

# LA CRISIS DEL ESTADO Y EUROPA

(Actas del Congreso sobre La Crisis del Estado y Europa  
celebrado en el seno del II Congreso Mundial Vasco,  
en Vitoria-Gasteiz, entre los días 19 y 23 de octubre de 1987)

## PROBLEMAS Y PERSPECTIVAS DEL ORDENAMIENTO JURIDICO COMUNITARIO

A. MANGAS MARTIN  
Universidad de Salamanca  
Facultad de Derecho  
Catedrática de Derecho Internacional Público

PONENCIA

HAEE / IVAP  
Oñati, 1988

## 1. INTRODUCCION. PODER NORMATIVO COMUNITARIO Y PODER SOBERANO ESTATAL

El sugestivo título de este Congreso así como el enmarcamiento o enfoque pretendido por los organizadores de este II Congreso Mundial Vasco me han motivado a presentar aquí unas reflexiones personales algo heterodoxas en cuanto a la forma y al fondo. Con frecuencia la dinámica de la integración nos empuja a centrarnos en perspectivas de estricto derecho positivo. Pero en esta ponencia interesan otras perspectivas: un ordenamiento jurídico comunitario, ¿para qué Comunidad?... ¿Puede ser realmente integrador un ordenamiento jurídico cuya fuente es el poder soberano de doce Estados?... Algunas normas comunitarias como la directiva ¿han sido un factor de integración o de pervivencia del nacionalismo jurídico?. También nos plantea serias dudas la aceptación real, en la práctica diaria, de los principios de la primacía y de la aplicabilidad directa del derecho comunitario.

Desde los años cincuenta ha sido una tentación razonable vincular la integración europea a una supuesta crisis del Estado nacional. Las corrientes federalistas de la época se esforzaron en realzar la imperiosa necesidad de una Federación europea frente al deterioro galopante del poder estatal que, a su entender, no resistiría los embates de los nuevos desafíos (empresas multinacionales, grandes mercados, robotización, etc.) y la magnitud de los problemas socio-económicos, políticos y militares. Profetizaban la agonía del Estado y su incapacidad para resolver problemas internos que tenían escala europea e incluso magnitudes universales. De la necesidad misma de la unificación europea deducían la crisis del Estado.

Aunque desde entonces se ha ligado la unidad europea a la existencia misma de una crisis del Estado, la realidad y la perspectiva histórica de más de treinta años no permiten mantener la afirmación de esa situación de crisis. Se puede aceptar que ha habido crisis en ciertas funciones que venía desempeñando el Estado y que caso de haber retenido su ejercicio, el bienestar y el progreso de su sociedad hubiera sido muy inferior.

Desde luego, se pueden encontrar indicadores de la crisis del Estado. Pero yo no creo que el proceso de la unidad europea pueda relacionarse directa y

automáticamente con la crisis del Estado (1). Puedo entender y aceptar que el modelo del Estado del siglo XIX, y aún del XX, que ensalza la soberanía indivisible hasta el paroxismo, hace ya décadas que no se mantiene en Europa y tampoco en otros continentes. Lo que ha ocurrido es que los Estados miembros de las Comunidades europeas se han atrevido a articular jurídicamente su dificultad e, incluso, incapacidad para resolver problemas de gran trascendencia social y económica que superaban sus fronteras. Para ello han tendido vías jurídicas de comunicación entre soberanías que ya no actúan aisladamente, sino que en ámbitos importantes de su soberanía un nuevo sujeto de Derecho internacional actúa normativamente en sustitución de doce soberanías. Pero sin que el nuevo sujeto, las Comunidades europeas, puedan, a mi entender, evidenciar crisis del Estado. Es más, creo que paulatinamente el proceso comunitario *fortalece políticamente a los Estados miembros* de las Comunidades europeas a pesar de su pérdida de capacidad normativa individual. Al fin y al cabo, la Institución comunitaria que acumula el escaso poder político comunitario y la amplia competencia legislativa, el Consejo, es una Institución compuesta por miembros de los Gobiernos de los Estados miembros. Representa la presencia del poder estatal que ahora ya no se despliega aisladamente sino que se somete a un proceso de confrontación dialéctica y de solución jurídica a problemas comunes con otros poderes estatales.

Por otra parte, aunque los Estados han consentido que las Comunidades absorban una parte importante del poder estatal, éstas no creo que hayan puesto en peligro la propia pervivencia del Estado. Es más, aunque en su origen el proceso de la integración europea acariciase la idea de un Estado federal, la existencia del actual sistema europeo *presupone y exige la existencia del Estado*. Sin Estado, *sin el mantenimiento del Estado soberano no podrían pervivir las Comunidades europeas*. Claro que pudiera pensarse que en realidad las Comunidades europeas son una etapa de la Federación europea como se preconizaba en la Declaración Schuman y que la transformación de las actuales Comunidades en la anhelada Unión Europea conllevaría la desaparición de los Estados. Ciertamente, no se puede profetizar qué será el Estado dentro de cien o doscientos años; pero partiendo del pasado y del presente del poder político estatal y del poder normativo comunitario no creo que se pueda pensar en la desaparición de los Estados miembros y en la formación de una soberanía única.

El ensanchamiento de los espacios políticos a través de los procesos de integración económica y social consolidan y fortalecen el poder estatal pues el Estado asume, reconduce y controla su propia crisis de funciones. Además, todo Estado miembro, y en especial en el caso de Estados de estructura compleja (Italia, República Federal de Alemania, España) el Estado miembro recupera en el seno del Consejo de la Comunidad poderes que constitucionalmente no poseía (poderes legislativos y competencias autonómicas o regionales). No se puede hablar de "desguace" del Estado.

