

INFLUENCIA DEL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO EN LOS ÓRDENES JURÍDICOS DE LOS ESTADOS QUE INTEGRAN LA COMUNIDAD EUROPEA *

Durante los escasos años que han transcurrido entre mis primeras reflexiones acerca de esta cuestión¹ y mis consideraciones más profundas de hoy, se ha llevado a cabo un notable desarrollo.

El nuevo campo del derecho comunitario europeo que había empezado a adquirir perfil en aquella época, ha alcanzado ahora forma efectiva en varios sectores. Ello debe agradecerse por igual, a la creación dinámica del derecho realizada mediante los órganos de la CEE, y a la jurisprudencia de la Corte Europea y de los tribunales nacionales, jurisprudencia que ha contribuido en manera aclaratoria.

El tercer poder ha tenido que resolver cuestiones fundamentales, relativas a la creación de la unión aduanera en el campo del derecho de competencia, en el del fiscal y en el de la política agraria.²

Como es natural, en estos campos se encontraba también el centro de gravedad de la actividad legislativa, respecto de la cual tienen gran importancia los trabajos realizados por la Comisión de la CEE para la armonización del derecho.³

El derecho comunitario europeo ha adquirido en la actualidad gran trascendencia, la que, sin embargo, se manifiesta escasamente a causa del insuficiente conocimiento de sus normas.

El orden de la comunidad por una parte, y el del derecho nacional, por la otra, se encuentran vinculados en muchos ámbitos, en una relación de dependencia recíproca; un sistema de origen tanto europeo como nacional garantiza el cumplimiento de las tareas públicas que hasta ahora

* Publicado originalmente en forma de libro por *Ferro Edizioni*, Milán (Serie EUROPA UNA). Aparece ahora con expresa autorización de dicha editorial transmitida por el autor.

Abreviaturas: CEE = Comunidad Económica Europea; CEEN = Comunidad Europea de Energía Nuclear; CECA = Comunidad Europea de Carbón y Acero; TCEEN = Tratado para la Creación de la Comunidad Europea de Energía Nuclear; TCEE = Tratado para la Creación de la Comunidad Económica Europea; TCECA = Tratado para la Creación de la Comunidad Europea de Carbón y Acero; CJCCE = Colección de Jurisprudencia de la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas; CCE = Corte de Justicia de las Comunidades Europeas.

¹ *Rabels Z.* 28 (1964) 601 y ss.

² Cf. Comisión de la CEE, *Noveno Informe General sobre la Actividad de la Comunidad*, núms. 384 y 394 (tablas núms. 27, 28 y 29) y el Informe núms. 392 y 393.

³ Cf. *Octavo Informe General sobre la Actividad de la Comunidad*, núm. 82 (tabla núm. 7) y el *Noveno Informe*, núm. 87 (tabla núm. 8).

habíamos estado acostumbrados a atribuir a la responsabilidad de cada uno de los Estados.⁴

El derecho comunitario llegará a ser, cada vez en mayor medida, labor cotidiana de numerosos juristas. La práctica fracasará, sin embargo, si no fuera posible delimitar en forma teóricamente satisfactoria, el nuevo sistema de normas frente a los órdenes jurídicos de los Estados que integran la comunidad.

A partir de la creación de las comunidades, esta tarea fascinante en su novedad, ha provocado en los Estados miembros la adopción de numerosos criterios.

La fructífera discusión aún no concluida, me ha brindado ocasión de poder sintetizar mi pensamiento en una nueva forma, con base en mi anterior trabajo, publicado en 1964.⁵

En virtud de la doble influencia que el derecho comunitario europeo ejerce sobre el derecho nacional de los Estados que integran la comunidad, se plantean dos complejos de cuestiones, base del análisis que sigue a continuación; a saber, por una parte, la creación de un mercado común constituido para la prestación de bienes y servicios hace surgir necesariamente poderosos impulsos orientados a la armonización de las disposiciones jurídicas importantes para la vida económica. Los tratados han tomado en cuenta estos impulsos recogiendo en una serie de disposiciones, en forma adecuada. Las diversas normas del derecho comunitario europeo mismo, por otra parte, entran en competencia directa con los órdenes jurídicos de los Estados miembros que se refieren a iguales hechos. Ante todo surgen aquí, por ende, los difíciles problemas de la relación jurídica entre derecho europeo y derechos nacionales.

Antes de ahondar en estas dos cuestiones, es necesario aclarar cuál es la esencia de un nuevo orden jurídico.

I. Esencia del derecho comunitario europeo

1. Naturaleza jurídica

La cuestión acerca de la naturaleza jurídica de las comunidades y de sus ordenamientos jurídicos —planteada siempre renovadamente⁶ como una

⁴ Al respecto Everling, *Europäisches Gemeinschaftsrecht und nationales Recht in der praktischen Rechtsanwendung*: NJW 1967, 465 y ss. (469 y ss, 473); von der Groeben, *Über das Problem Grundrechte in der Europäischen Gemeinschaft*, en: "Probleme des Europäischen Rechts, Festschrift für Walter Hallstein", Frankfurt a. M. (1966) 226 y ss (227); Ehle, *Interdependenz zwischen Gemeinschaftsordnung und nationaler Rechtsordnung*: NJW 1965, 2231.

⁵ *Supra* nota 1.

⁶ Por ejemplo: Schlochauer, *Das Verhältnis des Rechts der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft zu den nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten*: Arch VR 11 (1963) 1 y ss (4) y Hoffmann, *Das Verhältnis des Rechts der Europäischen Gemeinschaften zum Recht der Mitgliedstaaten*: DÖV 1967, 433.

cuestión clave en la relación entre las normas de comunidad y las nacionales— no ha sido objeto de una solución satisfactoria hasta ahora. Los tratados mismos ofrecen para la solución sólo imperfectos puntos de apoyo, pues en ocasión de la elaboración de los mismos se ha renunciado intencionalmente⁷ a las definiciones correspondientes.

La denominación “comunidad”, adjudicada a las asociaciones, no tiene contenido jurídicamente asegurado.⁸ Conforme al ámbito de sus tareas y de su constitución, las “comunidades” se presentan en el área de las relaciones interestatales como una absoluta novedad, como un tipo de “comunidad en el cual las relaciones entre el derecho nacional y el derecho internacional público se encuentran en estadio de transición transformatoria”, como lo ha trazado C. Franz⁹ hace más de ochenta años.

En la literatura jurídica la imagen de las comunidades es vacilante, según que el observador acentúe más los componentes del derecho nacional o bien los del derecho internacional público. Las comunidades aparecen entonces ya como estructuras semejantes a las de la federación ya como asociaciones estatales de derecho internacional público.¹⁰

Entre los extremos de estos dos criterios se encuentran opiniones eclécticas que pretenden considerar las comunidades como una forma *sui generis* de organización de los Estados.¹¹

⁷ Cf. al respecto Lagrange, *Die Rechtsnatur der EGKS und der EWG*: ZgesHR 124 (1961) 88 y ss.

⁸ Mosler, *Der Vertrag über die EGKS*: ZaöRV 14 (1951) 1 y ss (34).

⁹ Citado por Münch, *Föderalismus, Völkerrecht und Gemeinschaften*: DÖV 1962, 649.

¹⁰ La tendencia nombrada en primer lugar la siguen Ophuls, *Quellen und Aufbau des Gemeinschaftsrechts*: NJW 1963, 1697 (1698); el mismo, *Zwischen Völkerrecht und staatlichem Recht. Grundfragen des europäischen Rechts*, en: “Juristen-Jahrbuch” 4 (1963/4) 155 y s; Schlochauer, *Der übernationale Charakter der EGKS*: JZ 1951, 290; Thieme, *Das Grundgesetz und die öffentliche Gewalt internationaler Staatengemeinschaften*: VVDStRL 18 (1960) 50 y ss (68); Catalano, *La position du droit communautaire dans le droit des Etats membres*, en: *Droit communautaire et droit national*, Demain de Bruges” 1965, Brujas (1965) 68/69; Hayoit de Termicourt, *Le confact “Traité-loi interne”*: J. Trib. 1963, 485; Hallstein, *Bulletin EWG* 8 (1964) 10. La tendencia nombrada en segundo lugar la siguen Münch, *Die Abgrenzung des rechtsbereichs der supranationalen Gemeinschaft gegenüber dem innerstaatlichen Recht*: BerDGes VölkR 2 (1958) 73 y ss (77); Jaenicke, *Supranationale Organisationen*, en: Strupp/Schlochauer, *Wörterbuch des Völkerrechts III*, Berlin (1962) 423 y ss; Balladore — Pallieri, *Les pouvoirs des organisations économiques européennes à l'intérieur des Etats membres*: ZaöRV 23 (1963) 477; Erler, *Das Grundgesetz und die öffentliche Gewalt internationaler Staatengemeinschaften*: VVDStRL 18 (1960) 7 y ss (23); Schermers, *Besluiten van de Vertegenwoordigers der Lid-Staaten: Gemeenschapsrecht?*: S. E. W. 1966, 547 y ss. Cf. además las demostraciones que hace Iloffmann (*supra* nota 6) 433, notas 1-4.

¹¹ Wohlfarth, *Anfänge einer europäischen Rechtsordnung und ihr Verhältnis zum deutschen Recht*: “Juristen-Jahrbuch” 3 (1962/63) 241 y ss (260); Bülow, *Das Verhältnis des Rechts der europäischen Gemeinschaften zum nationalen Recht*, en: “Aktuelle Fragen des europäischen Gemeinschaftsrecht, Abhandlungen aus dem gesamten Bürgerlichen Recht, Handelsrecht und Wirtschaftsrecht” 29 Stuttgart (1965)

Dejemos a un lado esta discusión entre las diversas opiniones, de más interés teórico que práctico, haciendo sólo la observación de que las comunidades poseen el núcleo de un perfecto aparato de Estado, en forma de un poder ejecutivo, de un parlamento común y de una corte común.

Los tratados, respectivamente para la Creación de la CEEA, de la CEE y de la CEEN —como lo ha demostrado en forma convincente Lagrange¹²— en cierto sentido tienen carácter de una constitución de las comunidades. De cualquier manera, en comparación con un Estado democrático de acuñación occidental-europea, existe en ellas una limitación importante, consistente en que el parlamento, pese a controlar al poder ejecutivo, no dispone, sin embargo, de una facultad legislativa.¹³

Independientemente de ello, me parece radica la diferencia con un Estado perfectamente formado, en la falta de tareas ilimitadas y en carencia de una competencia total, características de un Estado, en contraste con las comunidades.¹⁴

De cualquier forma, no se trata aquí de un criterio absolutamente seguro para trazar tal delimitación, dado que la competencia total, principio de los Estados de tipo federal, también en ellos se pone en tela de juicio a causa de la distribución de competencias entre federación y los Estados que la integran. Pese a ello, la estabilidad entre federación y sus Estados miembros no se pone en duda. El desarrollo que se ha efectuado hasta ahora, desde el principio de la vigencia del TCEE a partir del 23 de julio de 1952, a través de la asociación de la CEE y de la CEEN el 1º de enero de 1958, muestra, además, la tendencia orientada a ampliar el ámbito de competencias de la comunidad.¹⁵

Aunque en virtud del robustecimiento de la influencia de los Estados miembros en las dos comunidades más recientes y el de la soberanía de

42 y s; Furler, *Grundfragen des europäischen Gemeinschaftsrechts*: NJW 1965, 1401 y ss (1402); Wagner, *Das Recht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und die nationale Rechtsordnung der Mitgliedstaaten*: DÖV 1965, 307 y ss (308); Donner, *Droit national et droit communautaire: points de recontre*, en: "Le juge national et le droit communautaire", Leiden/Bruselas (1966) 14.

¹² Supra nota 7, 98 y ss y 106 y ss; cf. también Scheuner, *Die Rechtsetzungsbefugnis internationaler Gemeinschaften*: en "Festschrift Verdross (1960) 229 y ss (231); Pescatore, *Les aspects fonctionnels de la Communauté Économique Européenne, notamment les sources du droit*, en: "Aspects Juridiques du Marché Commun" (1958) 51 y ss (63); Schlochauer, (supra nota 6) 3; Monaco, *Natura ed efficacia dei regolamenti della Comunità Europea*: "Riv. Dir. Int." 1961, 393 y ss; Bülow, (supra nota 11) 43.

¹³ Lagrange (supra nota 7) 97, 106.

¹⁴ Münch (supra nota 10) 73 y ss (77); Gaudet, *The Legal Framework of the Community*, en: "Legal Problems of the European Economic Community and the European Free Trade Association" (1961) 8 y ss (9). Por el contrario no es muy feliz tomar como base determinante, criterios apenas concebibles jurídicamente, como se pretende por medio de los "fundamentos sociológicos" faltantes (así Münch, DÖV 1962, 649) o bien, la carencia de voluntad para ejercer un poder estatal.

¹⁵ Cf. Wohlfarth/Everling/Glaesner/Sprung, *Die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft*, Berlin — Francfort del Meno (1960), Art. 1 comentario 5.

los Estados nacionales acentuada por ello, de este desarrollo aún no pueden hacerse deducciones seguras para el amalgamamiento de las comunidades de una federación; sin embargo no puede excluirse sin más la posibilidad de un enlace jurídico-estatal.

La creación fáctica de un Estado a través de un tratado, es un acontecimiento metajurídico que sólo "puede ser descubierto retrospectivamente después de un periodo de continuada realización del tratado".¹⁶

La época actual todavía no ha alcanzado madurez para estar en posibilidad de practicar tal diagnóstico con base en una mirada retrospectiva. Aún nos encontramos en la necesidad de satisfacernos con considerar a las comunidades como una nueva forma de organización que se encuentra en el árcs límite entre derecho nacional y derecho internacional público, y que adquirirá su estructuración jurídica definitiva en el transcurso de su futuro desenvolvimiento.¹⁷

También por ese motivo, no pueden atribuirse las normas del derecho comunitario, primeramente, ni al ámbito del derecho internacional público ni al del derecho nacional, en su concepto tradicional.¹⁸ Con justificada razón incluso se puede poner en duda si en general vale la pena aspirar a clasificar el derecho comunitario dentro de las categorías jurídicas existentes.¹⁹

Sea como fuere, no queda actualmente más remedio que atribuir las normas del derecho comunitario a un nuevo orden jurídico autónomo. Con ello carece de relevancia si se implanta este nuevo conjunto jurídico autónomo de acuerdo con Verdross,²⁰ como "derecho comunitario interno de los Estados", dentro de un concepto ensanchado de derecho internacional público, o si se tiende²¹ a colocar este conjunto jurídico autónomo como

¹⁶ Bayer, *Das Privatrecht der Montanunion*: RabelsZ 17 (1952) 325 y ss (328); compárese además Mosler (*supra* nota 8) 44.

¹⁷ Ehle, NJW 1963, 975; Wohlfarth/Everling/Glaesner/Sprung (*supra* nota 15) *idem*.

¹⁸ Sin embargo, ello es intentado por un gran número de autores. Cf. la amplia exposición recopilativa de Grabitz, *Gemeinschaftsrecht bricht nationales Recht*, Hamburgo (1966) 13, notas 9-11.

¹⁹ Cf. Mathijssen, *Le Droit de la Communauté Européene du Charbon et de l'Acier*, La Haya (1958), 154.

²⁰ Verdross, *Völkerrecht*, Viena (1959) 5; así también Küchenhoff, *Grundrechte und europäisches Staatengemeinschaftsrecht*: DÖV 1963, 161 y ss (163); Erler, (*supra* nota 10) 23; en forma semejante Thieme (*supra* nota 10) 53.

²¹ Así Mathijssen (*supra* nota 19) 154 y ss; Schlochauer (*supra* nota 6) 6 y s; en forma semejante Van Hecke, *La structure institutionnelle de la CEEA*: JTrib 1951, 277; Matthies, *Das Recht der EGKS und die nationalen Gerichte der Mitgliedstaaten*: JZ 1954, 305 ("derecho supranacional independiente"); Badura, *Bewahrung und Veränderung demokratischer und rechtsstaatlicher Verfassungsstruktur in den internationalen Gemeinschaften*: VVDStRL 23 (1966) 34 y ss (60); Hoffmann (*supra* nota 6) 435; Constantinesco, *Die Eigentümlichkeiten des europäischen Gemeinschaftsrechts*: JuS 1965, 289 y ss (290). Cf. también Erades, *International Law, European Community Law and Municipal Law of Member States*: ICLQ 1966, 117 y ss (118, 120).

derecho supranacional autónomo, al lado del concepto de derecho internacional público en sentido tradicional.

La CCE también ha acentuado en su importante resolución del 15 de julio de 1964, *Flaminio Costa vs. E.N.E.L.*, que el TCEE, a diferencia de los tratados internacionales habituales, ha creado un orden jurídico propio que emana de una fuente jurídica autónoma.²²

Este conjunto jurídico aún en desarrollo, no permite, por lo pronto, una clasificación precisa y sistemática.

2. Contenido

En tanto que la concepción de un nuevo orden jurídico europeo aún sólo puede ser lograda en forma imperfecta, el esclarecimiento relativo al contenido de este orden jurídico ya no representa en la época actual una dificultad esencial, gracias a la jurisprudencia dictada durante más de diez años por la CCE y a la fructífera discusión realizada en la literatura jurídica de los Estados que integran la comunidad. Por tanto, las fuentes del derecho comunitario sólo requieren ser insinuadas aquí a grandes rasgos.

Como cualquier sistema jurídico desarrollado, también el derecho comunitario europeo se divide en un complejo de normas escrito y en uno de normas no escrito.

Al ámbito del derecho comunitario *escrito* pertenecen, en primer lugar, los tratados elaborados para la creación de las tres comunidades, con sus apéndices, sus protocolos suplementarios y sus convenios complementarios. Importante fuente adicional es la legislación reglamentaria de los órganos de la comunidad.

El observador impuesto al orden de pensamiento tradicional, se inclina a poner dentro del derecho comunitario *no escrito* ante todo, el *derecho consuetudinario*. En la práctica de las comunidades se formará de hecho, sin duda, un derecho consuetudinario,²³ aun cuando en la actualidad sea prematuro hacer declaraciones acerca del contenido del mismo. Para la creación de tal derecho consuetudinario está especialmente predestinada la CCE, en cuya jurisprudencia ya se encuentran principios correspondientes.

