particularmente pujante del proceso de integración europea— sin una adecuada formación *ius-inter-nacionalista*.

Y en tercer lugar, me atrevo a afirmar, con toda modestia pero con igual firmeza, que una aproximación al Derecho Internacional que no tome en cuenta la práctica comunitaria, ya sea en su dimensión externa o *ad intra*, resulta cuando menos incomprensible. Tanto más si dicha aproximación se realiza desde la perspectiva concreta de un ciudadano de la Unión.

¹⁹⁸ Véase texto en *RIE*, 1990, núm. 1, pp. 295 ss.