Esas funciones que el Estado ha de desempeñar ante la sociedad se sirven ahora desde el nivel comunitario. Por ello, la formación de un orden jurídico que segrega el nuevo espacio político en el que se entrelazan o comunican las soberanías tiene prioridad de acción sobre el orden jurídico estatal en las funciones que sobrepasan la capacidad del Estado. Frente al modelo de Estado federal, las Comunidades europeas tienen prioridad de acción, pero el Estado conserva fuertemente el poder. Por ello, puede decirse que las Comunidades europeas han ido muy lejos en su poder normativo, más de lo que su escasa capacidad o poder político permitían augurar. Así pues, se constata *un cierto desfase entre lo jurídico y lo político* en el proceso europeo de integración.

En definitiva, el proceso europeo de integración se ha instrumentado y desarrollado mediante una incesante formación de normas jurídicas comunes partiendo de los Tratados constitutivos mismos y confirmando en estos, a su vez, poderes normativos a las Instituciones comunitarias (derecho derivado). Pero al consentir los Estados, el surgimiento de una autoridad distinta y autónoma, capaz de imponer su voluntad a través de normas jurídicas comunes, han reconocido también la insuficiencia del poder soberano estatal. Sin embargo, no debe magnificarse el hecho de que la soberanía jurídica de los Estados resulte doblegada en los ámbitos atribuidos a las comunidades europeas pues los Estados siguen conservando lo esencial del poder político.

## 2. EL DERECHO COMUNITARIO DESDE UNA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

El Derecho que han creado las comunidades europeas y que emana de su actividad normativa no puede participar de los caracteres del derecho que emana del poder político soberano de los Estados. Todos los intentos doctrinales por asimilar los Tratados constitutivos con una Constitución requieren matizaciones importantes. Aunque los tratados presentan ciertos rasgos sustantivos propios de una Constitución, las Comunidades europeas no han tenido, ni su presente permite vislumbrar, una vocación de Estado pues se nutren de atribuciones de competencias y no de la soberanía misma.

Pero, aunque formalmente no son la Constitución, el conjunto de tratados constitutivos, desde el primero que creó la CECA hasta el último (Acta Unica Europea) tienen los contenidos sustanciales propios de una Constitución. No resulta tan inapropiado ni pretencioso considerar el carácter constitucional de los Tratados si lo observamos desde los caracteres que constituyen en esencia una Constitución. Así se puede decir también que son norma jurídica, declaran derechos y obligaciones e institucionalizan el proceso político europeo.

Obviamente no todas sus disposiciones pueden considerarse de rango constitucional, pues la quincena de instrumentos internacionales que componen

el derecho primario adquieren un gran volumen y complejidad hasta descender a detallar acciones operativas concretas de las Instituciones. Sin embargo, se suele señalar que hay ciertos núcleos o bloques normativos que sí tienen valor o rango constitucional: las normas relativas a la organización, competencias y funcionamiento de las Instituciones y al equilibrio de sus poderes, las normas relativas a la formación, adopción y eficacia del derecho derivado, así como el sistema de protección jurisdiccional de los sujetos del Derecho comunitario.

Otro reproche serio que se puede hacer a los Tratados constitutivos y que pueden debilitar su carácter constitucional es que lógicamente, en la actual fase de la integración europea, no es un marco global sino limitado a un número importante de sectores; en definitiva, los tratados son marcos limitados que no institucionalizan una integración general. Además, han resultado ser muy cambiantes (una docena de tratados, en poco más de treinta años, han modificado a los tratados fundacionales). Este dato tiene también otra interpretación y refleja el carácter evolutivo del ordenamiento comunitario como instrumento de una integración progresiva que exige adaptaciones continuas, ya sea la extensión de los ámbitos competenciales, ya sea la profundización de las competencias (en menos ocasiones), ya sea la reordenación y racionalización del funcionamiento institucional. No se olvide que aún no se han consumado las provisiones integradoras de los Tratados fundacionales y, sin embargo, se han ido marcando nuevos objetivos, aunque *no siempre más integradores* que los que aún están pendientes de ejecución.

Las sucesivas ampliaciones han conllevado suspensiones en la aplicación de los Tratados con períodos transitorios cada vez más largos y complejos, agravados por el hecho de una utilización continua de cláusulas de salvaguardia. Esta situación de incansables períodos transitorios se vive desde enero de 1973 y perdurará al menos hasta 1995, ofreciendo el ordenamiento jurídico comunitario una imagen *inacabada* pero compatible con la vocación de estabilidad de la norma constitucional.

Pero a pesar de que la soberanía no nace de una acumulación de funciones técnicas (sociales y económicas) articuladas en normas jurídicas obligatorias, las Comunidades han generado desde una base constitucional atípica un verdadero ordenamiento jurídico, aunque ambiguo y contradictorio al carecer de soberanía o poder político reservado a los Estados y, simultáneamente, institucionalizar un proceso de federalización funcional.

Ahora bien, algunos logros importantes en el afianzamiento del orden jurídico comunitario como vehículo de la integración europea no debe hacer olvidar que este nuevo orden jurídico tiene desafíos vitales que debe afrontar en las próximas décadas. En efecto, desde una perspectiva constitucional el Derecho comunitario también presenta irregularidades y deficiencias respecto al modelo constitucional. Así, hay que reconocer que el derecho primario no ha resuelto

adecuadamente algunas cuestiones importantes como son la distribución nítida de competencias entre la Comunidad y sus Estados miembros, o una definición más coherente de los medios de producción normativa, o la eficacia real de sus principios básicos (primacía y aplicabilidad directa). También tendrá que afrontar la marginación de las fórmulas jurídicas obligatorias de integración y la inclinación en favor de programas flexibles de concertación.