²² Asunto 6/64 ECJCE X 1251 y ss (1269, 1270). Menos clara aún en su sentencia de 5 de febrero de 1963 en el asunto 26/62 (*N. V. Algemene Transport — en Expeditie Onderneming van Gend & Loos vs. Administración de Finanzas Holandesa*) CJCE IX 1 y ss (25) donde se habla de "un nuevo orden jurídico del derecho internacional público". Cf. también la resolución de la Corte Constitucional italiana (Sentencia N° 98 de 27 de diciembre de 1965 en el asunto *Acciaiere San Michele vs. CECA*, Foro It. 1964 I 460, *vid. infra* nota 154) que caracteriza el derecho comunitario y el derecho internonacional como dos órdenes jurídicos totalmente distintos entre sí. En el mismo sentido Mónaco, *Règle de droit communautaire et règle de droit interne*, en: "Festschrift für Otto Riese", Karlsruhe (1964) 27 y ss (28/29).

²³ Cf. al respecto Mathijssen (*supra* nota 19) 105; Ophüls (*supra* nota 10) 1699.

No obstante, el material demostrativo existente es aún escaso para que en la época actual pudiera lograr probar mediante casos concretos, la creación de un derecho consuetudinario.

Papel de mucho mayor importancia práctica representa por tanto, precisamente en el estadio inicial de las comunidades, otra fuente no escrita del derecho consuetudinario, a saber, la constituida por los *principios generales de derecho*.

La jurisprudencia de la CCE ha reconocido desde un principio la aplicación de ciertos principios generales de derecho,²⁴ aunque el derecho comunitario escrito no contiene una regla correspondiente a la del Art. 38, I del Estatuto de la Corte Internacional de La Haya. Este precepto dispone, como se sabe, la aplicación de los principios generales de derecho reconocidos por los países civilizados como *normas del derecho internacional público*, fijando con ello en forma escrita, una antigua regla del derecho consuetudinario internacional.²⁵

Bajo estos principios, la doctrina del derecho internacional público entiende los principios de derecho reconocidos en forma concordante por los pueblos civilizados, los que descansan en pensamientos jurídicos generales y que pueden ser trasladados al tráfico interestatal.²⁶ La necesidad de buscar principios de tal carácter general en el amplio marco del mundo, condujo a que hasta ahora sólo algunos de estos principios hayan sido reconocidos indubitadamente como principios generales de derecho en el orden jurídico del derecho internacional público. A ellos pertenecen, v.gr., los principios de buena fe, de la prohibición del abuso del derecho y de la calidad de cosa juzgada de las resoluciones judiciales.²⁷

Parece natural y comprensible²⁸ el que también la CCE, como tribunal

²⁴ Asunto 1/55, *Kergall vs. Gem. Versammlung der EGKS*, CJCCE II 29; asunto 8/55, *Fédération charbonnière de Belgique vs. Alta Autoridad*, CJCCE II 311 y ss; asuntos 7/56 y 3 — 7/57, *Algera etc. vs. Gem. Versammlung der EGKS*, CJCCE III 118 y ss; asunto 8/56, *A. L. M. A. vs. Alta Autoridad*, CJCCE III 200; asunto 8/57, *Groupement des Hauts Fourneaux et Aciéries Belges vs. Alta Autoridad*, CJCCE IV 257; asuntos 32/58 y 33/58, *SNUPAT vs. Alta Autoridad*, CJCCE VI 842; asuntos 43/59, 45/59 y 48/59 v. *Lachmüller, etc. vs. Comisión*, CJCCE VI 991; asunto 44/59, *Fiddelaar vs. Comisión*, CJCCE VI 1139; asuntos 42 y 49/59, *SNUPAT vs. Alta Autoridad*, CJCCE VII 158 y 172; asunto 12/61, *Gorter vs. Consejos de la CEE y de la CEEN*, CJCCE VII 603; asunto 13/61, *de Geus en Uitdenbogerd vs. Bosch, etc.*, CJCCE VIII 113.

²⁵ Berber, *Lehrbuch des Völkerrechts* I, Munich-Berlin (1960) 66.

²⁶ Cf. v. gr. Verdross (*supra* nota 20) 91; Berber (*supra* nota anterior).

²⁷ Verdross (nota anterior) 91; Berber (*supra* nota 25) 71; Guggenheim, *Traité de Droit International Public* I, Ginebra (1953) 154 y ss. En favor de una concepción más precisa del contenido de los principios generales del derecho en el sentido del Art. 38 I c intervienen Schelesinger y Bonassies, *Le fonds commun des systèmes juridiques*: "Rcv. Int. Der. Comp." 15 (1963) 516 y ss. Cf. además Lorenz, *Rechtsvergleichung als Methode zur Konkretisierung der allgemeinen Grundsätze des Rechts*: JZ 1962, 270 y s.

²⁸ Cf. Wohlfarth/Everling/Glaesner/Sprung (*supra* nota 15) comentario 3 al Art.

creado por un tratado —aun cuando le incumban funciones específicas del tipo de las de jurisdicción constitucional y de jurisdicción administrativa—, pueda apoyarse en estos principios generales de derecho en el sentido del orden del derecho internacional público. De ello ofrece varios ejemplos²⁹ la práctica de la Corte. Ésta tiene, además, la facultad de fundar sus resoluciones³⁰ en la aplicación analógica de los *principios generales del derecho comunitario*, en particular en aquellos que se desprenden de los tratados, facultad que la Corte sólo ha ejercido ocasionalmente.³¹

Sin embargo, tales principios generales tomados del orden del derecho internacional público o de los tratados, con contenido necesariamente trivial, pueden llenar las lagunas del derecho comunitario escrito sólo en una modesta medida.

La exigencia de una protección jurídica suficiente requiere, por ende, hacer fructificar el círculo más limitado de los Estados asociados en las comunidades a fin de alcanzar principios de derecho más perfilados. En virtud de su arraigamiento en el derecho romano —aunque no con igual intensidad— la afinidad relativamente estrecha entre los sistemas jurídicos asociados en la comunidad, facilita el encontrar principios generales esencialmente más detallados, de lo que puede llegar a suceder en el círculo de los pueblos civilizados que participan en el orden internacional público.³²

La aplicación de tales principios generales de derechos tomados de los *órdenes jurídicos de los Estados miembros* como fuente supletoria del derecho comunitario, corresponde a la jurisprudencia consolidada de la CCE.³³

164 TCEE; Schlochauer (*supra* nota 6) 8; Mathijsen (*supra* nota 23) 90 y 110 y ss.; otra opinión, aparentemente, De Richemont, *Communauté Européenne de Charbon et de l'Acier*. "La Cour de Justice", Paris (1954). 387.

²⁹ Cf. al respecto: Asunto 8/55, *Fédération charbonnière de Belgique* vs. Alta Autoridad, CJCCE II 311 ("proposición jurídica generalmente reconocida" de la relatividad); asunto 44/59, *Fiddelaar* vs. Comisión, CJCCE VI 1139 y asunto 12/61, *Gorter* vs. Consejos de la CEE y de la CEEN, CJCCE VII 603 ("principio de buena fe"); asunto 13-61, *de Geus en Uitdenboger* vs. Bosch, CJCCE VIII 113 ("principio general de la seguridad jurídica").

³⁰ Cf. al respecto Cassoni, *I principi generali comuni agli ordinamenti degli stati membri quale fonte sussidiaria del diritto applicato della Corte di giustizia della Comunità europee*: Dir. Int. 13 (1959) 441 y ss.

³¹ Asunto 9/56, *Meroni* vs. Alta Autoridad, CJCCE IV 26 y ss.; asunto 3/59, *Bundesregierung* vs. Alta Autoridad, CJCCE VI 139.

³² Heldrich, *Die allgemeinen Rechtsgrundsätze der ausservertraglichen Schadenshaftung im Bereich der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft*, Frankfurt a. M. (1961) 15 y ss.

³³ Cf. Asuntos 7-56 y 3-7/57, *Algera* vs. *Gem. Versammlung*, CJCCE III 118 y ss.; asunto 8/56, *A. L. M. A. vs. Alta Autoridad*, CJCCE III 200; asunto 8/57, *Groupement des Hauts Fourneaux et Aciéries Belges* vs. Alta Autoridad, CJCCE IV 257; asuntos 42 y 49/59, *SNUPAT* vs. Alta Autoridad, CJCCE VII 173.

y al criterio general sostenido en la literatura;³⁴ puede asimismo ser considerada hoy como reconocida por el derecho consuetudinario.³⁵

El TCEE mismo remite, como es conocido, con un caso (Art. 215, II, a saber, la responsabilidad extracontractual de la comunidad frente a órganos y empleados; también el Art. 188, II, TCEEN) a “los principios generales de derecho que son comunes a los órdenes jurídicos de los Estados miembros”, pero sin limitar con ello esta fuente al caso de referencia.

Lamentablemente la única remisión positiva a los principios generales de derecho, contenida en los tratados, no está redactada en forma muy feliz. Como resulta de la dicción “común”, los Arts. 215, II, TCEE, en su caso 188, II, TCEEN, requieren para cada caso, de la concordancia entre los órdenes jurídicos de todos los Estados miembros.³⁶ Es natural que ello no significa que tal concordancia deba corresponder a cada uno de los detalles de la regulación de las normas sobre la responsabilidad.³⁷

El concepto de principios *generales* de derecho prohíbe ya tal interpretación.³⁸ De cualquier manera, empero, de las disposiciones respectivas contenidas en los tratados resulta que la Corte “debe respetar en la consecuencia de la aplicación del derecho, un marco para el derecho de la responsabilidad oficial de las comunidades, común a todos los órdenes jurídicos de los Estados miembros”.³⁹

Si se requiere interpretar la formulación de los preceptos en forma literal, sólo podría aplicarse entonces el mínimo normativo común respecto del cual hubiere concordancia en cada caso concreto entre los Estados miembros,

³⁴ Marhijns (*supra* nota 23) 113 y ss; Cassoni (*supra* nota 30) 448 y ss; Jerusalem, *Das Recht der Montanunion*, Berlin/Francfort del Meno (1954) 76; Wohlfart/Everlin/Glaesner/Sprung (*supra* nota 15), comentario 4 al Art. 164 TCEE; Pescatore, *Les Aspects fonctionnels de la Communauté Economique Européenne, notamment les sources du droit*, en: “Les Aspects juridiques du Marché Commun”, Lieja (1958) 72; Daig, *Die Gerichtbarkeit in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Europäischen Atomgemeinschaft*: AÖr 83 (1958) 132 y ss (156 comen. 60); Ehle, (*supra* nota 4) 2232.

³⁵ Opinión contraria Cassoni (*supra* nota 30) 450 y ss., cuyo parecer sin embargo, se considera actualmente superado. La opinión aquí sustentada ahorra el abordar la difícil fundamentación teórica de la vigencia de estos principios del derecho; compárese al respecto Cassoni 448 y ss.

³⁶ Croquez, *Aspects juridiques du Marché Commun*, Dir. eur. 1958, 66; Heldrich (*supra* nota 32) 19; el mismo, Art. 215 II des *Vertrages über die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft — ein Irrweg zu europäischer Rechtseinheit*: JZ 1960, 685; Cassoni (*supra* nota 30) 455 y s.; Gofin, *La responsabilité de la Communauté Economique Européenne et de l'Euratom*, J. Trib. 1963, 237. Por el contrario, Wengler, Rev. Crit. (1963) 506 pretende conformarse con una “decisión mayoritaria” de los órdenes jurídicos de los Estados miembros, en contraposición al claro texto de las disposiciones del tratado.

³⁷ Lorenz, *General Principles of Law: Their Elaboration in the Court of Justice of the European Communities*: Am. J. Comp. L. 13 (1964) 8.

³⁸ Heldrich (*supra* nota 32) 16.

³⁹ Roemer, Alegatos finales en el asunto 25/62, *Plaumann vs Comisión*, CJCCE IX 258 y s.

y los principios generales de derecho llegarían a ser "asilo de las diferentes insuficiencias de los órdenes jurídicos particulares".⁴⁰

Según el texto literal de los Arts. 215, II, TCEE, en su caso 188, II, TCEEN, el perjudicado podría pedir indemnización de la comunidad respectiva sólo en el caso en el que en los órdenes jurídicos de *todos* los Estados miembros hubiera la facultad respectiva para exigir indemnización.

Precisamente en el ámbito de la responsabilidad extracontractual por daños y perjuicios, el derecho ha sido objeto de un fuerte dinamismo en las últimas décadas. En todas partes se percibe un esfuerzo orientado a la adecuación de las envejecidas reglas relativas a la responsabilidad a las exigencias del desarrollo moderno, a fin de proporcionar al perjudicado una protección lo más amplia posible. Dado que tal esfuerzo no está coordinado por una autoridad supranacional, en los diversos países se inicia en distintos ámbitos, una útil corrección del derecho vigente: en tanto que en una parte se impulsa el principio de la responsabilidad objetiva, en la otra se intenta la indemnización pecuniaria del daño inmaterial.

Consecuencia de tal situación es que en muchos órdenes jurídicos se pueden encontrar rasgos progresistas que no tienen correspondencia en los países vecinos, mientras que, a la inversa, se hallan defectos que en otras partes ya fueron reemplazados por mejores regulaciones. Estas desventajas de los distintos órdenes jurídicos se eternizarían precisamente a través de la declaración de sujeción a un *standard* del mínimo común, en tanto que, por otra parte, como consecuencia, sus ventajas no llegarían a ser tomadas en cuenta en gran medida.⁴¹

En contra de lo anterior se argumenta que no se ha decidido si necesariamente es mejor una regulación de la indemnización que favorezca más al perjudicado que aquella que niega al perjudicado la facultad de ser indemnizado.⁴²

Ciertamente, respecto de esta cuestión, desde el punto de vista de la política del derecho pueden sostenerse distintas opiniones. No debe creerse sin más, que hay que adoptar una posición favorable a la víctima; parece, sin embargo, corresponder a un rasgo fundamental de nuestra época el proporcionar al perjudicado una compensación si otro fuera de él puede ser hecho responsable del acontecimiento que le causó el daño.

Si se acepta el desarrollo —y ello, como es natural, es una cuestión axiológica— entonces no podrá considerarse el mínimo normativo común del derecho de la responsabilidad como un ideal desde el punto de vista de la política de derecho. El acuerdo acerca de un *standard* del mínimo puede ser una posibilidad útil para garantizar un mínimo respecto de la

⁴⁰ Heldrich (*supra* nota 32) 19 y s., 161; el mismo (*supra* nota 36), JZ 1960 685; Ferid, *Methoden, Möglichkeiten und Grenzen der Privatrechtseinheitlichung*, en: "Zeitschrift f. Rechtsvergleichung", 1962, 207 y s; cf. además Croquez (*supra* nota 36) 66, quien habla de la relevancia determinante del "droit national le plus restrictif".

⁴¹ Heldrich (*supra* nota 32) 161 y s; el mismo (*supra* nota 36) JZ 1960.

⁴² Schlesinger y Bonassies (*supra* nota 27) 521 nota 52.

protección jurídica en el tráfico internacional, en cuanto que a través de ello no se excluya una protección más amplia que la eventualmente existente, según los derechos nacionales.⁴³ Sin embargo, en virtud de que las facultades del ejecutivo para intervenir en las comunidades, exigen una protección jurídica desarrollada en no menor grado que la que ha llegado a ser hoy natural para la propia vida estatal, un mínimo normativo común como fuente supletoria del derecho comunitario, no puede satisfacer de modo alguno.

La determinación del contenido de los principios generales de derecho debe efectuarse, como en el derecho internacional público, con base en un análisis comparativo de los órdenes jurídicos de los Estados miembros de la comunidad. Este análisis no debe, empero, perseguir el objetivo de llevar los órdenes jurídicos respectivos a un común denominador.⁴⁴ Acertadamente, los principios generales de derecho sólo pueden conseguirse a través del método juscomparatista actual, método que es el de una comparación jurídica axiológica.⁴⁵

El método comparativo se ha enfrentado con estas cuestiones en ocasión de una interpretación comparativa. Según ésta, un principio general de derecho no es lo que la mayoría de los órdenes jurídicos disponen en forma concordante. Un principio general de derecho es más bien lo que se manifiesta como la mejor solución en un análisis crítico de las soluciones resultantes de una visión comparativa.⁴⁶

El *monto* de la concordancia existente no tiene, por tanto, relevancia decisiva, sino la tiene más bien la *calidad* de las regulaciones respectivas. Este criterio se encuentra en conformidad con el sentido literal del concepto "principio general de los derechos de los Estados miembros", si se toma en cuenta que la motiva la aspiración a una solución verdaderamente justificada de cada orden jurídico digno de esta designación.

La solución óptima de acuerdo con su calidad, es por tanto, aquella hacia la cual tiende cada orden jurídico, por lo menos en forma inconsciente. De este modo está justificado el considerar esta solución como principio general, en el que se orientan todos los órdenes jurídicos.

En los campos en los que en los Estados miembros haya soluciones distintas, pero de igual valor, debe preferirse a aquella que corresponda

⁴³ Cf. al respecto Weitnauer, *Die "Minimumkonvention" — ein Weg zur Rechtsangleichung*; en: "Zeitschrift des Zentralamts f. den internationalen Eisenbahnverkehr" 1962, cuaderno 9.

⁴⁴ En contra también Schlesinger y Bonassies (*supra* nota 27), 521 y s.

⁴⁵ En igual sentido Fuss, *Rechtssatz und Einzelakt im Europäischen Gemeinschaftsrecht*: NJW 1964, 945 (1946 nota 11); compárese también Zweigert, *Rechtsvergleichung*, en: Strupp/Schlochauer, *Wörterbuch des Völkerrechts* III Berlin (1962) 81; el mismo, *Verträge zwischen staatlichen und nichtstaatlichen Partnern*: BerDGesVölkR 5 (1964) 211 y ss.

⁴⁶ Zweigert, *Diskussionbeitrag*, en: "Zehn Jahre Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften", Colonia (1965) 204. De manera semejante Lagrange, *idem* 213.

lo mejor posible con los objetivos de la comunidad, y la CCE sólo puede elegir libremente en el caso en el que las soluciones distintas de una misma calidad se adapten al derecho comunitario.

Si la CCE se encontrara en situación —por ejemplo, como la que se desprende del marco del Art. 215, II, TCEE— de ocuparse en la cuestión relativa a si debe otorgarse también compensación por el daño moral en favor de un empleado de la comunidad perjudicado por la comisión de un delito, la Corte no podrá negarse al reconocimiento respectivo, alegando la “teoría del mínimo”, en virtud de que los derechos holandés, italiano y alemán conceden la reparación del daño inmaterial con compensación pecuniaria sólo en un limitado número de casos, sino más bien deberá concederse este derecho conforme con el derecho francés, en virtud de que partiendo de una comparación jurídico-axiológica con base en la intensificada protección de la personalidad, su regulación más benévola se encuentra por muchos motivos como la única a la altura exigida por la situación.

El criterio sostenido aquí es menos revolucionario de lo que pudiera parecer a primera vista. La jurisprudencia dictada hasta ahora por la CCE permite puedan reconocerse algunos principios que indican en igual dirección.⁴⁷

Con la comparación de los principios generales de derecho en el sentido de una solución óptima alcanzada a través de un panorama juscomparativo, la Corte proyectará importantes impulsos en los sistemas jurídicos nacionales de los Estados miembros, dirigidos hacia la armonización de los derechos nacionales en sentido más amplio, es decir, hacia el nacimiento de un derecho europeo común, a semejanza de los efectos de la jurisprudencia de la *Suprem Court* de los Estados Unidos de América y de la enseñanza del derecho de los *law schools* americanos —pese a la resolución *Erie R. Co. vs. Tompkins*⁴⁸ (en contradicción a *Swift Tyson*)—, ⁴⁹ que crearon en verdad, paulatinamente, ambos en común, un *federal common law* de los Estados Unidos.

No puede desconocerse, como es natural, que con la elección de la solución óptima cualitativamente se enfrenta la CCE a una cuestión axiológica difícil; sin embargo, en su breve historia, este tribunal ha demostrado en forma convincente que es capaz de tal actividad juscomparativa y creativa del derecho, como casi ningún otro.

3. Relación jerárquica

La cuestión relativa a la relación jerárquica entre las diversas fuentes del derecho comunitario escrito y no escrito es —por lo que se ha manifes-

⁴⁷ Cf. Wolff, *Auslegungsgrundsätze des Gerichtshofs*, en: “Zehn Jahre Rechtsprechung des Gerichtshofs des Europäischen Gemeinschaften”, Colonia (1965) 199 y s.

⁴⁸ 304 U.S. 64, 78 (1938).

⁴⁹ 16 Pet. (14 U.S.) 1, 18 y s (1842).

tado— un problema hasta ahora apenas tratado. Para solucionarlo debe partirse de la prelación absoluta que tienen los tratados, los que, en cierto sentido, tienen un rango constitucional. Las contradicciones eventuales entre los tratados mismos deberían resolverse en el sentido de la prelación de las disposiciones fundamentales. Por tanto, las disposiciones particulares contenidas en los tratados deben ser interpretadas en lo posible, de manera tal que sean compatibles con los “principios constitucionales elementales y las resoluciones fundamentales” de los tratados, criterio que ha sido sustentado por el Tribunal Constitucional Federal de Alemania Occidental respecto de las proposiciones jurídicas de la Constitución de Bonn.⁵⁰

El derecho impuesto por los órganos de las comunidades en reglamentación de los tratados, se encuentra, como corresponde a su carácter de legislación reglamentaria, en un rango inferior al de las disposiciones contenidas en los tratados.⁵¹

La solución de la cuestión respecto de la relación jerárquica entre el derecho comunitario escrito y el no escrito representa una mayor dificultad. Para los principios generales de derecho la solución resulta de que aquí se trata sólo de una fuente jurídica supletoria predeterminada para llenar las lagunas del derecho comunitario escrito.

La aplicación subsidiaria de estos principios es, por ende, salvo el caso de una remisión expresa como aquella a la que se refiere el Art. 215, II, TCEE, sólo admisible si del derecho comunitario escrito resulta un *non liquet* relativo a una cuestión determinada. Además, los principios generales de derecho sólo pueden ser aplicados para la interpretación de los conceptos jurídicos contenidos en los tratados y en la legislación reglamentaria.

A mi modo de ver, no puede presentarse por consiguiente, una contradicción entre estos principios y el derecho comunitario escrito. El rango del derecho consuetudinario exige otra colocación. Aun cuando, en primer lugar, el derecho consuetudinario llegue a desplegarse en el ámbito de las lagunas existentes en el derecho comunitario escrito, no parece excluirse el desenvolvimiento jurídico con base en el derecho consuetudinario, en contradicción con sus disposiciones particulares contenidas en los tratados o en la legislación reglamentaria,⁵² como sucede, v. gr., en el derecho nacional alemán.

Así se brinda a la CCE la posibilidad de contribuir mediante su jurisprudencia a la creación de un derecho consuetudinario, con el cual sale sobrando, bajo ciertas circunstancias, el largo y pesado procedimiento de revisión de los tratados, que de otra manera resultaría necesario.

⁵⁰ BVerfGE 1, 14 y ss (32 y s).

⁵¹ Daig en Von der Groeben / von Boeckh, *Kommentar zum EWG — Vertrag*, II Baden-Baden, Bonn, Francfort del Meno (1960) 167 y ss.; allí también las explicaciones relativas a la cuestión acerca de la relación jerárquica entre diversos actos de los órganos.

⁵² Mathijssen (*supra* nota 19) 104.

II. Armonización del derecho en las comunidades europeas

1. Disposiciones para la armonización en la Comunidad Económica Europea

Los problemas relacionados con la integración europea de la armonización del derecho entraron en el foco de la discusión científica fructífera a partir de la creación de la CEE.⁵³

En correspondencia con su tarea limitada a la administración de materias primas determinadas y de las fuentes de energía, la CEE —al igual que la CEEN— concede sólo un restringido lugar a la armonización de las disposiciones jurídicas nacionales, en virtud de que los tratados mismos contienen las disposiciones necesarias para la realización de su programa.⁵⁴ Sólo en campos singulares, como por ejemplo, en el de la armonización de las tarifas del tráfico (Art. 70, TCECA) y en el caso de las disposicio-

⁵³ De la literatura existente hasta ahora compárese al respecto Polach, *Harmonization of Laws in Western Europe*: en AM. J. Comp. L. 8 (1959). 148 y ss; Monaco, *La méthode de la harmonisation normative dans le marché commun européen*: "Festschrift Gutzwiller" (1959) 149 y ss.; Ulmer, *Wege zur europäischen Rechtseinheit* (Münchener Universitätsreden N. F. Cuaderno 26; Munich, 1959); Bärmann, *Die europäischen Gemeinschaften und die Rechtsangleichung*: JZ 1959, 553 y ss.; Malintoppi, *Il ravvicinamento delle legislazioni come problema di diritti internazionale*: Riv. dir. int. 42 (1959) 239 y ss.; Stein, *Assimilation of National Laws as a Function of European Integration*: Am. J. Int. L. 58 (1964) 1 y ss.; Reimer Schmidt, *Zu den rechtlichen Grundfragen des Gemeinsamen Marktes*, Karlsruhe (1962); Zweigert, *Rechtsvereinheitlichung*, en: Strupp/Schlochauer, *Wörterbuch des Völkerrechts* III (1962) 74 y ss.; el mismo, *Grundsatzfragen der europäischen Rechtsangleichung, ihrer Schöpfung und Sicherung*, "Festschrift Dölle" II (1963) 401 y ss.; Van Hecke, *Intégration économique et unification du droit privé*: Ned. T. Int. R. 9 (1962), No. 4, 198 y ss.; Wortley, *Harmonization of Law in the European Economic Community*: Ned. T. Int. R. 9 (1962), N° 4, pp. 529 y ss.; Seidl-Hohenveldern, *Harmonization of Legislation in the Common Market and the Heritage of the Common Law*: J. Bus. L. 1962, 247 y ss.; Hallstein, *Angleichung des Privat — und Prozessrechts in der EWG*: RabelsZ 28 (1964) 211 y ss.; Lalvic, *Harmonisation et rapprochement des législations européennes*, en: "L'intégration européenne", Ginebra (1964) 45 y ss.; Rodière, *L'harmonisation des législations européennes dans le cadre de la CEE*; Rev. Trim. Dr. Europ. 1 (1965) 336 y ss., y la bibliografía allí citada; Verloren Van Themaat, *Dr. Rechtsangleichung als Integrationsinstrument*, en: "Zur Integration Europas, Festschrift für Karl Friedrich Ophüls", Karlsruhe (1965) 243 y ss.; Lutter, *Die Angleichung des Gesellschaftsrechts nach dem EWG-Vertrag*: NJW 1966, 273 y ss.; Schwartz, *Zur Konzeption der Rechtangleichung in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft*, en: "Probleme des Europäischen Rechts, Festschrift für Walter Hallstein", Frankfurt del Meno (1966) 474 y ss., y la documentación indicada en la nota 7; por último Eckert, *Die Angleichung des Lebensmittelrechts in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft*: NJW 1967, 473 y ss., y las citas bibliográficas mencionadas en la nota 6.

⁵⁴ Strauss, *Fragen der Rechtsangleichung im Rahmen der Europäischen Gemeinschaften*, Frankfurt a. M. (1959) 13.

nes relativas a la protección de la salubridad contra los peligros de los rayos ionizantes (Art. 30 y ss., TCEEN), vale otra cosa.

La extensión del Mercado Común a todos los bienes y servicios, a que dio lugar la CEE, creó, por el contrario, una situación totalmente nueva. Ciertamente es que el ejemplo de distintos mercados comunes sin unidad legal (EUA, pero también Canadá y Gran Bretaña) ⁵⁵ enseña que un mercado común puede soportar una medida considerable de órdenes jurídicos diferentes en amplios campos. Sin embargo, en ciertos sectores jurídicos, especialmente en aquellos que se encuentran en relación "estrecha con la economía" —así en el derecho de la competencia desleal como en el de la propiedad industrial— esto no acontece evidentemente. Aquí el interés dirigido a evitar falsificaciones que den lugar a una competencia desleal, imprescindiblemente requiere de una armonización de los órdenes jurídicos de los Estados miembros.

El Art. 3, h, TCEE, por ende, prevé expresamente en el programa para la actividad de la comunidad, la armonización de las disposiciones legales nacionales, "en cuanto que ésta es necesaria para un ordenado funcionamiento del Mercado Común".

En una serie de disposiciones, el tratado prescribe imperativamente para determinadas materias, tal armonización del derecho. ⁵⁶ Así, el Art. 27 obliga a los Estados miembros en cuanto sea necesario, a realizar una armonización de las disposiciones legales y de las instrucciones administrativas que existan en el ámbito del derecho aduanero. El Art. 54, III, g, prevé la coordinación de las disposiciones protectoras establecidas en los Estados miembros respecto de las sociedades, en interés de los socios y de terceros. Conforme al Art. 56, II, el Consejo dicta líneas directrices para la coordinación de las disposiciones legales e instrucciones administrativas que prevén una regulación especial relativa a extranjeros y que tienen su justificación con base en el orden público, en la seguridad o en la salud pública. El Art. 57, II, concede igual facultad al Consejo para la coordinación de las disposiciones legales e instrucciones administrativas que atañen

⁵⁵ En relación con los dos países mencionados en último término cf. Goodhart, *The Common Market and English Law* (Address delivered at the inauguration of the Summer Session, 1962, of the International Faculty of Comparative Law in Luxembourg), Luxemburgo, (1962) 14.

⁵⁶ La desconcentración inicial a causa de la elección de diversas expresiones en el tratado (*rapprochement, coordination, harmonisation*) respecto a la figura "*Rechtsangleichung*", mientras tanto pudo posiblemente haber sido superada. Los tres conceptos significan en esencia lo mismo, a saber, todo acercamiento imaginable apto para alcanzar el fin concreto, de las disposiciones jurídicas, inclusive la total unificación de las normas jurídicas cuando esto sea necesario, compárese Zweigert, *RabesZ* 24 (1959) 550 y s., confirmado a través del análisis hecho por von Lochner, *Was Bedeuten die Begriffe "Harmonisierung", "Koordinierung", usw.?*: *ZgesStW* 118 (1962) 355 y ss. No convence Gessler, *Ziele und Methoden der Harmonisierung des Gesellschaftsrechts der GmbH*, en: "Harmonisierung des Gesellschaftsrechts und des Steuerrechts der GmbH in Europa" (1962) 12 y ss.

a la iniciación y ejercicio de las actividades autónomas, industriales u otras profesiones análogas.⁵⁷ Las disposiciones legales existentes en el área de los impuestos indirectos debe también ser objeto de armonización, según el Art. 99. El Art. 117 exige la armonización de las condiciones relativas a la vida y al trabajo de obreros y empleados, en esta ocasión remite expresamente a la armonización de las disposiciones legales y de las instrucciones administrativas de referencia (cf. también Art. 118).

Junto a estas reglas especiales, el tratado de la CEE concede en forma general al Consejo, en la cláusula general contenida en el Art. 100, la facultad de dictar, a propuesta de la Comisión, "líneas directrices para la armonización de aquellas disposiciones legales e instrucciones administrativas de los Estados miembros que tengan efectos directos en la creación o funcionamiento del Mercado Común". El Consejo puede acordar estas líneas directrices solamente en forma unánime, lo que a causa de su composición, conduce a que los gobiernos de cada uno de los Estados miembros puedan impedir por medio del ejercicio de su derecho de veto, la creación de tales líneas directrices, y con ello, la armonización del derecho.

Sólo la disposición contenida en el Art. 101, TCEE, puede servir aquí de auxiliar en cierta medida. Según este precepto, el Consejo está facultado para dictar las líneas directrices, en un procedimiento especial, a efecto de borrar las diferencias existentes en las disposiciones legales y en las instrucciones administrativas de los Estados miembros que falseen las condiciones de competencia en el Mercado Común y provoquen con ello una deformación, que debe ser eliminada.

El Consejo debe observar, en ocasión de la emisión de tales líneas directrices el requisito de unanimidad de votos para sus resoluciones, sólo durante el primer momento del periodo transitorio, en tanto que, posteriormente —al contrario de lo que dispone el Art. 100, TCEE— es suficiente una mayoría calificada.

2. La "línea directriz" como instrumento para la armonización del derecho

En otro contexto me he esforzado por aclarar algunos "puntos oscuros" contenidos en el texto de estas dos más importantes normas jurídicas para la armonización del derecho, del TCEE,⁵⁸ por consiguiente me limito aquí a hacer una breve mención acerca del concepto de "línea directriz", la que presenta un nuevo instrumento en su aspecto metodológico y

⁵⁷ Cf. al respecto Everling, *Die Rechtsangleichung in der EWG auf dem Gebiet des Niederlassungsrecht* y Nicolaysen, *Niederlassungsrecht und Rechtsangleichung*, en: "Aktuelle Fragen des europäischen Gemeinschaftsrecht, Abhandlungen aus dem Gesamten Bürgerlichen Recht, Handels — und Wirtschaftsrecht", 29 Stuttgart (1965) 60 y ss. y 91 y ss.

⁵⁸ *Vom Deutschen zum Europäischen Recht*, "Festschrift für Dölle", II, Tübingen (1963) 401 y ss.

tiene además carácter problemático en lo relativo a la armonización del derecho.⁵⁹

Si el Consejo dicta una línea directriz, ésta aún no crea la obligación por parte de los Estados miembros de legislar en su ámbito nacional según un modelo legislativo determinado conforme a ella; situación jurídica distinta a aquella creada por un tratado multilateral respecto de una *loi uniform*, en el ámbito de la unificación internacional del derecho.

Las líneas directrices tienen fuerza obligatoria frente a los Estados miembros a los que se dirigen, sólo "respecto del objetivo que debe ser alcanzado", y por consiguiente, dejan a cargo de los órganos constitucionales nacionales el elegir con base en su propia facultad discrecional, las formas y medidas que pueden servir a la armonización del derecho que se ordena (Art. 189, II, TCEE, en su caso Art. 161, III, TCEEN).

No sin quebradero de cabeza, se pregunta uno, cómo puede ser una línea directriz destinada a la armonización del derecho. Si he entendido bien, una posibilidad consiste en que en ella se formule el objetivo (por ejemplo, el de la eliminación del impuesto sobre ingresos brutos) casi en el tenor de la línea directriz, para fundamentar entonces tal medida (semejante a una exposición de motivos en el caso de la legislación) y quizá desarrollar propuestas (no obligatorias) respecto de las medidas a través de las cuales pueda alcanzarse en lo posible el objetivo.

Por otra parte, sin embargo, también existe la posibilidad de que la línea directriz añada a la formulación obligatoria del objetivo que se persigue, un modelo de ley con la fundamentación respectiva, caso éste en el que sólo es obligatorio el objetivo, en tanto que el modelo de ley significa sólo un modo de "brindar un servicio para facilitar el trabajo" en favor de los Estados miembros.

Es dudosa la practicabilidad de este instrumento para la armonización del derecho a causa de que, como ya lo he indicado,⁶⁰ "con frecuencia basta, sin duda, para lograr un contenido idéntico del derecho, sólo una forma idéntica (y medidas también idénticas)". Cualquiera que haya colaborado en la creación de normas jurídicas, sabe que la discusión acerca del problema orientado a una búsqueda concreta normativa, y la discusión acerca de medidas y formas para la solución de este problema, por lo general no pueden ser separadas entre sí.

¿Cómo debe armonizarse, por ejemplo, la diversidad existente entre

⁵⁹ Cf. al respecto, de la literatura más reciente Eckert, (*supra* nota 53) 477; Fuss, *Die Richtlinien des europäischen Gemeinschaftsrechts*: DVBI 1965, 378 y ss.; Ipsen, *Richtlinien-Ergebnisse*, en: *Zur Integration Europas*, "Festschrift für Carl Friedrich Ophüls", (1965) 67 y ss., con detalladas indicaciones bibliográficas; Furler, *Grundsatzfragen des europäischen Gemeinschaftsrecht*: NJW 1965, 1401 y ss.; Kreplin, *Die Richtlinie als Instrument der Rechtsangleichung nach Art. 100 EWG-Vertrag*: NJW 1965, 467 y ss.; Salmon, *L'application en France de directives de la CEE*: Rev. M. C. 1965, 165 y ss.