De la solución en un sentido u otro se podrán deducir algunos indicadores sobre la contribución del ordenamiento jurídico comunitario a la construcción europea en los años venideros.

### 3. LA DISTRIBUCION DE COMPETENCIAS ENTRE LA COMUNIDAD Y SUS ESTADOS MIEMBROS

Creo que la profusa exteriorización jurídica de la integración no ha podido evitar que desde su origen y aún en el futuro la distribución de competencias entre los Estados miembros y las Comunidades europeas aparezca irreal debido a su artificial rigidez. En la práctica diaria la distribución de competencias es confusa y a veces poco perceptible.

A diferencia de las Constituciones de los Estados de estructura compleja (federales, regionales o autonómicos) los Tratados carecen de una enumeración que delimite las competencias que se atribuyen a la Comunidad y las que se reservan los Estados. Aunque los Tratados contemplan las competencias de las Instituciones comunitarias, aquellas aparecen diseminadas con especificaciones excesivamente casuísticas sin que sea fácil sistematizar y diferenciar los ámbitos competenciales de la Comunidad. En cada sector, en cada producto, las competencias varían en extensión e intensidad. Además, el carácter evolutivo de la competencia comunitaria hace aún más incierta la previsión del régimen jurídico de cualquier sector atribuido a la Comunidad. Por otra parte, el derecho comunitario no se basta a sí mismo en ningún sector económico o social y se precisa siempre y para cualquier ámbito jurídico la combinación de normas jurídicas comunitarias y nacionales; incluso en lo que constituye el Mercado Común resulta aún imprescindible la acción normativa nacional pues los Estados no se han desprendido en profundidad, totalmente, de ningún ámbito competencial. Precisamente, el hecho de que los Tratados impongan numerosas obligaciones de hacer y de no hacer a los Estados para lograr la libre circulación o en los ámbitos de la política económica-monetaria, hace que la competencia comunitaria permanezca difusa y confinada muchas veces a tareas de *control*, descansando el proceso comunitario en la acción de los Estados miembros. En definitiva, se mantiene una importante competencia residual de los Estados miembros, aunque hay que reconocer, como ha señalado algún autor (2), que el Tribunal de Justicia ha tratado de limitar esas intervenciones y de subrayar su carácter transitorio.

La técnica casuística de reparto de competencias ha llevado a innumerables controversias entre la Comunidad y sus Estados miembros para delimitar el alcance, en cada caso del ejercicio de las competencias por las Instituciones y también de contención o límite de la competencia nacional.

Pudiera pensarse que la directiva comunitaria debiera delimitar competencias compartidas entre la Comunidad y sus Estados miembros. Pero la práctica comunitaria ha llevado a dos polos opuestos. De un lado, se adoptan directivas detalladas que han absorbido la competencia estatal al ser bastante artificial y poco eficaz el reparto de competencias, produciéndose ese fenómeno con el beneplácito de los Estados miembros. De otro, las directivas simplemente han coordinado la acción normativa de los Estados miembros en un marco muy flexible que ha permitido incontables incumplimientos.

La distribución de competencias operada por los Tratados ha estado dominada desde su origen y en su desarrollo por las preocupaciones políticas nacionales. Ya en la redacción de los Tratados como en su ejercicio posterior no se hizo un esfuerzo racionalizador y de clarificación.

Con frecuencia el Tribunal ha tenido que reafirmar la competencia comunitaria cuando ésta era disputada por los Estados precisando que el desarrollo de la competencia comunitaria excluye la competencia interna y externa de los Estados (3).

En otras ocasiones la dificultad ha procedido del no ejercicio de la competencia comunitaria. Cuando algún Estado miembro pretendió recuperar esa competencia (así, en materia de pesca), el Tribunal rechazó esa pretensión por el hecho de que la Comunidad, competente en la materia, no hubiese adoptado el consiguiente régimen jurídico común (4). También, en relación con el no ejercicio de la competencia comunitaria en materia de transportes, el Tribunal de Justicia puso en evidencia la *ambigüedad* del sistema de reparto de competencias. Por un lado, el Tribunal reconocía que, según los Tratados, el Consejo es competente para determinar los objetivos y los medios de una política común de transportes disponiendo de poderes discrecionales a tal fin y que la ausencia de tal política no constituye una carencia suficientemente definida para ser juzgada conforme al artículo 175.CEE (5). Pero por otro, el Tribunal declara que se puede constatar que la falta de acción del Consejo constituye una violación de las competencias atribuidas a la Comunidad cuando el alcance de la obligación está claramente definido por el Tratado (por ejemplo, la obligación de extender la libertad de prestación de servicios al sector de los transportes antes del período transitorio, art. 75.1 CEE) (6).

El proyecto de Tratado sobre la Unión Europea aprobado por el Parlamento europeo el 14 de Febrero de 1984 abordó parcialmente la cuestión de la delimitación de las competencias nacionales y comunitarias al distinguir, de un

lado, los métodos de acción (art. 10) y definir lo que sería la acción común y la cooperación y previendo el paso de una a otra (art. 11), diferenciando entre competencias exclusivas y concurrentes (art. 12) y, de otro, al precisar las políticas de la Unión (arts. 45 a 69) y el reconocimiento explícito del principio de subsidiariedad. Sin embargo, no pudo evitar la confusión de competencias y no llegó a establecer un listado de competencias de la Unión europea y de sus Estados miembros debido a que la constitución de la Unión Europea (en el proyecto del Parlamento europeo) no disolvía las Comunidades europeas.

También es cierto que el Acta Unica Europea atribuye expresamente varias políticas a la Comunidad que hasta ahora habían tenido una base jurídica incierta y sin duda se clarificaron algunos ámbitos. Pero ésta es una cuestión política de fondo, sobre las finalidades mismas de la integración europea y habrá que esperar algunas décadas para que se consoliden los ámbitos competenciales comunitarios.

#### 4. UNA DEFINICION COHERENTE DE LOS MEDIOS DE PRODUCCION NORMATIVA

Si las clasificaciones y la eficacia de las diferentes normas jurídicas de cualquier sistema es siempre compleja, en el ordenamiento jurídico comunitario adquiere niveles preocupantes de complicación y artificialidad. Claro que habría que empezar por criticar el mantenimiento de las tres Comunidades como tres organizaciones internacionales jurídicamente diferentes (a pesar de que el Tratado de Fusión de 1965 consideraba la unificación de las Instituciones como el primer paso de la unificación de las Comunidades) y de que la unificación de las Instituciones se limitase a los aspectos orgánicos sin proceder todavía a una unificación competencial. Esta doble constatación está en la raíz de otro de los problemas que plantea el ordenamiento jurídico comunitario: una tipología normativa excesivamente complicada que varía en denominaciones, caracteres y eficacia según la Comunidad de la que emanan.

Parece que no hay discrepancias en reconocer como mejor la tipología de los Tratados CEE-EURATOM. Sin duda, la experiencia de los primeros años de andadura de la CECA permitió un mayor rigor jurídico en las otras dos Comunidades pero no se rectificó la confusa tipología de los actos CECA. Además, las fuentes del Derecho Comunitario derivado, como es bien sabido, no se limitan a los llamados actos típicos, sino que cada vez más proliferan los actos atípicos o sui generis o innominados, algunos de claro contenido jurídico y fundamento en los Tratados, pero otros son de carácter político o de posicionamiento de varias Instituciones. La confusión en las fuentes del Derecho Comunitario se acentúa con las decisiones o acuerdos de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, los acuerdos internacionales concluidos entre los Estados

miembros relativos al funcionamiento de las Comunidades europeas o los acuerdos internacionales que se concluyen bajo la previsión del artículo 220 o incluso sin sus auspicios pero de marcada analogía en las finalidades.

La variedad y complejidad de fuentes, la artificiosidad de su origen (por ejemplo, entre reglamentos adoptados en virtud del art. 235 y las decisiones de los representantes de los Gobiernos) hacen poco comprensible este ordenamiento que crea un patrimonio jurídico para los ciudadanos europeos. Además, denota una inadecuada y contradictoria vertebración jurídica: junto a miles de normas comunitarias exageradamente detallistas ("puntillismo jurídico"), impropias por su reglamentismo del nivel federal, nos encontramos con una profusión de acuerdos internacionales adoptados entre los Estados miembros de pretendida finalidad comunitaria.

Mucho se habría avanzado en simplificación y clarificación si se hubiera adoptado el sistema de fuentes previsto en el proyecto de Tratado de la Unión Europea adoptado por el Parlamento europeo. Este preveía una categoría normativa básica: la ley. Esta podía ser de tres tipos: a) *Ley orgánica*, cuando regulase la organización y funcionamiento de las Instituciones, así como otras materias importantes (sistema monetario, control de la aplicación del Derecho Comunitario por la Comunidad, control jurisdiccional, problemas financieros, la sede, etc); b) *ley ordinaria*, que fijaría los principios fundamentales que se aplicarían a la acción común (art. 34); c) *la ley presupuestaria*. Las normas de aplicación de la ley hubieran sido el reglamento y la decisión. Resulta evidente que ésta hubiera sido una tipología sencilla, accesible a la comprensión pública general por su analogía con el derecho nacional (ley-decreto-orden). No solo se hubiera hecho un esfuerzo encomiable al emplear una técnica jurídica más adecuada sino que la utilización de la noción de ley en la integración europea hubiera tenido un notable contenido político y carga emocional más integradora.

Otro aspecto importante que abordaba el proyecto del Parlamento europeo era *la desaparición de la directiva* como fuente comunitaria. Su eliminación en el Proyecto se justificaba debido a que se ha ido vaciando de caracteres al asimilarse o aproximarse al reglamento. También se ha dicho con razón que su interpretación a la luz de la doctrina del efecto directo ha atenuado esas diferencias con el reglamento aunque tampoco se debe olvidar las reticencias que esa doctrina ha suscitado entre algunas jurisdicciones nacionales (7). Además, las directivas, como es bien sabido requieren, salvo en las directivas detalladas, una complementación normativa nacional cuyo margen de actuación da origen a regímenes jurídicos muy diferentes (son bien notorias las disparidades nacionales en la aplicación de las directivas sobre el IVA), o a retrasos importantes (de varios años) en la adopción de la norma nacional o a transposiciones incorrectas que constituyen finalmente un semillero de litigios ante los tribunales. Los centenares de procedimientos ante el Tribunal Comunitario que han tenido como leit motiv problemas de aplicación de las directivas por los Estados miembros evidencia que

la directiva *no ha cumplido los fines de integración flexible* para los que fue prevista y ha sido muy vulnerable a las corrientes centrífugas nacionales.