⁶⁰ RabelsZ 24 (1959) 552.

las diferentes legislaciones en materia de competencia desleal⁶¹ sin que se hagan propuestas en extremo concretas respecto de la formulación de la ley, en virtud de que casi en todas partes existen en la legislación nacional relativa a esta materia, cláusulas generales, interpretadas, empero, con distintas consideraciones axiológicas en cuanto al criterio acerca de si tales reglas de competencia protegen sólo a los competidores individuales o si, por otra parte, esas reglas tienen además, como razón jurídico-social, la protección de la colectividad de los competidores, tal como sucede en nuestro país? O bien, ¿cómo debe dar una línea directriz orientada a la armonización del derecho, una solución satisfactoria sin contener formulaciones precisas, en el caso de que se propusiera suprimir eventualmente las diferencias que surgen a causa de que en Italia se juzga la publicidad que induce a error de manera considerablemente más benigna que en Francia y en Alemania?⁶²

Aunque aquí no puedo profundizar respecto del muy discutido fenómeno filosófico de la coincidencia entre forma y contenido, puedo decir lo siguiente: la formulación redactada en el Art. 189, III, TCEE, en forma tan elegante, como parece a primera vista, desconoce que la armonización del derecho exige en muchas situaciones, de manera imperativa, una conceptualización uniforme, “integrada” por el objetivo, por los medios de realización y por la forma de enunciación normativa.

Dicho Art. 189, III, debe interpretarse en todos los casos en los cuales la armonización del derecho sólo pueda ser realizada a través de la uniformidad de objetivo, medios y forma, a través de la descomposición de sus contradicciones internas, de manera que los órganos de la CEE también estén facultados a incorporar⁶³ la *loi uniform* en sus líneas directrices, como obligatoria frente a los Estados miembros, si se quiere evitar que las disposiciones acerca de la línea directriz de armonización del derecho sean normas muertas.⁶⁴

En caso de que este criterio pareciera demasiado atrevido —aunque la correcta comprensión interpretativa de los tratados europeos debe tener cuidado con una constatación tal— cuando menos en tales situaciones,

⁶¹ Al respecto Ulmer, *Das Recht des unlauteren Wettbewerbs im Gemeinsamen Markt*: GRURAusl. 1962, 273 y s.

⁶² Cf. Schricker, *Die täuschende Werbung im italienischen Wettbewerbsrecht*, Munich, Colonia, Berlín, Bonn (1962).

⁶³ De acuerdo Verloren Van Themaat (*supra* nota 53) 253; Eckert, (*supra* nota 53) 476 y s.; Lutter (*supra* nota 53) 375; Furler (*supra* nota 59) 1403; acerca de dudas políticoconstitucionales, Everling (*supra* nota 57) 76; Fuss (*supra* nota 59) 381; Schwartz (*supra* nota 53) 513 y s.; Ipsen (*supra* nota 59) 72 con indicaciones adicionales.

⁶⁴ Acerca de la “carencia de una rápida aplicabilidad práctica” de los Arts. 100 y s., compárese Verloren Van Themaat, *Probleme der Rechtsangleichung im Gemeinsamen Markt*: BB 1962, 1131; también Ulmer (*supra* penúltima nota) 282 y s. También Wohlfarth (*supra* nota 11) 249, habla del “relativo fracaso de sistema de la línea directriz”.

los órganos de la CEE deberían intercalar en la línea directriz un modelo de ley, recomendable por su calidad.

La participación de todos los Estados miembros en los trabajos preliminares puede evitar el que aquella *loi uniform* o este modelo de ley puedan ser considerados como un "producto dictado desde una torre de marfil lejos de la realidad". La mayor elasticidad de esta línea directriz para la armonización del derecho, en comparación con el tratado internacional, se conservaría por medio de la facultad del Consejo para decidir acerca de controversias eventuales y porque el pesado mecanismo de los parlamentos nacionales no es puesto en marcha, o si lo es, es echado a andar al menos más fácilmente por medio del "aceite" proporcionado por el modelo de ley.

Podría pensarse que el cambio tradicional del tratado sea conducente para algunas materias a causa de su alcance y complejidad; empero, sería lamentable, si el elegante instrumento de la línea directriz quedara como un derecho muerto, en virtud de la oscuridad de los supuestos contenidos en los Arts. 100 y 101 y por la impracticabilidad de la simple orden acerca del objetivo que dispone el Art. 189.

Los órganos de la CEE han manifestado, afortunadamente con base en las exigencias de la práctica, pocos escrúpulos en su orientación, cuando dictan líneas directrices. La armonización del derecho de víveres⁶⁵ o del derecho farmacéutico⁶⁶ no puede ser llevada a cabo sin regulaciones que profundicen en los detalles. Las líneas directrices y los proyectos para tales líneas efectuados en estos ámbitos comprenden, por ende, una abundancia de disposiciones muy detalladas.⁶⁷ Esta práctica encuentra hoy una aprobación casi unánime en la literatura.⁶⁸

3. Trabajos para la armonización del derecho

En concordancia con los objetivos que persigue el tratado, la Comisión

⁶⁵ Cf. al respecto Eckert (*supra* nota 53).

⁶⁶ Cf. al respecto Duprat, *La réglementation des spécialités pharmaceutiques dans la CEE*: Rev. M. C. 1965, 296 y ss.

⁶⁷ Cf. por ejemplo la línea directriz relativa a los medicamentos de 26 de enero de 1965 (Amtsblatt EG 1965, 369), la línea directriz sobre colorantes de 23 de octubre de 1962 (Amtsblatt EG 1962, 2645), modificada por la línea directriz de 25 de octubre de 1965 (Amtsblatt EG 1965, 2793), la línea directriz sobre sustancias químicas para conservación de 5 de noviembre de 1963 (Amtsblatt EG 1964, 161), modificada por las líneas directrices de 23 de diciembre de 1965 (Amtsblatt EG 1965, 3263 y de 14 de diciembre de 1966 (Amtsblatt EG 1966, 3947) y la línea directriz para la determinación de criterios específicos de pureza de 26 de enero de 1965 (Amtsblatt EG 1965, 372).

⁶⁸ Ipsen, (*supra* nota 59) 71 con indicaciones, Rabe, *Das Verordnungsrecht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft*, Hamburgo (1963) 40 y s.; Van Bingsbergen, *Kan een richtlijn tot aanpassing der wetgevingen ingevolge artikel 100 EEG verdrag in details treden?*: S.E.W. 1962, 216 y ss; Eckert, (*supra* nota 53) 477; Schwartz (*supra* nota 53) 506; Everling (*supra* nota 4) 467 y los autores allí mencionados.

ha concentrado el centro de gravedad de sus esfuerzos relativos a la integración de disposiciones jurídicas y de instrucciones administrativas en el derecho aduanero, el derecho del establecimiento de negociaciones, el derecho de marcas y patentes, el derecho de sociedades mercantiles, el derecho fiscal, el derecho agrario y en el derecho de comunicaciones.⁶⁹

El resumen panorámico acerca de estos trabajos se encuentra en el Octavo Informe General sobre la Actividad de la Comunidad, y complementariamente, en el Noveno.⁷⁰ La Comisión ofrece en estas publicaciones números impresionantes⁷¹ de los que resulta que la línea directriz, como instrumento para la armonización del derecho, tiene plena aplicación en la práctica.

Si pese a esta amplia actividad, los resultados parecen ocasionalmente escasos y que los trabajos se frenan de vez en cuando,⁷² en contra debe destacarse lo que con razón hace notar la Comisión:

En un campo tan amplio y de tan sutiles ramificaciones como lo es el de la armonización del derecho, sólo es posible y aconsejable dar pasos relativamente limitados y tomados con precaución. En todo sector parcial son necesarios los trabajos preliminares, elaborados con cuidado mediante el método juscomparatista. La meta no consiste en crear un derecho europeo unificado que lo abarque todo, sino más bien la de crear un sistema jurídico de tipo federal que deduzca su fuerza y la capacidad de convencimiento, de la historia, de la multiplicidad y del dinamismo de los derechos de los Estados miembros, de la convicción jurídica común y de las exigencias que emanan de la unión económica europea.⁷³

Este aspecto abre para la armonización del derecho un panorama más allá del pensamiento regional. Tanto los órganos de la CEE como los Estados miembros deberían tomar en cuenta que no se bloqueen en el futuro los proyectos posteriores de más amplia trayectoria. De este modo deben incluirse en los trabajos preliminares juscomparatistas de cada proyecto, v. gr., los derechos de Inglaterra y de Norteamérica.

⁶⁹ Octavo Informe General sobre la Actividad de la Comunidad, No. 82.

⁷⁰ Vid. *supra* nota 3.

⁷¹ Desde la entrada en vigor del Tratado de Roma, es decir, durante el periodo del 1º de enero de 1958 al 31 de marzo de 1966 se emitieron, como se desprende de las Tablas Nos. 7 y 8, un total de 4 reglamentos, 18 líneas directrices, 2 resoluciones, 19 recomendaciones y un dictamen. Al Consejo le habían sido sometidos hasta el 31 de marzo de 1966 para su expedición, 1 proyecto de convenio, 9 proyectos de reglamento y 37 propuestas de líneas directrices. Ante la Comisión se encontraban en el estadio de anteproyectos o para elaboración por peritos 9 convenios, 1 reglamento, 105 líneas directrices, 12 recomendaciones y 22 medidas de acercamiento, aun cuando en forma jurídica indeterminada.

⁷² Cf. por ejemplo: Eckert (*supra* nota 53) 474 para la armonización del derecho sobre alimentos.

⁷³ *Supra* nota 69.

Esta exigencia existe no sólo para hacer enmudecer eventuales preocupaciones que se apoyan en que la herencia del *common law* pudiera ser puesta en peligro en ocasión de la proyectada adhesión de la Gran Bretaña a la CEE.⁷⁴ En una época en la que la mayor comunidad del Atlántico comienza a destacarse más claramente en el horizonte del futuro, la armonización del derecho no puede congelarse dentro de la CEE en forma de un regionalismo introvertido, sino más bien debe convertirse en el brote de proyectos de armonización del derecho en un ámbito de más alcance y con proyecciones mundiales.⁷⁵

III. Conflictos entre derecho comunitario y derecho nacional

En virtud de que el ámbito de aplicación del derecho comunitario y el de los derechos nacionales de los Estados miembros respectivamente, pueden colidir de múltiple manera, la cuestión relativa al tratamiento jurídico de los conflictos entre estos dos sistemas jurídicos tiene un gran interés práctico. La respuesta se formula de distinta manera según se trate de la aplicación del derecho por parte de los órganos de las comunidades, o bien, por parte de los órganos de los Estados miembros.

1. Aplicación del derecho por los órganos de las comunidades

Los órganos de las tres comunidades europeas, inclusive la Corte, en principio, sólo deben aplicar las normas del derecho comunitario.

Las normas legales de los Estados miembros poseen vigencia normativa en el foro de la comunidad sólo en la medida en que el derecho comunitario remita a ellas en el caso concreto (como en relación con la personalidad jurídica y la capacidad de ejercicio de las comunidades —Arts. 6, III, TCECA; 211, TCEE; 185, TCEEN— y para la responsabilidad oficial —Arts. 215, II, TCEE; 188, TCEEN—). También en cuanto estas normas de los Estados miembros sean, en general, tomadas en cuenta como una fuente subsidiaria del derecho, es decir, como punto de partida para la obtención de principios generales del derecho.

En rigor, en la variante mencionada en último término, no hay, por cierto, aplicación del derecho de los Estados miembros, en virtud de que las disposiciones jurídicas nacionales se emplean para la búsqueda de principios generales de derecho sólo como material de intuición, con base en el cual se crea la propia norma, es decir, el principio general.

La aplicación de las disposiciones de los órganos jurídicos de los Estados miembros para la determinación de los principios generales de derecho

⁷⁴ Cf. Seidl-Hohenveldern y Wortley (*supra* nota 53).

⁷⁵ Acertadamente K. Dudén, *Internationale Aktiengesellschaften*, en: *RabelsZ* 27 (1962/63) 105 y ss.

coincide, por consiguiente, con otros casos en los cuales los órganos de la comunidad *aplican* efectivamente las normas jurídicas nacionales. Para conocer esta situación es suficiente pensar en que según los Arts. 169 y 170, TCEE; en su caso, Arts. 141 y 142, TCEEN, se entabla demanda contra un Estado miembro con la fundamentación de que el Estado respectivo ha violado una obligación desprendida del tratado, al emitir una disposición jurídica que se encuentra en contradicción con el tratado.

Aunque entonces la Corte no puede aplicar la norma incriminada creada por el Estado miembro, debe, sin embargo, tomarla en cuenta como un hecho del cual posiblemente puede resultar la violación al derecho comunitario. Lo mismo puede acontecer en los casos que logran llegar ante la Corte mediante una resolución incidental dictada conforme a los Arts. 177, TCEE, en su caso 150, TCEEN, en la medida en que la cuestión prejudicial verse acerca de si determinada disposición jurídica de un Estado miembro es compatible con los tratados.

En tal situación es requisito indispensable hacer constar también el contenido del derecho nacional, derecho que, por ende, *strictu sensu* no se "aplica", pero cuyo contenido efectivo se investiga.⁷⁶

Puede resultar asimismo que sean tomadas en cuenta las disposiciones jurídicas nacionales por parte de los órganos de la comunidad. Ello con base en la obligación jurídica que tienen las comunidades de observar una conducta de acuerdo con la lealtad, según corresponde a un miembro. Se trata aquí de un principio no escrito del derecho comunitario, el que corresponde a la obligación de los Estados miembros de observar una conducta amigable frente a la comunidad, principio que se desprende de la necesidad conceptual de la naturaleza casi "asociativa" que tienen las comunidades europeas.⁷⁷

Este principio tiene parangón en la obligación recíproca de observar una conducta amigable ante la federación, en un auténtico Estado federal. Emancipación de la obligación jurídica de una conducta leal de los miembros lo es la obligación de los órganos de la comunidad, consistente en no interferir en los principios básicos irrenunciables contenidos en las constituciones de los Estados miembros, es decir, en especial, en derechos fundamentales garantizados por las constituciones respectivas.⁷⁸

⁷⁶ Cf. Daig, *Die Gerichtsbarkeit in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Europäischen Atomgemeinschaft*: AöR 83 (1958) 155.

⁷⁷ Wohlfarth (*supra* nota 11) 253.

⁷⁸ Cf. Wohlfarth (*supra* nota 11) 270 y s.; Ehle, *Vorlage an den Europäischen Gerichtshof gemäss Art. 177 EWG — Vertrag*: NJW 1963 933 y ss. (935); Bülow (*supra* nota 11) 58; Everling (*supra* nota 4) 471. Con otra fundamentación llega al mismo resultado von der Groeben (*supra* nota 4) 236 y s. En los tratados mismos se encuentran inclusive disposiciones análogas a los derechos fundamentales que descansan en comunes representaciones axiológicas de los Estados contratantes sobre los postulados de libertad, igualdad y justicia extrapositiva, y que vinculan al poder comunitario en forma más clara que al principio de lealtad. Compárese además Erler (*supra* nota 10) 44 y Steiger, *Staatlichkeit und politischen Stellung der Europäischen*

En virtud de que con respecto a la obligación de una conducta leal de los miembros, se trata de un principio elemental de la constitución de la comunidad, en caso de duda, las normas del derecho comunitario deben interpretarse de manera tal que se encuentren en concordancia con los principios fundamentales de las constituciones respectivas de los Estados miembros.⁷⁹

En el caso en el que una norma del derecho comunitario sólo pueda ser objeto de una interpretación que resulte incompatible con estos principios constitucionales nacionales fundamentales, la norma del derecho comunitario debe ser declarada nula, por contravenir una norma del derecho comunitario de rango superior, a saber, al principio no escrito que exige una conducta leal de los miembros.

En estos casos la CCE debe aclarar la nulidad con base en los Arts. 173, 174, TCEE, en su caso Arts. 146 y 147, TCEEN, por violación a una norma jurídica que debe aplicarse en la realización del tratado.⁸⁰

No hay lugar aquí para describir detenidamente los principios fundamentales de las constituciones de los Estados miembros que deben ser respetados por la comunidad según lo exige la obligación a observar una conducta leal por parte de los miembros; me limito a advertir que en ello no puede tratarse en manera alguna de todas las normas constitucionales de todos los Estados miembros.⁸¹ Tal interpretación reduciría en contra de la estructuración de la comunidad, la libertad de acción de los órganos de la comunidad.

Sólo puede tratarse aquí más bien —como en el caso de la constatación de los principios generales de derecho— de elegir mediante la contemplación panorámica y juscomparativa, los principios elementales de un Estado de derecho de las constituciones de los Estados miembros, los que se manifiestan como principios que prevalecen por su superioridad.

Las disposiciones contenidas en la Convención Europea de Derechos Humanos, suscrita por los Estados que integran las comunidades, aun cuando ratificada todavía por todos ellos, pueden brindar en la elección de referencia, un valioso auxilio.⁸²

Geimeschaften, Berlin (1966) 103. Frente a Steiger adopta una actitud crítica Friauf, DVB 1966, 945. Erróneamente Küchenhoff (*supra* nota 20) 163, quien aclara como “carentes de relevancia” a los derechos fundamentales internacionales para la conducta de los órganos supranacionales.

⁷⁹ Al respecto Friauf, *Die Notwendigkeit einer Verfassungskonformen Auslegung im Recht der westeuropäischen Gemeinschaften*: AöR 85 (1960) 224 y ss.

⁸⁰ Cf. también Wohlfarth/Everling/Glaesner/Sprung (*supra* nota 15), Coment. preliminar 4 al Art. 189.

⁸¹ Así, sin embargo, aparentemente Friauf (*supra* nota 79) 233; en forma semejante Ehle, AWD 1963, 160.

⁸² Cf. al respecto Donner en su conferencia sobre *Die Befugnisse des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften* dictada ante “La Sociedad Vienesa de Juristas” el 20 de febrero de 1963, acerca de la que informa Heiss, Jur. Bl. 85 (1963) 311 y ss. (312); además Wohlfarth (*supra* nota 11) 271; Bülow (*supra* nota 11) 58; von der Groeben (*supra* nota 4) 236. Por ejemplo, Waelbroeck, *La Convention Européenne*

La obligación que tiene todo miembro por su calidad de tal, de observar una conducta leal no debe, por consiguiente, conducir a una "ley del mínimo en el desarrollo supranacional de la constitución"; tal obligación debe manifestarse más bien como guía determinante en el rumbo orientado hacia la integración jurídica fundada en una comparación axiológica del derecho.

No se intenta, sin embargo, profundizar aquí en la cuestión antes insinuada, en este contexto sólo tiene importancia la constatación de que tampoco se trata de una aplicación del derecho constitucional de los Estados miembros, en el caso de que los órganos de la comunidad respeten tales normas constitucionales nacionales fundamentales, sino sólo de cumplir con el principio del derecho comunitario relativo a la observancia leal de la conducta de los miembros, con lo que el contenido efectivo de este principio debe ser encontrado entre otros, por medio de la aplicación del derecho constitucional nacional.

En igual forma como en los demás casos en los que fácticamente se toman en cuenta las disposiciones jurídicas de los Estados miembros, estas normas representan, por ende, para los órganos de la comunidad un "simple fait".⁸³

Las explicaciones que preceden no afectan el principio según el cual los órganos de la comunidad sólo deben aplicar el derecho de la comunidad, mas no así las disposiciones jurídicas nacionales de los Estados miembros.

Con frecuencia la CCE ha acentuado con fuerza este principio.⁸⁴ Su opinión es compartida por los dos procuradores generales⁸⁵ y por la opinión corroborada dominante en la literatura.⁸⁶

Por tanto, el problema acerca de cómo debe solucionarse la contradicción entre el derecho nacional y el comunitario, a saber, la cuestión de a qué orden jurídico debe darse prelación en caso de conflicto, no surge en ocasión de la aplicación del derecho por los órganos de la comunidad. Tal colisión de las normas supondría que los dos sistemas de derecho tienen vigencia simultánea. Sin embargo, el derecho nacional, sólo tiene vigencia normativa ante el foro de la comunidad en la medida en que sea

de Droits de l'Homme lie-t-elle les Communautés Européennes?, en: "Droit communautaire et droit national", *Semana de Brujas*, Brujas (1965) 306 y ss., afirma la existencia de una vinculación de la CEE a la Convención Europea de Derechos Humanos; distinta opinión sustenta Küchenhoff (*supra* nota 20) 162.

⁸³ Münch (*supra* nota 10) 134.

⁸⁴ CJCCE V 63; VI 920 y ss., VIII 21.

⁸⁵ Procurador General Lagrange, CJCCE I 156; VI 940, 1211; VIII 37 Procurador General Roemer, CJCCE III 266.

⁸⁶ Wohlfarth/Everling/Glaesner/Sprung (*supra* nota 15), coment. 4 al Art. 164; Daig (*supra* nota 76) 154; Friauf (*supra* nota 79) 228; Küchenhoff (*supra* nota 20) 164; Götz, *Europäisches Gemeinschaftsrecht und deutsches Recht*: JZ 1963, 265 y ss. (268); Bindschedler, *Rechtsfragen der europäischen Einigung* Basel (1954) 231; Thieme (*supra* nota 10) 53; Nicolaysen: NJW 1963, 1716.

admitido por el derecho comunitario como supletorio del derecho comunitario. Por ende, queda excluido un conflicto entre ambos órdenes jurídicos, por razones de tipo conceptual.

Por lo demás, el derecho de los Estados miembros es tomado en cuenta por los órganos de la comunidad sólo como un hecho, de modo que, aquí una colisión de las normas tampoco sería imaginable.

2. Aplicación del derecho por los órganos de los Estados miembros

De más considerable dificultad es la respuesta a la pregunta acerca de la relación del derecho comunitario con el derecho nacional desde el punto de vista de los órganos de los Estados miembros a los que incumbe la aplicación del derecho.

La esencia de una comunidad formada por Estados con carácter semejante al de una federación, lleva consigo el que el derecho comunitario surta efectos de múltiple manera en el ámbito del derecho nacional. El problema relativo a la colisión no se puede evadir, por ende, evasión posible ante el foro de la comunidad mediante la constatación de que ante el foro nacional sólo tiene vigencia normativa el derecho nacional, de modo que aquí parece excluirse la posibilidad de un conflicto con el derecho comunitario.

Aunque según las palabras de la CCE, el derecho nacional y el comunitario presentan “dos órdenes jurídicos autónomos y distintos entre sí”,⁸⁷ no se excluye la posibilidad de un conflicto en el ámbito nacional, entre estos dos órdenes jurídicos.

El conflicto puede surgir siempre en los casos en los que el derecho comunitario tenga también vigencia en el ámbito nacional, si por tanto los dos órdenes jurídicos son respetados por los órganos de los Estados miembros.

a) Vigencia internacional del derecho comunitario

Antes de abordar la cuestión específica relativa a la colisión, debe examinarse si el derecho comunitario tiene en principio, vigencia internacional. En las explicaciones que se han hecho hasta ahora al respecto no siempre se expuso con la necesaria claridad la diferenciación entre dos aspectos, los que han sido destacados con toda precisión por el Procurador General ROEMER en sus alegatos finales en el ya mencionado asunto 26/62 (*N.V. Algemene Transport— en Expeditie Onderneming van Gend & Loos vs. Administración Fiscal Holandesa*),⁸⁸ presentados el 12 de diciembre de 1962.

⁸⁷ CJCCE VIII 110.

⁸⁸ *Supra* nota 22.

Conforme a ello, los efectos producidos por un tratado respecto a los nacionales de un Estado miembro, dependen, en primer lugar, de "cuál sea la fuerza jurídica inmanente en las disposiciones particulares conforme a la voluntad de sus autores, a saber, si tales disposiciones contienen sólo programas, ofertas, obligaciones de hacer en el plano internacional, o bien, si una de sus partes debe producir efectos que influyan directamente en los órdenes jurídicos de los Estados miembros". Por otra parte, esta vigencia internacional también depende de "cómo inserte el derecho constitucional nacional los efectos de los tratados en el orden jurídico nacional".⁸⁹

En la investigación acerca de la vigencia internacional del derecho comunitario, debe hacerse, por consiguiente, una diferenciación entre dos cuestiones, a saber: 1) En qué medida pretende el derecho comunitario su aplicación directa en el plano internacional, y 2) ¿Cómo reacciona el derecho constitucional de los Estados miembros ante tal pretensión de vigencia?

Hasta en tanto no se parta de la base creada por esta diferenciación no podrá comprenderse la resolución de la CCE dictada en el asunto 26/62 con fecha de 5 de febrero de 1963. La *Tariefcommissie* en Amsterdam, un tribunal administrativo holandés, con base en el Art. 177, TCEE, solicitó de la CCE resuelva en el proceso *van Gend & Loos vs. Administración Fiscal Holandesa*, entre otras, la cuestión acerca de si el Art. 12, TCEE, que preceptúa el llamado "paro" de las aduanas, surte efectos en el sentido de que los particulares pueden hacer valer directamente derechos con base en esta disposición, derechos que deben ser respetados por el juez nacional.

Los gobiernos holandés y belga interpusieron la excepción de incompetencia de la Corte fundándola en que la solicitud de la *Tariefcommissie* dé una resolución incidental con base en el Art. 177 TCEE, no se refiere a la interpretación del tratado sino a su aplicabilidad en el marco del derecho constitucional holandés. Al respecto, la Corte adoptó la siguiente posición:

En el presente caso, no se invocó, empero la intervención de la Corte con el fin de juzgar acerca de la aplicabilidad del tratado según los principios generales del derecho holandés —decisión que caería dentro de la competencia de los tribunales nacionales—, más bien, se solicitó de la Corte exclusivamente haga constar conforme al Art. 177 a TCEE, la trascendencia del Art. 12 del TCEE en el marco del derecho comunitario, bajo el punto de vista de la vigencia del tratado, en lo que atañe a los particulares. Por consiguiente, no es fundada la excepción.⁹⁰

Consecuentemente, con otras palabras, la Corte examinó sólo la primera de las dos cuestiones antes mencionadas, cuestión que se dirige a la pre-

⁸⁹ CJCCE IX 39.

⁹⁰ CJCCE IX 23.

tensión de vigencia del derecho comunitario; pero por el contrario, la Corte dejó indecisa la segunda cuestión. Esta posición está totalmente justificada, en virtud de que sólo la primera cuestión es un problema que corresponde al derecho comunitario, para cuyo juzgamiento es competente la Corte.

aa) La cuestión acerca del problema de en qué medida el derecho comunitario *pretende una aplicación directa* en el plano internacional no puede ser resuelta de manera uniforme. Más bien debe hacerse la diferenciación acerca de qué parte del derecho comunitario se trata en cada caso concreto. Cada disposición particular debe ser analizada con exactitud según su propio espíritu, su posición sistemática y su texto literal.⁹¹

En tres resoluciones de gran trascendencia la CCE estableció los principios que deben tomarse en cuenta en la interpretación. Si se parte de la práctica tradicional en el derecho internacional público acerca de la aplicación directa de las disposiciones contenidas en los tratados, estos principios se pueden caracterizar como trascendentes, incluso revolucionarios.⁹²

La Corte sostuvo en primer lugar la vigencia directa de los Arts. 12⁹³ así como la de los Arts. 53; 37, II y 93, III, 3,^{94, 95} del TCEE, afirmando

⁹¹ Corte de J. de las Comunidades Europeas Asunto 26/62 (*supra* nota 22) CJCCE IX 24.

⁹² Cf. Waelbroeck, *L'applicabilité directe de l'article 95 du Traité CEE*, Comentario a la sentencia de la Corte Europea de 16 de junio de 1966 en el asunto 57/65 a propuesta del Tribunal de Finanzas del Sarre: Cahiers dr. europ. 1967, 184 y ss. (185, 191).

⁹³ Sentencia del 5 de febrero de 1963 en el asunto 26/62 (*supra* nota 22). La Corte confirmó esta resolución en su sentencia del 27 de marzo de 1963 en los asuntos acumulados 28, 29 y 30/62, CJCCE IX 63 y ss. En relación con el eco que tuvieron estas dos resoluciones en la literatura compárese, por ejemplo, el comentario de Ophüls, NJW 1963, 1751; Wengler, NJW 1963, 1752; Bréban, D. 1963 Jur. 623; Jeantet, J.C.P. 1963. II.13177; Catalano, Foro Pad. 18 (1963) V 33 y ss.; Riesenfeld y Buxbaum, Am. J. Int. L. 58 (1964) 152 y ss.; Amphoux, "Rev. Gén. dr. int." 68 (1964) 110 y ss.; Suctens, "Rechtskundig Weekblad" 1963, 1939; Hay, Am. J. Comp. L. 12 (1963) 404; Ronzitti, Foro It. 87 (1964) IV 98.

⁹⁴ Resolución de 15 de julio de 1964 en el asunto 6/64 a propuesta del "Giudice Conciliatore" de Milán (*Costa vs E.N.E.L.*) CJCCE X 1253 y ss.

⁹⁵ En este contexto son también de interés algunas resoluciones de los tribunales nacionales. En la resolución de 7 de noviembre de 1962 el *Consiglio di Stato* italiano afirmó la aplicabilidad directa internacional del Art. 31 TCEE (prohibición de la introducción de nuevas limitaciones cuantitativas o de medidas con iguales efectos) y la existencia una posición jurídica correspondientemente protegida de cada uno de los nacionales, pese a que de acuerdo con su texto, la disposición sólo expresa una obligación de los Estados miembros [Foro It. 88 (1963) III 144 y s. = Foro Pad. 18 (1963) V 33 con comentarios de Catalano]. Por el contrario, la Corte Arnhem holandesa a través de la resolución de 5 de diciembre de 1962 contempla en las disposiciones de los Arts. 36, 37 y 52 relac. con 58 TCEE mandatos y prohibiciones dirigidos exclusivamente a los Estados miembros. (Ned. Jur. 1963 N° 241. En sentido crítico al respecto Sk. (= Samkalden?) en S.E.W. 1963, 353. El Tribunal Administrativo de Berlín finalmente en una resolución de 5 de noviembre de 1962 en aplicación del Reglamento N° 15 del Consejo de la CEE acerca de las primeras medidas

como relevante que las disposiciones contienen una prohibición clara e ilimitada, que no están limitadas por ninguna reserva que hiciera depender su cumplimiento de la creación internonacional de una norma, y que las mismas se adaptan, por su esencia, preferentemente para producir efectos directos en las relaciones jurídicas entre los Estados miembros y los particulares sometidos a los derechos de éstos.

La Corte consideró, en cambio, como irrelevante, el que la disposición contenida en el tratado, se dirija, conforme a su texto literal, a los Estados miembros o a los súbditos de éstos.

Conforme al mismo criterio el tribunal de referencia negó la fuerza obligatoria internonacional indirecta de los Arts. 102 y 93, I y II, TCEE.

En sus primeras resoluciones la Corte se encontró en situación de juzgar sólo acerca de disposiciones que impusieron a los Estados miembros obligaciones de omitir. El Tribunal Fiscal del Sarre elevó una nueva cuestión determinante mediante su resolución de 28 de octubre de 1965,⁹⁶ para su presentación ante la Corte. A saber, la de si las disposiciones que como el Art. 95, TCEE, obligan a los Estados miembros a determinadas actividades, "surten efectos directos y crean derechos individuales del particular los que deben ser respetados por los tribunales estatales".⁹⁷

A *priori* parece como que debiera denegarse el que una disposición del tratado tenga vigencia directa, pese a que la ejecución de esa disposición supone un acto interno para la creación del derecho.⁹⁸ Sin embargo, la CCE abandonó definitivamente los carriles trazados por el criterio tradicional del derecho internacional público, en su resolución del 16 de junio de 1966, recaída en el proceso de la *Compañía Alfons Lütticke GmbH vs. Oficina Aduanal Central de Saarlouis*,⁹⁹ resolviendo en correspon-

para el establecimiento de la libertad de traslado de los trabajadores dentro de la Comunidad de 16 de agosto de 1961, declaró antijurídica la negación de la autorización de estancia hecha a un trabajador italiano (Expediente VG I A 98.62).

⁹⁶ CJCCE 1966, 64.

⁹⁷ CJCCE XII 265.

⁹⁸ Cf. Procurador General Gand, Alegatos finales de 3 de junio de 1965 en el asunto 10/65 (*Deutschmann vs. República Federal de Alemania*) CJCCE XI 649 y mis explicaciones en *RabelsZ* 28 (1964) 626.

⁹⁹ CJCCE XII 257 y ss., analizada en forma crítica entre otros por von Waelbroeck (*supra* nota 92); Ipsen, *EuR* 1966, 354 y ss.; Everling (*supra* nota 4); el mismo, *Sprachliche Missverständnisse beim Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften zum Umsatzausgleichsteuer*: AWD 1967, 182 y ss.; Catalano, *Foro It.* 1966 IV 187 y ss.; Ulmer, *Das Verbot der Steuerlichen Diskriminierung von Einfuhrwaren in Art. 95 des EWG-Vertrages und seine Auswirkungen auf das nationale Abgabenrecht*: AWD 1966 277 y ss.; Mailänder 4 CMIRv. (1966) 334; Meier, *Aktuelle Fragen zur Umsatzausgleichsteuer*: AWD 1967, 97; Wendt; *Rechtmässigkeit im Lichte der neuesten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs*, DB 1966, 1206, 1249; Seringer *Die Entwicklung des Gemeinschaftsrechts im Jahre 1966*: NJW 1967, 482 y ss. (486) La Corte Fiscal Federal ha manifestado serias dudas respecto de la resolución de la CCE, en su resolución para la presentación del asunto ante la CCE de 18 de julio de 1967, (Amtsblatt EG, 22 de agosto de 1967 N° 202/3 y VWD Europa N° 161 de 22 de agosto de 1967 I 5), en la que expresamente ruega

dencia con las peculiaridades de los tratados de la comunidad, que la norma prohibitiva contenida en el Art. 95, TCEE, produce efectos directos sobre las relaciones jurídicas entre los Estados miembros y sus súbditos ¹⁰⁰ sin perjuicio de la excepción expuesta en el párrafo 3º

En cuanto la resolución se refiere al primer párrafo de la disposición citada, párrafo que contiene una prohibición clara e incondicionada de la discriminación y que no requiere de ningún acto creativo del derecho para la ejecución de su contenido, la resolución sólo agrega un nuevo matiz, en cuanto en contraposición a los Arts. 12; 37, II y 53, el Art. 95, I, concede a los Estados cierta tolerancia en la reglamentación de esta norma prohibitiva, a saber, la elección entre la elevación de impuestos producidos por las mercancías nacionales y la reducción de impuestos compensatorios que soportan las mercancías de los demás Estados miembros. ¹⁰¹

Waelbroeck hace ver justificadamente, ¹⁰² el difícil papel que desempeña el juez en el caso de que se encuentre obligado a elegir por sí mismo entre las dos alternativas. Manifestó, además, sus escrúpulos respecto a este papel del juez, visto desde el punto de vista de la división de poderes.

Por el contrario, la interpretación del Art. 95, III, TCEE, crea el principio para un nuevo desarrollo. Según esta interpretación la disposición de la discriminación acerca de la vigencia directa de la prohibición de la discriminación contenida en el párrafo 1º no se opone gracias a que en virtud de un plazo determinado, los Estados miembros no disponen en sentido temporal de una amplitud discrecional para llevar al cabo determinadas actividades exigidas por el tratado —se trata aquí de la derogación o rectificación de las disposiciones nacionales que se encuentran en contravención con el Art. 95.

Ello significa que las disposiciones respectivas contenidas en el derecho nacional llegan a ser ineficaces sin más, en el caso en el que dentro del término fijado los Estados miembros no deroguen las disposiciones nacionales respectivas. Conforme a esta jurisprudencia el Estado miembro que

a la CCE con indicaciones acerca de las dificultades prácticas y constitucionales, y de la inseguridad jurídica creada por la resolución, de nuevo su opinión jurídica.