Desde luego, el ordenamiento jurídico comunitario hubiera logrado un efecto más integrador si se hubiera aceptado el proyecto del Parlamento europeo. Pero tampoco se puede reprochar, de forma genérica, al actual sistema de fuentes ineficacia o inutilidad en el proceso de integración. En estos treinta y cinco años de vida comunitaria, cada norma comunitaria, desde su más variado origen y tipología, ha constituido como una "bola de nieve" y ha permitido llegar al actual nivel de integración económica y social e incluso puede seguir sirviendo a unas Comunidades que seguirán extendiendo sus ámbitos competenciales; pero la variedad normativa actual no tendrá virtualidades modificadoras del actual status quo de la integración europea. Se mantendrá el nivel actual de integración, pero no permitirán avanzar en profundidad.

El actual sistema jurídico ha alcanzado hace tiempo su techo en su capacidad de impulsar la integración y seguirá siendo su columna vertebral pero no creo que *la multiplicidad normativa y la debilidad política* de casi todos los tipos normativos (salvo el reglamento) faciliten el salto cualitativo a la Unión Europea.

## 5. LA NECESIDAD DE UNA PROTECCION JURISDICCIONAL MAS AMPLIA

Los redactores de los Tratados no podían prever que los diversos procedimientos jurisdiccionales adquirirían una utilización frecuente y ordinaria. Los diversos recursos nunca han sido percibidos, ni por los operadores económicos ni por las Instituciones ni por los Estados, como algo extraordinario o excepcional sino como vías ordinarias para satisfacer derechos y obligaciones. Esta ha sido una clara diferencia respecto de otras Organizaciones internacionales en las que o no existe el mecanismo judicial o su utilización es excepcional. Sirva de ejemplo el hecho de que el Tribunal de la Comunidad en 1986 recibió 328 nuevas demandas y pronunció 174 sentencias.

Pero a pesar de todo lo que representa la panoplia de procedimientos jurisdiccionales (capacidad procesal internacional de los ciudadanos europeos, invocabilidad de derechos y obligaciones comunitarias...) se han dejado sentir algunas lagunas en materia de protección jurisdiccional.

Una de las nuevas vías más reclamada es aquella que permitiría acudir directamente a los particulares, una vez agotados los recursos internos, ante el Tribunal para impugnar un acto administrativo (nacional o comunitario) en aplicación del Derecho comunitario (8).

Relacionada con esta vía se ha venido planteando también la posibilidad de que los particulares cuyos derechos vieran lesionados a consecuencia de la

violación del Derecho comunitario por un Estado miembro pudieran disponer de vías procesales internas que permitiesen a los particulares mediante una indemnización obtener una *reparación adecuada*, ya hubiera sido declarada la violación mediante sentencia pronunciada en un procedimiento por incumplimiento (arts. 169-170 CEE) o en un procedimiento prejudicial (art. 177 CEE) en relación con normas comunitarias de efecto directo. Como es sabido, la existencia o la efectividad de las vías procesales internas para exigir la responsabilidad del Estado (o de la Comunidad Autónoma...) en caso de violación del Derecho comunitario depende del derecho interno de cada Estado y no de desarrollos futuros del Derecho comunitario. Pero debería emprenderse un esfuerzo por parte de los Estados para armonizar sus legislaciones en relación con los recursos de indemnización por daños causados por una violación estatal para garantizar de forma igual los derechos de los particulares.

La apertura de la vía indemnizatoria debería ser un efecto de la sentencia del Tribunal de Justicia que declare el incumplimiento, pero algunas jurisdicciones nacionales no aceptan ese efecto material de las sentencias por incumplimiento, considerándose autónomas a la hora de apreciar la ilegalidad en la conducta estatal, la existencia de culpa y si corresponde al Estado indemnizar (9).

El reconocimiento del derecho de reparación en el derecho nacional en caso de perjuicios sufridos a consecuencia de la violación del Derecho comunitario por el Estado sería un avance importante al comprometer eficazmente la responsabilidad del Estado y *hacer exigible el cumplimiento por los ciudadanos mismos*. Desde luego, el mecanismo judicial en constatación de infracción es casi simbólico, no por su eficacia, sino porque simplemente declara la infracción pero no conlleva sanción para el Estado infractor (aunque el Estado sí tiene la obligación de obrar en consecuencia con la sentencia, según el art. 171 CEE).

Claro que, como han señalado algunos autores (10), puede resultar contradictorio en la actualidad exigirle a los Estados que asuman su responsabilidad por el incumplimiento del Derecho comunitario cuando se deriven daños para los particulares, cuando por su parte el Tribunal de Justicia de la Comunidad rechaza que de la violación del Tratado por las instituciones pueda derivar necesariamente responsabilidad de la Comunidad salvo en determinados casos bien caracterizados y graves.

Además, la misión de control de la aplicación del Derecho comunitario que los Tratados confían a la Comisión no está suficientemente servida de medios jurídicos. Los Estados deliberadamente dejaron en manos de la Comisión una *excesiva discrecionalidad* a la hora de decidir si demandarían a un Estado miembro ante el Tribunal de Justicia por una eventual infracción al Derecho comunitario. El art. 169 CEE no vincula automáticamente la desatención al dictamen por parte del Estado infractor con la presentación del recurso. Por el contrario, la Comisión dispone de un amplio margen de decisión política: "...podrán

recurrir al Tribunal de Justicia..." (art. 169 CEE). Y a pesar de las decenas y decenas de demandas que presenta la Comisión en virtud de este procedimiento del artículo 169 CEE, muchas presuntas infracciones estatales que no se corrigen en la fase administrativa no ven su continuación en la fase contenciosa. Claro que la Comisión dispone de una amplia discrecionalidad en el momento mismo de decidir la apertura del procedimiento de control en su fase administrativa. Pero, al menos, creo que sería importante para el futuro de una *Comunidad de Derecho* que la Comisión, una vez hubiera apreciado libremente alguna infracción al Derecho comunitario por los Estados, siguiera el procedimiento en constatación de infracción hasta sus últimas consecuencias.

En el estado actual del Derecho comunitario cabe preguntarse si en esos casos en que se da una carencia o inacción de la Comisión, pero no se reúnen las condiciones de la "carencia en violación del Tratado" (art. 175 CEE) el ciudadano de un Estado miembro no podría en base a una interpretación amplia del artículo 215 CEE iniciar una acción en responsabilidad ante el Tribunal de Justicia contra la Comunidad "cuya carencia, frente a tal violación, habría causado un perjuicio que requiere una reparación" (11).

Casi resulta nostálgico recordar algunas contribuciones novedosas que hubiera podido aportar el Proyecto de Tratado sobre la Unión Europea adoptado por el Parlamento en 1984, como era la ampliación del derecho de recurso de los particulares contra los actos de la Unión que les ocasionen perjuicios, o la posibilidad del recurso de casación ante el Tribunal de Justicia contra las decisiones judiciales nacionales emitidas en última instancia que no acepten la presentación de una demanda prejudicial o que desconozcan una decisión prejudicial adoptada por el Tribunal de Justicia; o la competencia del Tribunal para sancionar el incumplimiento por parte de los Estados miembros de las obligaciones derivadas del derecho de la Unión. Desde luego, se hubiera podido alcanzar un verdadero espacio judicial integrado.

## 6. UNA EFICACIA JURIDICA PROBLEMÁTICA

No voy a glosar la bien construida doctrina jurisprudencial en torno a los dos pilares del ordenamiento jurídico comunitario: el efecto directo y la primacía. Son dos sólidos principios de aceptación general tanto por las jurisdicciones nacionales como por la doctrina científica.

Sin embargo, estos conocidos principios tienen en mi opinión algunos *puntos débiles*. Son contradicciones que han ido surgiendo en estos últimos años de la mano de una jurisprudencia firmemente comprometida con el proceso de la integración europea.

### A) El efecto directo "discriminatorio" de las directivas

Una primera contradicción se observa en la extensión del principio de la eficacia directa del Derecho comunitario a las directivas. Es bien sabido que este tipo de norma, a tenor del artículo 189.3.º CEE, no posee, por su naturaleza misma, eficacia directa para los particulares. También es bien conocido que cuando el Tribunal se atrevió a declarar que las directivas y las decisiones, en determinadas condiciones, podrían tener una eficacia directa pudiendo ser invocadas por los particulares ante las jurisdicciones nacionales, algunas autoridades y jurisdicciones nacionales se opusieron (el Consejo de Estado francés, los Tribunales financieros alemanes) y los Estados en su conjunto se mostraron, cuando menos, perplejos.

La gravedad de esta extensión de la eficacia directa de las directivas es su ambigüedad y su efecto discriminatorio al alcanzar únicamente a las *relaciones verticales*, privando de sus beneficios a los ciudadanos que no se encuentren en una relación jurídica con los organismos de derecho público. Negar eficacia directa en las relaciones "horizontales" o (entre particulares) cuando se invocan derechos fundamentales, quiebra el fundamento mismo de la eficacia directa del Derecho comunitario basado en una concepción de una *Comunidad de pueblos*.

A pesar de su intencionalidad integradora, como ya he señalado en otro lugar (12), la teoría del efecto directo de las directivas puede perder fuerza social y política al permanecer relegados sus beneficios a las relaciones verticales o de los administrados con la Administración y no aflora en las relaciones privadas (13). Así, un buen número de sentencias referidas a la aplicación de las directivas comunitarias en el ámbito laboral sobre igualdad entre trabajadores masculinos y femeninos, no suficientemente traspuestos en los derechos nacionales de los Estados miembros, han dado lugar a soluciones "discriminatorias", ya que el Tribunal ha aceptado la invocación de los derechos protegidos por la directiva cuando se exigían por trabajadores al servicio de las Administraciones Públicas (funcionarios, trabajadores contratados) y *ha negado la invocabilidad de la directiva para amparar la igualdad de trato en las relaciones laborales en el sector privado*. El Tribunal alega que el carácter vinculante de la directiva se limita, a tenor de los Tratados, a los Estados miembros destinatarios. Este era el argumento de la sentencia *Ratti* en 1979, pero en las sentencias *Marshall* de 1986, *Pretore de Salo* y *Kolpinghniig* de 1987, el Tribunal sigue insistiendo en que una directiva no puede por sí misma crear obligaciones a cargo de los particulares y, por tanto, no puede ser invocada en tanto que tal fuente por los particulares (14).

Creo que el Tribunal de Justicia debería flexibilizar su posición cuando el incumplimiento de una directiva no ejecutada por el Estado sea *un atentado a derechos fundamentales que deben ser protegidos tanto en las relaciones horizontales como en las verticales*.

Claro que también es cierto que si el Tribunal comunitario no hubiera reconocido ningún efecto directo a la directiva no ejecutada en su plazo, la indefensión y el perjuicio del particular sería total, pues ya fueran sus relaciones de derecho público o de derecho privado quedarían excluidas de la sanción mínima que le supone al Estado tener que aceptar la invocabilidad de una directiva en las relaciones con los organismos públicos.

### B) La fragilidad de la primacía y de la aplicabilidad directa del Derecho comunitario

La segunda contradicción se observa en el efecto combinado de los principios de la primacía y de la aplicabilidad directa. Y desde luego ésta no es una cuestión teórica sino un problema que se suscita en la práctica diaria de la aplicación interna del Derecho comunitario en cualquier Estado miembro.