¹⁰⁰ Así ya desde antes por ejemplo Amphoux (*supra* nota 93) 130 nota 29; Ophüls (*supra* nota 10) 1699, 1751; Wengler, *Anerkennung zu EGH Urteil vom 5.2.1963*, Rs 26/62; NJW 1963, 1752. De otra opinión Finanzgericht Baden Württemberg — Aussensenat Freiburg, resolución de 21 de marzo de 1967, AWD 1967, 205 y ss., que afirma que el Art. 95 inc. 1 TCEE se dirige en forma totalmente clara a los Estados miembros, estableciendo sólo estas obligaciones. La opinión jurídica de la Corte Europea conduce según esta resolución al resultado de que mediante una interpretación que va más allá de la clara dicción del texto del tratado y de la voluntad de los Estados contratantes se priva tácitamente al legislador nacional de su competencia legislativa exclusiva. Según la opinión del Tribunal Fiscal la interpretación de la CCE vale sólo respecto del caso particular resuelto por esta Corte y, por tanto, no es obligatoria para los tribunales nacionales.

¹⁰¹ Este punto de vista no tocado por la Corte es destacado por Waelbroeck (*supra* nota 92) 188, 190 nota 20.

¹⁰² *Supra* nota 92, 188.

omita la creación de una norma interna impuesta por el tratado, en contravención al tratado, está amenazado no sólo por la sanción posterior contenida en los Arts. 169 y ss. del TCEE,¹⁰³ sino que la norma de la comunidad reemplaza el lugar de las disposiciones nacionales faltantes realizando así, automáticamente, el objetivo que se propone el tratado.

En virtud de que la resolución no tolera ninguna desviación ni divergencia temporal de los Estados miembros de lo que es su voluntad una vez declarada por ellos, de crear una situación determinada, ella apunta a la realización auténtica de los tratados de la comunidad, confiándolos a la iniciativa de los particulares y a la resolución judicial nacional. La resolución de la CCE debe ser aplaudida en cuanto a su consecuencia.

Si como consecuencia de este criterio se toman en cuenta, empero, que también una serie de otras disposiciones contenidas en el tratado, las que preceptúan establezcan los Estados miembros medidas dentro de un término determinado¹⁰⁴ —en fin, todas las disposiciones que preceptúan la reducción y abolición de las restricciones al libre tránsito de mercancías, personas y servicios—,¹⁰⁵ despliegan efectos directos a más tardar al término del periodo de transición, es decir, causan profundos cambios en los órdenes jurídicos nacionales, sin intervención del legislador nacional, se manifiestan entonces claramente las dificultades que pueden resultar en el futuro como derivación de tal jurisprudencia.

El optimismo con respecto a la tendencia a auxiliar al derecho comunitario en la mayor extensión posible, a fin de una vigencia internacional directa, requiere, por ende, ser tenida con reserva¹⁰⁶ en la actualidad. La exigencia de Everling que pide una cierta limitación en el juzgamiento del efecto directo de derecho comunitario,¹⁰⁷ merece, por tanto, ser escuchada.

Por más que parezca correcto hacer frente con rigor a un rezago en el cumplimiento de las disposiciones contenidas en el tratado,¹⁰⁸ debe pensarse en que, por lo general, tal rezago no tiene su causa meramente en

¹⁰³ Vid. al respecto Ulmer (*supra* nota 99) 278.

¹⁰⁴ Entran en consideración, por ejemplo, Art. 13 inc. 2 (eliminación de impuestos con iguales efectos que las aduanas), Art. 14 (eliminación de las aduanas internas), Art. 33 (eliminación de las limitaciones cuantitativas y de las medidas con igual efecto), Art. 37 (transformación de los monopolios comerciales), Art. 48 (libertad de traslado de los trabajadores), Art. 52 (derecho de establecimiento), Art. 59 (tránsito de la prestación de servicios), Art. 67 inc. 2 (pagos en el tránsito de capitales), Art. 11 (igualdad de salarios). Compárese Everling (*supra* nota 4) 466 nota 14 y Waelbroeck (*supra* nota 92) 191.

¹⁰⁵ Ulmer (*supra* nota 99) 278.

¹⁰⁶ Vid. mis explicaciones en RablesZ 28 (1964) 628; acerca de la posición de la Corte Europea, compárese Riese, *Über den Rechtsschutz innerhalb der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft*: EuR 1966, 26.

¹⁰⁷ *Supra* nota 4, 472 y s.

¹⁰⁸ Tal rezago comparado con los programas generales, existe, por ejemplo, en el campo del derecho de establecimiento y el del libre tránsito de la prestación de servicios.

una demora, sino en dificultades objetivas que surgen durante la larga elaboración de los detalles respecto de la armonización de las disposiciones jurídicas nacionales. Parece dudoso el que los tribunales puedan superar estas dificultades en el caso en que les incumba la tarea de declarar nulas las normas nacionales que se encuentren en contradicción con una obligación de los Estados de accionar y de proporcionar eficacia al postulado contenido en el derecho comunitario.¹⁰⁹

No se consigue con frecuencia de manera satisfactoria esta meta mediante una simple derogación de las disposiciones nacionales, en muchos casos se requiere la creación de un nuevo complejo de normas, no obstante aun cuando el juez tenga competencia para encontrar tal nuevo complejo, existiría el peligro de la amenaza de un caos jurídico originado por soluciones divergentes.

La sentencia de la Corte Europea de 16 de junio de 1966, que dio lugar a que se interpongan en Alemania aproximadamente 200,000 recursos ante los tribunales fiscales, para el derecho impositivo alemán no tiene realmente la trascendental importancia que se le dio en virtud de una equivocación lingüística en el texto original alemán. De la redacción francesa de esta sentencia, la que presumiblemente reproduce correctamente la opinión de la Corte, resulta que según su esencia, el Art. 97, TCEE, no puede ser aplicado directamente.¹¹⁰

Si en Alemania, las cuotas del impuesto compensatorio de los ingresos brutos son cuotas promedio en el sentido del Art. 97, TCEE,¹¹¹ el cobro de este impuesto no está afectado por la resolución de la Corte dictada en relación con el Art. 95, TCEE. Ello no concierne, empero, a la importancia fundamental de esta resolución para la vigencia directa de todas las disposiciones contenidas en el tratado, las que exigen de los Estados miembros establecer medidas dentro de un plazo determinado.

Las disposiciones que formulan sólo programas, ofertas, metas y principios sin que contengan proposiciones jurídicas concretas y normativas, por otra parte, carecen de relevancia para una aplicabilidad internacional directa.

¹⁰⁹ Cf. al respecto Ipsen (*supra* nota 99) 359 y Waelbroeck (*supra* nota 92) 189.

¹¹⁰ Cf. acerca del error Everling (*supra* nota 99, *Sprachliche Missverständnisse*), así como VWD Europa N° 101 de 29 de mayo de 1967 I 9 y N° 174 de 8 de septiembre de 1967 I 7. Actualmente el Tribunal Fiscal de Munich le ha presentado a la Corte Europea para su resolución incidental la cuestión acerca del efecto directo del Art. 97 (Auto de 26 de marzo de 1967, AWD 1967, 236 y s.) y del Art. 95 del TCEE (Acuerdo del 12 de julio de 1967, Amtsblatt EG de 22 de agosto de 1967 N° 202/2 y VWD Europa N° 154 de 11 de agosto de 1967 I 5). También el Tribunal Fiscal del Sarre se dirigió a la Corte Europea mediante Auto de 19 de junio de 1967, en relación con la interpretación de los Arts. 95 y 97 TCEE (Amtsblatt EG de 4 de agosto de 1967 N° 182/1). Compárese también el decreto del Ministerio de Finanzas Federal de 19 de mayo de 1967 III B/4 — V 8530 — 155/67 — AWD 1967, 237 y s., que niega el efecto directo del Art. 97 TCEE.

¹¹¹ Lo cual es negado por el Tribunal Fiscal del Sarre, la resolución de 15 de noviembre de 1966 (AWD 1967, 121 y ss.).

Las declaraciones programáticas contenidas especialmente en el TCEE, en virtud de su carácter complejo, deben ser tomadas en cuenta en el caso de la interpretación de las otras disposiciones del tratado, pero carecen del carácter normativo-creativo que sería supuesto de su aplicabilidad internonacional.¹¹² No se toma en cuenta la obligatoriedad interna de aquellas disposiciones que se refieren meramente a la organización de la comunidad.¹¹³ Sin embargo, respecto de esta limitación se requiere tener precaución, pues bajo ciertas circunstancias también puede resultar de una norma establecida en materia de organización, una pretensión jurídica del particular que debe ser protegida en la esfera internonacional, como en el caso del Art. 157, II, TCEE, el que tiene por objeto la independencia de la gestión oficial de los miembros de la Comisión. Ello está de acuerdo con la opinión de la CCE que deduce en forma terminante de las obligaciones impuestas por los tratados a los Estados miembros y a los órganos de la comunidad, derechos subjetivos de los particulares.¹¹⁴

La argumentación de la CCE está de acuerdo con el desarrollo que también puede ser observado en el derecho alemán, y que va de la declaración programática al derecho fundamental, * del reflejo jurídico al derecho subjetivo —rasgo característico del Estado de derecho democrático moderno.

Precisamente en un contexto con esta tendencia, la tesis de una aplicabilidad internonacional directa del derecho comunitario tiene especial importancia.

La cuestión relativa a la vigencia internonacional de los reglamentos dictados por el Consejo y la Comisión de la CEE, se contesta por sí misma de manera relativamente fácil. En este caso, importante en la práctica, de las leyes reglamentarias creadas por los órganos de la comunidad, la vigencia directa en cada Estado miembro está expresamente preceptuada en el Art. 189, II, TCEE.

Lo mismo vale conforme al Art. 161, II, TCEEN, para los reglamentos del Consejo y de la Comisión de la CEEN. También las resoluciones de la Alta Autoridad de la CECA presentan —en la medida en que en principio tienen carácter de una proposición jurídica—,¹¹⁵ de todos modos, un derecho directamente obligatorio para las empresas mencionadas en el Art. 80, TCECA.¹¹⁶ Además de estas resoluciones pueden resultar efectos

¹¹² Münch (*supra* nota 10) 89, otra opinión Grabitz (*supra* nota 18) 45.

¹¹³ Münch (nota anterior); Everling (*supra* nota 4) 466.

¹¹⁴ CJCE IX 25.

* En el lenguaje jurídico y legislativo alemán dentro del término derecho fundamental se comprenden derechos constitucionales en favor de los particulares, quienes son favorecidos directamente por los llamados derechos fundamentales. Son semejantes a los derechos que derivan de las garantías individuales en el derecho constitucional mexicano. (Nota del Tr.)

¹¹⁵ Cf. al respecto Fuss, *Rechtssatz und Einzelakt im Europäischen Gemeinschaftsrecht*: NJW 1964, 327 y ss. (328).

¹¹⁶ BGHZ 30, 74 y ss. (81).

directamente normativos para otros participantes en el mercado del carbón y del acero.¹¹⁷ Las resoluciones normativas de la Alta Autoridad de la CEE poseen, por tanto, la igual vigencia directamente internacional que los reglamentos, en el derecho de las dos comunidades más jóvenes.¹¹⁸

En cambio, es discutible el criterio acerca de si vale otro principio para las líneas directrices. El Art. 189, III, TCEE, dispone que la línea directriz tiene fuerza obligatoria para cada uno de los Estados miembros al que se dirija, respecto del objetivo que debe alcanzarse, permitiendo, sin embargo, libertad a las autoridades internacionales para elegir la forma y los medios de realizarlo.

La disposición contenida en este artículo no dice, por el contrario, nada acerca de la vigencia directa de la línea directriz. Con base en este texto se argumenta que de él resulta de manera clara, que las líneas directrices no son capaces de producir una aplicación directamente internacional. Según esta argumentación, respecto del particular vale sólo el derecho internacional creado mediante la ejecución de la línea directriz.¹¹⁹

Esta argumentación no se apoya en una fundamentación absoluta. En virtud de que existen casos en los cuales no se puede conseguir un "objetivo" determinado —este concepto se comprende mejor siguiendo a Ipsen, a través de la expresión "resultado"—¹²⁰ mediante varias formas y varios medios, sino sólo a través de un único rumbo, con lo que la posibilidad de elegir por parte de los Estados miembros se reduce prácticamente a nada.¹²¹

"La obligatoriedad" en el caso de algunas líneas directrices, abarca también a la forma y al medio. En estos casos no puede resolverse la cuestión de la vigencia directamente internacional de una disposición mediante un criterio formalista relativo a qué sector del derecho comunitario pertenece esta disposición, es decir, al tratado mismo o al derecho secundario, a un reglamento, a una línea directriz o a una resolución.

En los casos de las líneas directrices la vigencia internacional debe ser

¹¹⁷ Cf. Ballerstedt, *Ubernationale und nationale Marktordnung*, Tubinga (1955) 15 y s.

¹¹⁸ La opinión de Bayers (*supra* nota 16) (329), quien concibe siguiendo a Kraus, *Betrachtungen über die rechtliche Struktur der EGKS*, "Festschrift Smend" (1952) 182 y ss. (199), el derecho de la Montan como un derecho privado y administrativo autónomo y supraestatal, es decir, como un tipo de derecho especial personal, que alcanza a los sometidos a sus normas como a "miembros pasivos de la comunidad" y no como súbditos de los Estados miembros, me parece haber sido refutada por medio de las explicaciones de Ballerstedts (nota anterior) 12 y ss.

¹¹⁹ Everling (*supra* nota 4) 467 y 472 y s.; Fuss, *Rechtsschutz gegen deutsche Hoheitsakte zur Ausführung des europäischen Gemeinschaftsrecht*: NJW 1966, 1782 y ss. (1785); Rabe (*supra* nota 68) 40; Wohlfahrt en: Wohlfahrt/Everling/Glaesner/Sprung (*supra* nota 15); Art. 189, comentario 8.

¹²⁰ *Supra* nota 59, 73 y s.

¹²¹ *Vid. supra* p. 20 y ss.

examinada también, y, en su caso, afirmada según los principios desarrollados por la Corte.¹²²

En el caso en el que la vigencia directa de una disposición amenace con la inseguridad jurídica y la destrucción del orden existente hasta ahora, resultará difícil conseguir a través de este estudio el resultado de que se trata de una prohibición claramente enunciada, que "sería jurídicamente perfecta, completa, y, por ende, idónea para producir efectos directos."¹²³

Por lo que atañe a la cuestión relativa a la aplicabilidad directamente internacional del *derecho comunitario escrito*, casi no puede hacerse una aseveración definitiva, en cuanto todavía no hay claridad respecto al contenido de ese derecho. De todos modos esto vale actualmente aún para el derecho consuetudinario.

En lo que toca a su contenido, existe una situación semejante en cuanto a los principios generales del derecho aún hoy imprecisos.

En mi opinión, si se sigue comprendiendo en lo general, en los principios generales del derecho comunitario la solución óptima ganada por medio de un análisis comparativo (*Vid. supra* pp. 635 y s.), entonces no se puede evadir la cuestión acerca de la vigencia internacional de tales principios con apoyo en el argumento de que un principio correspondiente debe existir sin más, en el orden jurídico de cada Estado miembro: El principio vale tal vez en virtud del derecho internacional sólo en un único Estado miembro, pero se transforma, en virtud de su superior calidad objetiva, en el contenido del derecho comunitario no escrito.

Tales principios generales del derecho comunitario son entonces también derecho comunitario, el que debe ser aplicado en la esfera internacional,¹²⁴ aunque a primera vista pueda extrañar el que, aquí, como quien dice, las "pasitas" de los distintos órdenes jurídicos nacionales alcancen validez general a través de la "envoltura" del derecho comunitario.

De cualquier manera, la armonización forzada del derecho de los Estados miembros no está vinculada con esta deducción, dado que aquellos principios sólo tienen carácter normativo en el sector del derecho comunitario y producen efectos en la esfera internacional sólo por vía del derecho comunitario.

b) La cuestión relativa al problema acerca de si el derecho comunitario necesita de una *transformación* para que sea susceptible de alcanzar la

¹²² Igualmente Waelbroeck (*supra* nota 92) 192 y s., con indicaciones respecto de la jurisprudencia de la Corte Europea (por ejemplo, resolución de 1º de julio de 1965 en los asuntos acumulados 106 y 107/63 — Alfred Toepfer und Getreideimportgesellschaft vs. Comisión de la CEE, CJCCE XI 547); Dumon, *L'afflux européen dans les droits et les institutions des États membres des Communautés européennes*: Cahiers dr. europ. 1965, 30 y ss.; Ipsen (*supra* nota 59) 82; Möhring, *Rechtsvereinheitlichung und Rechtsgarantien im EWG-Bereich*: NJW 1965, 2228. Compárese además el informe de Gilsdorf acerca del coloquio de la F.I.D.E. en París 1965; EuR 1966, 162 y ss., y Grabitz (*supra* nota 18) 47 y ss. (50).

¹²³ Resolución de la Corte Europea de 16 de junio de 1966, CJCCE XII 266.

¹²⁴ Igualmente Ehle, NJW 1963, 975.

vigencia pretendida por él en el ámbito jurídico nacional, es discutible.¹²⁵ La respuesta depende de la clasificación teórico-jurídica que se atribuya al derecho comunitario.

Si se juzga la relación entre derecho comunitario y derecho nacional analógicamente con la relación "derecho internacional público — derecho nacional", entonces, según la teoría dualista,¹²⁶ aún dominante, el derecho comunitario necesita para su eficacia interna de la transformación, por lo menos en forma de una orden interna, que elija su aplicación nacional.¹²⁷

Si por el contrario se considera el derecho comunitario como un conjunto semejante al derecho de una federación, entonces no se necesita de una transformación, en virtud de la unidad que resulta entre derecho comunitario y derecho nacional.

Como se examinó antes, según mi modo de ver, actualmente, no puede hacerse aún una declaración vinculatoria acerca de la clasificación teórica

¹²⁵ Al respecto por ejemplo Schlochauer (*supra* nota 6) 24; Mosler *Diskussionsbeitrag*: BerDGesVölkR 2 (1958) 119; Küchenhoff (*supra* nota 20) 164; Steiger (*supra* nota 78) 116; en contra por ejemplo Steindorff en Strupp/Schlochauer, *Wörterbuch des Völkerrechts I* (1960) 463 ("EGKS") y 483 ("EWG"); Ophüls (*supra* nota 100), 1699. Acerca de la situación jurídica en Gran Bretaña compárese Valentine, *Community Law and English Law*: "Journal of Common Market Studies" (1962) 180 y ss. Se contradicen las formulaciones de la CCE en el asunto 6/64 (*supra* nota 94), acerca de que el TCEE ha creado un orden jurídico propio "que fue recogido, con la entrada en vigor del tratado, por los órdenes jurídicos de los Estados miembros respectivamente" (CJCE X 1269), por una parte, y, por la otra, la constatación de que el derecho creado por el tratado emana de una fuente jurídica autónoma (*idem*, 1270).