No es preciso tampoco, que en el marco de esta ponencia glose ni recuerde la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y de los altos Tribunales nacionales en torno a la primacía del Derecho comunitario sobre el derecho interno. Paralelamente a esa exigencia de primacía se requiere que en caso de incompatibilidad o contradicción entre la norma nacional y la norma comunitaria se dejase inaplicada la norma nacional contraria. Esta era y es la solución o consecuencia normal de los dos principios básicos del Derecho comunitario declarada y aceptada por el Tribunal Comunitario y por los Tribunales nacionales.

El problema es que el mantenimiento en vigor de la norma nacional contraria a una norma comunitaria es en sí misma una violación del Derecho comunitario, una violación al artículo 5 CEE, aunque en la práctica se aplique lo establecido en la norma comunitaria. También es cierto que ese mantenimiento en vigor de la norma nacional puede hacer muy difícil o imposible en la práctica diaria de la Administración o en las relaciones entre particulares que se satisfagan para los particulares los derechos establecidos en la norma comunitaria pues los hábitos administrativos nacionales llevan, en realidad, *a la aplicación de la norma nacional en vigor*: los funcionarios, los empresarios, los patronos, etc., es casi seguro que aplicarán siempre una norma nacional en vigor, aunque sea contraria a una norma comunitaria.

La primacía del Derecho comunitario no tiene una realidad pacífica y ordinaria sino que, cuando se mantiene en vigor formalmente una norma nacional incompatible, ésta sólo se consigue dejarla inaplicada mediante el correspondiente proceso judicial. Pero entonces habrá que admitir que no se puede hablar de un patrimonio jurídico de los ciudadanos de los Estados miembros logrado a golpe de proceso judicial.

Desde la sentencia de 25 de Octubre de 1979 (15) y, en especial, desde la sentencia de 15 de Octubre de 1986 (16), el Tribunal ha enfatizado la cuestión de



la infracción del artículo 5 por el hecho mismo del mantenimiento en vigor de la norma nacional incompatible aunque la aplicación de la norma comunitaria sea correcta en la práctica. En tales casos, el Tribunal considera que el Estado miembro ha incumplido las obligaciones asumidas en virtud del artículo 5 CEE. Desde luego, de la antinomia surge siempre ambigüedad e inseguridad jurídica para los particulares. Por ello, el Tribunal ha dado un paso importante en esa sentencia de 15 de Octubre de 1986 al concretar la conducta del Estado ante esa contradicción normativa entre el orden interno y el orden jurídico comunitario: los Estados miembros deberán derogar o modificar el derecho interno contrario al Derecho comunitario mediante normas jurídicas imperativas del mismo rango jurídico que las que deben modificar o derogar.

Sin minusvalorar la actitud que adopten los Estados frente a esta jurisprudencia, en el caso de que los Estados derogasen o modificasen las normas internas incompatibles, los ciudadanos podrían ver *reforzados sus derechos* sin que de forma ordinaria tengan que hacerlos valer *judicialmente*. Ha sido una importante decisión del Tribunal, una vez más, apostando, a pesar de los *riesgos* de esa jurisprudencia, en favor de una integración real de los pueblos de los Estados miembros. Los riesgos, además del que puede proceder de un eventual rechazo o indiferencia hacia esa sentencia, es que el Tribunal ha puesto en evidencia la *frágil operatividad del principio de la aplicabilidad directa* del Derecho comunitario, pues frente a la norma nacional contraria se precisa su derogación o modificación para que la norma comunitaria pueda desplegar *real y plenamente* sus efectos sin trabas potenciales.

## 7. LA PREFERENCIA POR LAS FORMAS FLEXIBLES DE INTEGRACION

Realmente no se puede constatar un rechazo, ni tan siquiera latente hacia la formulación de nuevas normas jurídicas integradoras, pero creo que sí se puede observar cómo desde hace una década, y especialmente en los últimos años, las grandes acciones de futuro de la Comunidad no se articulan tanto en normas jurídicas obligatorias como en ambiciosos y comprometidos programas de acción. Estos programas no han desplazado ni desplazarán al vigente ordenamiento jurídico comunitario que ha sido el vehículo integrado en los más de treinta años de vida comunitaria: la realización de las políticas comunitarias comunes y las de "acompañamiento" ha sido el horizonte que ha impulsado a la Comunidad y que ha sido alcanzado en mayor o menor medida a través de normas jurídicas obligatorias uniformizadoras (reglamento) o de aproximación (directiva).

Pero ahora el futuro aparece guiado por fórmulas jurídicas flexibles: se adoptan Programas complejos que invitan a colaboraciones reales de los organismos públicos y privados, a llenar de realidad proyectos de acción y protagonizar

mediante iniciativas propias una integración europea menos jurídico-formal. Es de esperar que corriendo el riesgo de la iniciativa de múltiples sectores se obtengan mayores beneficios de esa participación para la integración europea.

Creo que estas reflexiones se hacen bien visibles cuando se repasa el número y la compleja envergadura de algunos Programas que combinan la prospectiva, las nuevas tecnologías, los intercambios de conocimientos, etc. Así el Programa FAST de 1978 sobre las perspectivas, problemas y conflictos potenciales provocados por el impacto de las nuevas tecnologías; el Programa JET de 1978 en materia de fusión nuclear; el Programa ESPRIT de 1984 relativo a las tecnologías de la información; el Programa COMETT de 1986 de participación de la Universidad y las empresas; el Programa RACE de 1987 sobre tecnologías de la Comunicación; el Programa SPRINT de 1987 sobre innovación y desarrollo de las empresas; el Programa ERASMUS en materia de movilidad de los universitarios...

Si pudiera compararse la trascendencia de las disposiciones jurídicas que se vienen adoptando en los últimos años con las de los Programas podríamos caer en la tentación de creer que se han sustituido los ambiciosos proyectos normativos de integración, ahora inviables políticamente, por planes tecnológicos que atraen libremente la voluntad política estatal y el interés de los medios económicos.

La originalidad de estos Programas se basa en la concertación y en la flexibilidad: en la acción combinada de los Estados, la Comunidad y las empresas. Un triángulo de participación en la era de la revolución tecnológica a la que indefectiblemente parece que progresa la Comunidad Europea.

Frente al predominio de lo jurídico en los treinta primeros años del proceso integrador, desde los ochenta y cada vez más se alzan las fórmulas flexibles o "políticas" para el avance integrador. También se percibe cómo el futuro tecnológico y la necesidad de extender la competencia comunitaria ha exigido una visión *más global y flexible* de la integración económica y de la cooperación política.

Seguramente el ordenamiento jurídico comunitario del futuro será de contornos cada vez más imprecisos pues se irán difuminando los objetivos económico-sociales concretos, de carácter fragmentario, por objetivos más globales y de participación voluntaria y, en definitiva, *se irá frenando la dinámica de la integración basada en reglas comunes*.

## NOTAS

(1) Para H. Von der Groeben es dudoso e incierto que la confianza en las soluciones europeas nazca en la singladura de este proceso de erosión de la doctrina del Estado nacional (en *Combat pour l'Europe*. Bruxelles, 1984, p. 292).

(2) J. RIDEAU: *Les compétences résiduelles et transitoires des États membres*. En "Mélanges Teitgen". Pédone, Paris, 1984, p. 470.

(3) En relación con la competencia interna, por ejemplo, las sentencias de 18 de Febrero de 1970 (*Bullmann*, 40-69), Rec. 1970-1, p. 80; 30 de Noviembre de 1972 (*Granaria*, 18-72), Rec. 1972, p. 1172; 15 de Diciembre de 1976 (*Danckerwolcke*, 41-76), Rec. 1976, p. 1921, y de 16 de Enero de 1979 (*Sukkerfabrikken*, 151-78), Rec. 1979, p. 12.

En relación con la competencia externa, la sentencia de 31 de Marzo de 1971 (*Comisión c. Consejo*, AETR, 22-70), Rec. 1971-3, pp. 263-296; el Dictamen de 11 de Noviembre de 1975 sobre la competencia exclusiva de la Comunidad en materia de política comercial, 1-75, Rec. 1975, pp. 1355-1365; Dictamen 1-76, de 26 de Abril de 1976 (*Fondo europeo de inmovilización de la navegación interior*). Rec. 1977-3, pp. 741 y ss.; el Dictamen de 14 de Noviembre de 1978 sobre el proyecto de Convenio de la AIEA, Rec. 1978-9, p. 2178, y el Dictamen 1/78 de 4 de Octubre de 1979 sobre el Acuerdo internacional sobre el caucho natural, Rec. 1979-8, p. 2871; las sentencias de 5 de Febrero de 1981 (*Horvath*, 50-80), Rec. 1981-2, p. 385 y de 18 de Febrero de 1986 (*Bulk Oil c. Sun International*, 174-84), aún no publicada.

(4) TJCE, sentencia de 5 de Mayo de 1981 (*Comisión c. Reino Unido*, 804-79), Rec. 1981, p. 1073.

(5) TJCE, Sentencia de 22 de Mayo de 1985 (*Parlamento europeo c. Consejo*, 13-83), Rec. 1985, pp. 1513 y ss. El Tribunal es consciente de su responsabilidad general en la integración, por ello, aunque no constata en esa carencia la violación de la legalidad comunitaria, no duda en animar al Consejo a que prosiga sus trabajos de forma permanente para poner en marcha progresivamente la política común de transportes.

(6) *Loc. cit.*, p. 1514.

(7) F. CAPOTORTI; M. HILF; F. JACOBS y J. P. JACQUE: *Le Traité d'Union Européenne*. Ed. de l'Université de Bruxelles, 1985, p. 131.

(8) Así, Resolución del Parlamento europeo de 14 de Octubre de 1981, JOCE n.º C 287, p. 47.

(9) D. SYMON y A. BARAV: *La responsabilité de l'Administration nationale en cas de violation du droit communautaire*. En "RMC", 1987, n.º 305, p. 165, esp. 166-169.

(10) D. SYMON y A. BARAV: *loc. cit.*, p. 172.

(11) R. LECOURT: *Le rôle unificateur du juge dans la Communauté*. En "Mélanges Teitgen". Pédone, Paris, 1984, p. 229.

(12) A. MANGAS MARTIN: *Derecho comunitario europeo y Derecho español*. Tecnos, Madrid, 2.ª ed., 1987, pp. 81-82.

(13) El Tribunal había descartado el efecto horizontal de las directivas o de aplicación a las relaciones entre particulares en la sentencia de 5 de Abril de 1979 (*Tullio Ratti*, 148-78), Rec. 1979, p. 1642.

(14) TJCE, sentencias de 26 de Febrero de 1986 (*Marshall*, 152-84), de 11 de Junio de 1987 (*Pretore de Salò*, 14-86), de 8 de Octubre de 1987 (*Kolpinghng Wigmgew* "aguas minerales", 80-86), aún no publicadas en la Recopilación.

(15) TJCE, sentencia de 25 de Octubre de 1979 (*Comisión c. Italia*, 159-78), Rec. 1979, p. 3247.

(16) TJCE, sentencia de 15 de Octubre de 1986 (*Comisión c. Italia*, 168-85), aún no publicada en la Recopilación.