¹²⁶ Cf. al respecto detalladamente Schlochauer (*supra* nota 6) 9 y ss.

¹²⁷ Así Schlochauer (*supra* nota 6) 25 y s., Mosler (*supra* nota 125) 119. Acerca de la exigencia de la orden de la aplicación jurídica en el derecho estatal alemán y extranjero compárese ante todo Mangoldt/Beth, *Das Völkerrecht in der neuen Staatsverfassungen*: JbIntR 3 (1950/51) 11 y ss. (18); además Mosler, *Das Völkerrecht in der Praxis der deutschen Gerichte*, Karlsruhe (1957) 16, 17 y s.; Pigorsch, *Die Einordnung völkerechtlicher Normen in das Recht der Bundesrepublik Deutschland*, Hamburgo (1959) 81 y ss. No puede profundizarse aquí respecto de la cuestión acerca de si "esta orden de aplicación internacional" puede considerarse todavía hoy como una auténtica transformación en el sentido de la teoría de Triepel, es decir, si está vinculada con ella un "vaciado" del derecho del tratado en el derecho internacional, o bien acerca de si el derecho del tratado debe ser considerado en el ámbito del derecho internacional, directamente como derecho internacional público (la llamada teoría de la ejecución); compárese al respecto ante todo Mosler, *ibidem* y Partsch, *Anwendung des Völkerrechts im innerstaatlichen Recht. Überprüfung der Transformationslehre*: BerDGesVölkR 6 (1964).

¹²⁸ Cf. el reciente cuidadoso análisis de Grabitz (*supra* nota 18), quien caracteriza el derecho comunitario como un orden jurídico propio (*vid.* 41 y ss.). Considera, según la estructura de los tratados de la comunidad, como causa de vigencia del derecho comunitario al poder de la comunidad (*vid.* 38 y ss.). Según su opinión para su creación, no es supuesto necesario la voluntad de cada uno de los Estados miembros en ningún caso; no depende de un acto de transformación ni de una orden estatal de aplicación del derecho.

del derecho comunitario.¹²⁸ Se trata de un complejo normativo situado en los límites entre el derecho nacional y el derecho internacional público, complejo que no obtendrá sus contornos definitivos sino con el transcurso de un desarrollo futuro. Por esta razón no permite tampoco se adopte una opinión respecto del supuesto de la transformación.

Si mi opinión es correcta puede prescindirse de tal opinión dado que esta controversia se convierte de día en día en una cuestión académico-teórica.¹²⁹ Los tres tratados han sido ratificados por los parlamentos de los Estados miembros según sus disposiciones constitucionales respectivas, siendo incorporados así en los órdenes jurídicos de los países correspondientes.¹³⁰ Mediante las disposiciones contenidas en los tratados se legalizaron también las facultades de los órganos de las comunidades para crear el derecho: la legislación reglamentaria de las comunidades se incorporó, por ende, también en el ámbito jurídico interno.¹³¹ Igual respecto de fuentes del derecho no escritas, propias, por esencia, de las comunidades.

Con miras a un resultado práctico, en este contexto no hay diferencia entre si se exige una transformación o si ésta se tiene por innecesaria. No hay duda acerca del hecho de que el derecho constitucional nacional se adapta a la pretensión de la vigencia interna del derecho comunitario, dado que existe una orden internacional que manda la aplicación correspondiente.

Con esta constatación no se pretende hacer de lado los problemas que surgen en el caso de una posible contradicción entre el derecho comunitario y el derecho constitucional nacional. Estos problemas aguardan su solución y corresponden a la cuestión que explicaré ahora, relativa a la relación jerárquica entre derecho comunitario y derecho nacional, empero, no referida a cuestiones concernientes a la vigencia interna del derecho comunitario. Esta vigencia interna es más bien supuesto de la existencia del problema relativo a la relación de jerarquía.

b) *Rango del derecho comunitario dentro del derecho internacional*

Desde que la práctica forense cotidiana se enfrenta¹³² a múltiples conflictos y difíciles problemas relativos a la aplicación del derecho, ya nadie

¹²⁸ Cf. Everling (*supra* nota 4) 466 nota 8.

¹²⁹ Dumon/Rigaux, *La Cour de Justice des Communautés Européennes et les juridictions des États membres*: Annal. dr. sc. pol. 18 (1958) 263 y ss. (264). En este contexto compárese además CJCE VI 707 y 780; Consiglio di Stato de 7 de noviembre de 1962, Foro It. 86 (1963) 114; además la resolución del Conseil d'État de 22 de diciembre de 1962 francés (Gaz. Pal. 1962 I Jur. 345).

¹³¹ Cf. Schlochauer (*supra* nota 6) 24 y s.

¹³² Cf. por ejemplo la visión de conjunto en Tallon/Kovar, *The application of community law in France*: 4 CMLRev. 1966 — 7, 64 y ss., así como Charvaller, Wachbroeck, Wolf, Neri, Brinkhorst en: *Le juge national et le droit communautaire*, Leiden/Bruselas, 1966 y la jurisprudencia allí mencionada.

habla de una coexistencia del derecho comunitario y de los órdenes jurídicos nacionales carentes de conflictos.¹³³ En consecuencia, la fuente de siempre renovados criterios¹³⁴ acerca de la cuestión relativa a la relación jerárquica no sólo atrae al teórico para investigar el mecanismo que entrelaza el nuevo orden jurídico europeo con los viejos Estados nacionales. Las fuentes brotan en igual grado de las necesidades de la práctica orientadas a desarrollar aquellas soluciones que faciliten un armónico mecanismo interfuncional entre ambos grupos de normas.

La opinión acerca de que el problema de la relación jerárquica entre derecho comunitario y derecho nacional de los Estados miembros forma¹³⁵ una de las cuestiones más importantes a la vez que más discutidas y difíciles, es todavía válida en el ámbito del nuevo orden jurídico europeo.

La CCE dio, es cierto, un paso determinante mediante su resolución del 15 de julio de 1964 en la controversia *Costa vs. E. N. E. L.*,¹³⁶ en la que reconoció la prelación incondicionada frente a las normas nacionales; los puntos considerativos de la misma, empero, reflejan las vaguedades y contradicciones existentes respecto de la discusión teórica.¹³⁷

¹³³ Götz (*supra* nota 86) 268; Ehle, NJW 1963, 975, quien sin embargo, ha corregido mientras tanto su opinión (*Zum Verhältnis von Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht*: MDR 1964, 9 y ss.).

¹³⁴ En relación con las diversas posiciones fundamentales, compárese por ejemplo Ipsen, *Das Verhältnis des Rechts der europäischen Gemeinschaften zum nationalen Recht*, en: "Aktuelle Fragen des europäischen Gemeinschaftsrechts, Abhandlungen aus dem Gesamten Bürgerlichen Recht, Handelsrecht und Wirtschaftsrecht", 29 Stuttgart (1965) 2 y ss. y Pescatore, *Diskussionsbeitrag Bericht Catalano*, en: "Droit communautaire et droit national", *Semana de Brujas* 1965, Brujas (1965) 105.

¹³⁵ *RabelsZ* 28 (1964) 633.

¹³⁶ *Supra* nota 94. No explicaremos aquí la muy discutida prehistoria de la resolución dictada a solicitud del Tribunal de Paz de Milán. Compárense respecto de la sentencia fundamental las opiniones de Kovar, *Clunet* 1965, 697 y ss.; Sasse, *Yale L. J.* 75 (1966) 695 y ss.; Ehle, NJW 1964, 2331 y ss.; Nicolaysen, NJW 1964 2334 y ss.; (2339); Frowein, AWD 1964, 233 y ss.; Grossfeld, *JuS* 1966, 347 y ss.; Fuss, *DÖV* 1964, 586 y s.; Virolé, "Rev. Trim. Dr. Europ." 1965, 369 y ss.; Samkalden, *S. E. W.* 1964, 495 y s. Stein, *Riv. Dir. Int.* 1965, 1 y ss. Dicho tribunal en su resolución de 14 de mayo de 1966 (*Foro It.* 1966 I 938 y ss.; y *EuR* 1966, 360 y ss.; con comentarios de Von Sasse) sacó las consecuencias de la resolución incidental de la Corte Europea y no aplicó la Ley N° 1643 de 6 de diciembre de 1962 sobre la nacionalización de la industria eléctrica italiana, en virtud de ser violatoria del TCEE. La resolución es digna de ser tomada en cuenta ante todo porque con ella un tribunal inferior siguió la opinión de la Corte Europea en una importante cuestión, en contra posición a la Corte Constitucional de su país (*vid. infra* nota 154). Compárese respecto de la resolución y en relación con todo el litigio, *Costa vs. E. N. E. L.* *Bravo Cahiers dr. europ.* 1967, 194 y ss.; con detalladas referencias acerca de la resonancia que produjo, especialmente en la literatura italiana. Acerca de la cuestión respecto de la jerarquía, compárese además, el auto de CCE de 22 de junio de 1965 (*Merisider vs. Alta Autoridad*) "Rev. Trim. Dr. Europ." 1965, 483.

¹³⁷ Cf. nota 125. La formulación acerca de que el orden jurídico creado por el TCEE, "al entrar en vigor, fue incorporado en los órdenes jurídicos de los Estados miembros" (*ibidem* 1269) parece insinuar una transformación del derecho comunitario. Por el contrario, "las restricciones definitivas de los derechos de soberanía",

Es lamentable, por una parte, aunque no incomprensible por la otra, que a causa de lo polifacético de la cuestión, la jurisprudencia de la Corte no haya recibido hasta ahora aplauso unánime en el ámbito de las instancias nacionales ni en la literatura de los Estados que integran la CEE.¹³⁹

La teoría de la prelación del derecho comunitario¹³⁹ todavía ofrece

en su caso, "las transferencias de derechos de imperio de los Estados miembros" acerca de los que se hablará más adelante (*ibidem* 1269, 1271), hacen pensar en una distribución de competencias entre los Estados miembros, conforme a una estructura federalista (cf. *infra* nota 148). Cuando la Corte manifiesta que "significaría un peligro para la realización de las metas del Tratado expresadas en el Art. 5, inc. 5, si el derecho comunitario fuera a tener distinta vigencia en uno y en otros de los Estados miembros según la legislación internacional posterior" (*ibidem* 1270), parece fundamentar la prelación de las normas comunitarias en el principio de la capacidad de funcionar de las comunidades. Se apoya, sin embargo, en igual manera, en el texto del Art. 189 TCEE, así como en general, en el "texto y espíritu del Tratado", y en el carácter comunitario de sus normas (*ibidem* 1269 y s.).

¹³⁸ En una resolución muy reciente (*supra* 100) el Tribunal Fiscal de Baden-Wuttemberg sostiene en contra de la CCE y de los autores que siguen su opinión que la capacidad de funcionar de las comunidades está suficientemente garantizada mediante el procedimiento a que se refieren los Arts. 169 y ss. TCEE; que las disposiciones del Tratado de la CEE sólo tienen rango de leyes ordinarias y están sometidas a la regla *lex posterior*. También Carstens, *Der Rang europäischer Verordnungen gegenüber deutschen Rechtsnormen*, en: "Festschrift für Otto Riese", Karlsruhe (1964) 65 y ss. (69 y s.) opina que el funcionamiento del Mercado Común no ha sido menoscabado hasta ahora por la carencia de una disposición relativa a la prelación absoluta del derecho comunitario, en los Tratados de Roma. En análoga forma Jaenicke, *Diskussionsbeitrag, europäisches Kolloquium 1964*, citado por Rabe, *Aktuelle Fragen des europäischen Gemeinschaftsrechts, Abhandlungen aus dem gesamten Bürgerlichen Recht, Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, 29. Stuttgart (1965) 110. En sentido crítico en contra de CCE asunto 6/64, además, Bravo (*supra* nota 136) 218 y ss. y Grossfeld, *Recht der EWG und nationales Recht*: JuS 1966, 352 y ss. Con otra opinión se expresa también Hoffmann (*supra* nota 6) 438.

¹³⁹ Respecto a la prelación del derecho comunitario, v. gr. Wohlfarth (*supra* nota 11) 263 (en lo relativo al derecho creado); Matthies (*supra* nota 21) 306; Mathijssen (*supra* nota 19) 93; Catalano, *La Comunità Economica Europea e L'Euratom*, Milán (1959) 65 y s.; Ipsen (*supra* nota 134) 1 y ss.; Ophuls (*supra* nota 100) 1697 y ss.; Eveling (*supra* nota 4) 465; Grabitz (*supra* nota 18) 113; Hallstein, *Intervention dans le débat juridique sur le rapport de Dehousse* (Session de juin 1965 du Parlement européen), Rev. Trim. dr. europ. 1965, 252; Wagner (*supra* nota 11) 311; Von der Groeben, *Über das Verhältnis des Rechts der Gemeinschaft zum Recht der Mitgliedstaaten*, en: "Europa, Plan und Wirklichkeit", Baden Baden (1967) 128 y ss. (130); Gaudet, *Exposé devant la commission juridique en sa reunion du 18.2.1965*: Rev. trim. dr. europ. 1965, 198 y ss. (204); los dos informes de Dehousse presentados en nombre de la Comisión Jurídica del Parlamento Europeo (Informe acerca de la prelación del derecho comunitario frente a los Estados miembros de 26.4.1965, Parlamento Europeo, Documentos de la Sesión 1965-1966, Doc. 43 e Informe acerca de la aplicación del derecho comunitario en el ámbito de los Estados miembros de 7.4.1967, Documentos de la Sesión 1967-1968, Doc. 38 y las resoluciones correspondientes del Parlamento Europeo (Periódico Oficial CE 1965, 2923 y 1967, 2054); Trib. Grande Instance Strasbourg de 3.6.1965, 85 Gaz. Pal. 5-6-1965, N. 261-264; Trib. Civil Bruxelles de 9.6.1966, Pascrie belge 1966 III 120 N. 9-10. Diferenciando Götz (*supra* nota 86), quien pretende resolver la cuestión relativa a la jerarquía de

puntos vulnerables. A mi parecer, uno de ellos consiste en que no se ha prestado suficiente atención —precisamente por parte de los partidarios de la prelación de las normas de las comunidades— a una cuestión preliminar. Como supuesto de la cuestión planteada por la existencia y el contenido de una norma jerárquica, se requiere tomar en cuenta qué derecho es competente para ser aplicado en la regulación del conflicto de jerarquía —el derecho comunitario o los diversos derechos nacionales.¹⁴⁰ ¿A qué norma jerárquica debe atribuirse prelación si cada ámbito jurídico reconoce en su favor la fuerza de superar las normas del otro?

Aun cuando agudizada, en ello consiste la misma cuestión ante la cual se dividen las opiniones acerca de las discusiones actuales, a saber, el problema relativo a la cuestión acerca de si las constituciones nacionales desempeñan o no un papel directo en la decisión del problema relativo a la jerarquía.¹⁴¹

los reglamentos de la comunidad mediante la interpretación de cada una de las disposiciones, y Carstens (*supra* nota 138) 66, quien se pronuncia por una prelación “relativa y limitada”. En contra de la prelación de la aplicación jurídica automática Jaenicke, *ZaöRV* 23 (1963) 523 y ss.; Idem, así como Mestmäcker y Steindorff en contra de la prelación general del derecho comunitario, *Diskussionsbericht Europäische Kolloquium* 1964, en: “Aktuelle Fragen des europäischen Gemeinschaftsrechts, Abhandlungen aus dem Gesamten Bürgerlichen Recht, Handelsrecht und Wirtschaftsrecht, 29. Stuttgart (1965) 110. Rechazan, además, la prelación del derecho comunitario Erler (*supra* nota 10) 241; Jerusalem, *Das Recht der Montanunion*, Berlin, Francfort del Meno (1954) 70; Mosler (*supra* nota 125) 124; Dumon, *Diskussionsbeitrag Bericht Lagrange y Partsch, Diskussionsbeitrag Bericht Catalano*, en: “Droit communautaire et droit national, Semaine de Bruges 1965”, Brujas (1965) 52 y s., en su caso 90.

¹⁴⁰ Compárese al respecto Sasse, *The common market between international and municipal law*: Yale L. J. 75 (1966) 695 y ss. (734). Aunque la CEE parta (*supra* nota 94) de que la norma de conflicto sólo debe buscarse convenientemente en el plano del derecho comunitario, sin dilucidar, empero, expresamente la cuestión. La fundamentación hecha por Grabnitz (*supra* notas 18,56) acerca del mismo resultado no es muy clara. No explica por qué de los dos órdenes jurídicos que se contraponen uno al otro a causa de su origen y naturaleza propios, sólo uno de ellos, el orden jurídico comunitario puede rebasar su ámbito jurídico y regir el conflicto de jerarquía, y no el otro, el derecho nacional, puesto que el derecho comunitario no es parte integrante del orden jurídico nacional.

¹⁴¹ Así por ejemplo Kotthoff, *Das Rangverhältnis zwischen supranationalem Recht und dem Recht der Mitgliedstaaten in den Europäischen Gemeinschaften*, Munich (1966) 101; Koppensteiner, *Intervention, Wettbewerb und Unternehmen*: BB 1967, 217 y ss. Dumon (*supra* nota 139); Cour d'Appel d'Amiens de 9.5.1963, Clunet 1964, 93; Grossfeld (*supra* nota 138) 352. Acertadamente en contra Ophüls, *Diskussionsbeitrag Bericht Catalano*, en: “Droit communautaire et droit national, Semaine de Bruges 1965”, Brujas (1965) 89, quien hace una rigurosa distinción entre el Tratado como acto de creación y la nueva trama jurídica creada por el Tratado, y constata que si aquél ha sido creado válidamente conforme a las disposiciones de las constituciones nacionales, aquélla ya no puede ser calificada con la piedra de toque de las seis constituciones. En el mismo sentido Wagner (*supra* nota 11) 312 y Erler (*supra* nota 11) 1405.

Mis propias explicaciones han llevado a malentidos.¹⁴² La respuesta a la cuestión anteriormente planteada sólo puede decir que una norma de conflicto contenida en el derecho comunitario —en la medida en que tal norma exista— vale independientemente de las constitucionales nacionales. Si se superpone en un campo —tal como el de la CEE— un orden jurídico que vale para la totalidad de ese ámbito y, por otra parte, unos órdenes jurídicos particulares¹⁴³ limitados a materias parciales, entonces sólo puede tener vigencia el orden jurídico total respecto de todas las materias si ese orden, y no cada uno de los órdenes jurídicos particulares, determina la relación entre ambos grupos de normas.¹⁴⁴

La vigencia uniforme del derecho comunitario es un supuesto imprescindible para la posibilidad del funcionamiento de las comunidades, como ya se ha destacado en muchas ocasiones.¹⁴⁵

Supuesto imprescindible es por tanto, ante todo, una norma que regula la jerarquía que se encuentra uniformemente en vigor, es decir, a nivel del derecho comunitario.¹⁴⁶

La cuestión acerca de si la capacidad del funcionamiento de las comunidades está asegurada y en qué forma, es un problema cuya solución corresponde a sus constituciones, es decir, a los tratados de las comunidades.¹⁴⁷

Debe partirse de que los Estados que crearon las comunidades en calidad

¹⁴² Cf. Grossfeld (*supra* nota 138) 351 y s., con la interpretación “para la imposición de la prelación (del derecho comunitario) se requiere, también, conforme a Zweigert, de la cooperación de las constituciones nacionales respectivamente, de cada uno de los Estados miembros.

¹⁴³ Este es el caso de la CEE respecto de las materias reguladas en los tratados de las comunidades.

¹⁴⁴ Acertadamente, la Comisión de la CEE según la opinión manifestada en el asunto 26/62 (CJCE IX 16), expone que el derecho comunitario debe ser aplicado en toda la comunidad, real y uniformemente. De ello resulta que el efecto del derecho comunitario sobre el derecho interno de los Estados miembros no puede ser determinado por este derecho interno, sino sólo por el derecho de la comunidad.

¹⁴⁵ Ipsen (*supra* nota 134) 20 y s.; Sasse (*supra* nota 140) 747; Steindorf, Reimer Schmidt, von Meibom, Börner, Ophüls, *Diskussionsbeiträge*, en: “Europäischen Kolloquium 1964”, citados por Rabe, “Aktuelle Fragen...” 109 y ss. Al respecto compárese también Gaudet, *Incidence des Communautés Européennes sur le Droit Interne des États Membres*: Annal. Fac. Lieja 1963, 5 y ss. (21).

¹⁴⁶ Cf. el discurso de Hallstein de 18 de junio de 1964 ante el Parlamento Europeo, *Einführung in den Siebten Gesamtbericht über die Tätigkeit der Gemeinschaft*: “La relación de jerarquía, de la que aquí se trata, sólo puede encontrar una solución uniforme, válida para toda la comunidad. Cualquier intento de responder a la cuestión acerca del rango de una manera diferente, conforme a las particularidades de los Estados miembros, de las disposiciones de sus constituciones nacionales y de su estructura estatal, es contraria al carácter unificador de la asociación europea y con ello, contraria a los fundamentos de nuestra comunidad.” En el mismo sentido Dehousse, *Erster Bericht* (nota 139) 9, 11.

¹⁴⁷ *Supra* nota 12 y Kaiser/Badura, *Bewährung und Veränderung demokratischer und rechtsstaatlicher Verfassungsstruktur in den internationalen Gemeinschaften*: VVDStRL 23 (1966) 1 y ss., y 34 y ss., (18 y s., 48, 64).

de "constituyentes", desearon establecer todos los supuestos adecuados para una aplicación razonable de los tratados y que, consecuentemente, transfirieron la competencia para la regulación del conflicto de jerarquía exclusivamente a las comunidades.

Respecto de este punto existe, por ende, una auténtica distribución de competencia. En cuanto el derecho comunitario dispone de una regulación, los Estados miembros no pueden crear, por su parte, una norma que determine acerca de la jerarquía.¹⁴⁸

En virtud de lo anterior, carece de relevancia el contenido de las disposiciones constitucionales nacionales. La relevancia de estas disposiciones se restringe al momento en el cual fueron celebrados los Tratados de Roma.

Con otras palabras, puede decirse que desde el punto de vista de los seis Estados, la norma del derecho comunitario que eventualmente regule un conflicto no puede ser examinada respecto de su constitucionalidad, sólo lo puede ser el acto de constitución. En la actualidad, la cuestión únicamente puede referirse a si la creación de las comunidades europeas con prelación de sus normas, fue admisible desde el punto de vista constitucional, y a cuáles son las posibles consecuencias que una violación puede causar en perjuicio de las constituciones.

En el caso en el que no se parta de la cuestión preliminar relativa al problema acerca de cuál sea el derecho aplicable para la regulación del conflicto jerárquico, resultan graves inconvenientes si no se intenta aclarar la relación entre derecho comunitario y derecho nacional mediante la consideración de la naturaleza jurídica de las comunidades y de sus órdenes jurídicos. Tal consideración tampoco conduciría a resultados positivos si pudiera darse una respuesta exacta a la pregunta acerca de la esencia del derecho comunitario. Las definiciones orientadas al derecho internacional público o al derecho nacional puestas a discusión no pueden contribuir, pues, a una solución satisfactoria del problema.¹⁴⁹

¹⁴⁸ El pensamiento repercute en Bülow (*supra* nota 11), quien, refiriéndose al Art. 24 de la Constitución de Bonn dice que "una vez que se hayan reconocido los efectos de la prelación del derecho comunitario habiéndose convertido en parte integrante de este derecho, no puede ser eliminada por un derecho nacional posterior, pues en este caso se suprime el poder de imperio de los Estados miembros. Respecto de la cuestión acerca de si existe entre las comunidades y los Estados miembros, en principio, una distribución de competencias homogénea y perfecta, comparable a la que existe en un Estado federal entre la federación y los Estados que la integran, compárese Grabitz (*supra* nota 18) 21 y ss., y 64 y ss., y a los representantes de este pensamiento allí mencionados, en especial al Ophüls, *Zwischen Völkerrecht und staatlichem Recht. Grundlagen des europäischen Rechts*: Juristen Jahrbuch 4 (1963/64) 137 y ss. (155 y s.) y Wohlfarth (*supra* nota 11) 259 y ss.

¹⁴⁹ Como continuador el pensamiento de Grabitz (*supra* 18). Su punto de partida es "un análisis del material jurídico producido por las comunidades con planteamiento del problema acerca de cuál es la causa de la vigencia del derecho comunitario" (*idem* p. 26).

Si se juzga con base en la opinión aparentemente imperante¹⁵⁰ la relación entre derecho comunitario y derecho nacional en forma análoga a la correspondencia que existe generalmente entre el derecho creado por los tratados y el derecho internonacional, el rango del derecho comunitario depende así de la cuestión acerca de la relación existente en cada Estado miembro entre el derecho internacional público y el derecho de este Estado. Empero, la situación constitucional en cada uno de los Estados miembros no es uniforme.¹⁵¹

El Art. 66 de la Constitución de Holanda establece la clara prelación del derecho internacional público ante el derecho nacional aun cuando éste se cree con posterioridad. A casi el mismo resultado llega la jurisprudencia de Luxemburgo, aunque falte aquí la disposición constitucional respectiva. La situación jurídica en Francia es semejante, el Art. 55 de la Constitución de 4 de octubre de 1958 otorga a los tratados un rango superior al de las leyes, aunque con la reserva de reciprocidad y sin adoptar un claro criterio respecto de la cuestión acerca de la vigencia de leyes creadas con posterioridad con contenido divergente al de los tratados.¹⁵² También en Bélgica parece haber penetrado recientemente la opinión según la cual los tratados en cuanto sean aplicables inmediatamente en el campo internonacional, poseen rango superior frente al derecho nacional posteriormente en vigor.¹⁵³ En la República Federal de Alemania y en Italia el derecho creado por los tratados y el derecho creado por las leyes nacionales se consideran como de igual rango; por tanto, no existe una prelación especial frente a las leyes nacionales con contenido diferente creadas con posterioridad.¹⁵⁴

¹⁵⁰ Cf. Schlochhauer (*supra* nota 6) 22, 27; Kuchenhoff (*supra* 20) 164; Münch (*supra* nota 10) 77 y s.; Scheuner (*supra* nota 12) 241; recientemente Tribunal Fiscal de Baden/Wuttemberg (*supra* notas 100 y 138).

¹⁵¹ Cf. Roemer, *Schlussanträge i. d. Rechtssache* 26/62, en CJCCE IX 47 y s.; Breb, *The Relationship between Community Law and the Law of the Member States*, en: "Restrictive Practices, Patents, Trade Marks and Unfair Competition in the Common Market" (1962) 2 y ss.; Scheuner (*supra* 12) 241; Schlochhauer (*supra* nota 6) 27 y s.; Dumon/Rigaux (*supra* nota 130) 265 y ss.; Sasse (*supra* nota 140) 705 y ss.; Frades (*supra* nota 21) 125 y 132, así como los dos informes de Dehousse (*supra* nota 139).

¹⁵² Compárese, sin embargo, Bebr (nota anterior) 4 y s.

¹⁵³ Hoyoit de Termicourt, *Le conflit "Traité-Loi interne"*: J. Trib. 1963, 481 y ss.; compárese también Lagrange, *Conclusions dans l'affaire 6/64* prononcées a l'audience du 25 de juin 1964, pág. 8 de la copia hectógrafa, así como Waelbroeck y Van der Mensbrugghe en: "L'adaptation de la constitution belge au réalités internationales". Bruselas, 1966.

¹⁵⁴ Respecto de la situación jurídica en Italia, compárese la resolución de la Corte Constitucional de 7.3.1964, Foro It. 87 (1964) I 466 y s., con comentarios de Catalano, emitida en el mismo litigio en el que decidió la CCE, a petición de Guidice Conciliatore en Milán, en resolución de 15.7.1964 (*Costa vs. E.N.E.L.*, asunto 6/64) (*supra* nota 136). Según opinión de la Corte Constitucional italiana, la Ley N° 1643 de 6.12. 1962 acerca de la creación de la E.N.E.L. no es violatoria del Art. 11 de la Constitución italiana, en virtud de que este precepto no da prioridad

Por lo que atañe al derecho alemán en particular, de la carencia de una vinculación constitucional regulada en la Constitución de Bonn, según la cual el legislador nacional estaría sujeto al derecho creado por los tratados,¹⁵⁵ resulta la igualdad del rango del derecho ordinario de los tratados por una parte, con el de las leyes federales ordinarias por la otra, y con ello la posibilidad de derogar o reformar este derecho en cualquier momento con efectos internacionales.

El Art. 25 de la Constitución de Bonn sólo concede a las reglas generales del derecho internacional público el carácter de derecho interno y su prelación frente a las leyes —aunque no ante el derecho constitucional nacional. Por ello, tampoco puede deducirse del Art. 25 de dicha constitución la prelación de los tratados ante las leyes nacionales ordinarias, con base en que a través de este precepto legal la regla general de derecho internacional público *pacta sunt servanda* haya sido incorporada como elemento del derecho alemán y, en consecuencia, los tratados ratificados exigen su cumplimiento correspondiente, y su vigencia no puede ser perjudicada a través de leyes nacionales posteriores.¹⁵⁶

Aunque la proposición *pacta sunt servanda* se encuentra indudablemente en el ámbito de las reglas generales de derecho internacional público, incorporadas con rango superior en el derecho federal nacional, esta regla, sin embargo, confiere a los tratados fuerza obligatoria sólo en el ámbito supranacional y no dice nada respecto de su vigencia internacional.¹⁵⁷

Si por ende, según la opinión dominante, la Constitución de Bonn “deja a cargo del legislador competente el cumplimiento de las obligaciones emanadas de los tratados”,¹⁵⁸ no puede deducirse tampoco de su Art. 24, I, la prelación del derecho comunitario, en especial frente a las leyes inter-

alguna a una ley emitida con el fin de ratificar los tratados internacionales frente a leyes posteriores divergentes. Por esta razón resulta superfluo, según esta opinión, el examen de la cuestión acerca de si la Ley N° 1643 es compatible con el TCEE. Con razón alude Lagrange (nota anterior, p. 10) a las “consequences desastreuses” de tal jurisprudencia en el futuro del Mercado Común; en forma crítica también Piolacelli, AWD 1964, 219 y ss. La reciente resolución de la Corte Constitucional de 27. 12. 1965 N° 98, Acciaierie San Michele vs. Egks, CJCCE 1966, 146 con comentarios de Glaesner, se considera como cierto debilitamiento de esta posición totalmente apegada la teoría dualista — quizá por influencia de la resolución *Costa vs. E.N.E.L.* La Corte, empero, no adoptó una posición definida frente a esta resolución relativa al problema de la prioridad del derecho comunitario. Compárese al respecto, además, Piola-Caselli, *Das Verhältnis des Egks-Vertrages zum nationalen Recht*: AWD 1966, 237 y ss.; Berri, 4 CMI. Rev. 1966, 238 y ss.; Sasse (*supra* nota 140) 737 y ss.

¹⁵⁵ BVerfGE 6, 309 y ss. (363) (Konkordatsurteile).

¹⁵⁶ Así Grewe, *Die auswärtige Gewalt der Bundesrepublik in: VVDStRL 12* (1954) 129 y ss. (149); Glaesner, *Übertragung rechtsetzender Gewalt auf internationale Organisationen in der völkerrechtlichen Praxis*: DÖV 1959, 653 y ss. (657); Wohlfarth (*supra* nota 11) 273.

¹⁵⁷ Cf. Berber, *Lehrbuch des Völkerrechts I* (1960) 100; Küchenhoff (*supra* nota 20) 164; además, Schröcker, *Das vertragswidrige Gesetz*: DVBl 1958, 410 y ss. (412), y respecto del Art. 10 de la Constitución italiana, Bravo (*supra* nota 136) 212.

¹⁵⁸ BVerfGE 6, 363.

nonacionales. Esta disposición concede a la Federación la facultad de transferir por medio de leyes, a instituciones interestatales, derechos de imperio; no regula, empero, las consecuencias jurídicas de una integración ejecutada.

Es evidente que en virtud de la situación constitucional distinta en cada uno de los Estados miembros de las comunidades, la opinión dominante no ha desarrollado una solución satisfactoria. La aplicabilidad del derecho comunitario dependería principalmente del rango que le fuese atribuido respectivamente en las diversas constituciones nacionales.

En parte considerable de las comunidades, el derecho comunitario podría ser reformado o derogado sin más, mediante leyes nacionales posteriores, posibilidad que, como opina Wohlfarth ¹⁵⁹ justificadamente, puede exponer al peligro ¹⁶⁰ la existencia de la comunidad. Tampoco puede reducirse este peligro con una referencia a las obligaciones emanadas de los tratados para los Estados miembros, las que imponen a éstos tomen todas las medidas adecuadas para el cumplimiento de las obligaciones que resultan de los tratados o de las actuaciones de los órganos de las comunidades, y omiten todas aquellas que podrían poner en peligro la realización del objetivo de los tratados (cf. Art. 5, TCEE; 192, TCEEN; y 86, TCECA).

Sin duda los Estados miembros están obligados a omitir la creación de normas contrarias a las comunidades, sin embargo, las sanciones previstas para el caso de violación no son suficientes para garantizar un funcionamiento correspondientemente adecuado al tratado de las comunidades. Especialmente la invocación prevista en los tratados de la CCE (cf. Arts. 169 y s., TCEEN; 88 y s., TCECA) no ofrece suficiente aseguramiento, en virtud de que la CCE no está facultada para casar las disposiciones del Estado miembro respectivo que hubiesen violado los derechos de las comunidades. ¹⁶¹ Más bien, la Corte sólo puede, empleando la terminología de los dos tratados más recientes, hacer constar que un Estado miembro ha violado una obligación emanada de los tratados (cf. Art. 171, TCEE; 143, TCEEN). Incumbe entonces, al Estado respectivo, tomar las medidas que resultan de la resolución de la Corte.

La obligación de los Estados miembros de observar lealtad al tratado es, por consiguiente, una prenda demasiado débil para el respeto al derecho comunitario. La tesis según la cual los Estados miembros cumplirán con sus obligaciones a pesar de la no existencia de garantías jurídicas suficientes, subestima la pertinacia del particularismo egoísta nacional enraizada desde antiguo, que amenaza perforar la delgada costra de la comunidad, especialmente en los casos en los que se trata de la lucha de intereses económicos.

¹⁵⁹ Wohlfarth (*supra* nota 11) 264.

¹⁶⁰ Semejante también la argumentación de la CCE en el asunto 6/64 de 15.7. 1964, que todavía alude a que tal derogación particular del derecho comunitario podría provocar una discriminación prohibida por el Art. 7 TCEE.

¹⁶¹ Compárese en este contexto CJCCE VI 1184 en relación con el derecho de la CECA.

Por otra parte, no conviene la comparación del derecho comunitario con el derecho ordinario de los tratados, en atención a la "reducción parcial de la soberanía de los Estados miembros",¹⁶² generalmente visible. Más próximo se encuentra el pensamiento de juzgar la relación del derecho comunitario con el derecho nacional invocando el carácter federativo de las comunidades analógicamente con la relación existente en federaciones, con base en el derecho federal por una parte y el derecho local por la otra. Sin embargo, este paralelo tampoco puede llevar a una solución satisfactoria del problema que aquí interesa.

Lo proposición jurídica correspondiente a la del Art. 31 de la Constitución de Bonn, "el derecho de la federación rompe el derecho local", no es forzosamente inmanente con el concepto de un Estado de tipo federal, sino que debe ser fijada expresamente en cada caso concreto.¹⁶³

En consecuencia, la imprescindible prelación del derecho comunitario frente al derecho nacional en el campo de la aplicación jurídica internacional, la que es absolutamente necesaria para la subsistencia de las comunidades, no puede ser deducida de la analogía con los principios emanados de Estados de tipo federal. Sin embargo, una analogía tal también es imprescindible, si de los tratados mismos puede deducirse una proposición jurídica con contenido según el cual el derecho comunitario de cualquier naturaleza precede el derecho nacional de los Estados miembros de cualquier tipo.¹⁶⁴

Como la CCE repetidamente ha hecho constar, siguiendo la teoría del derecho internacional público y a la jurisprudencia, las disposiciones creadas por un tratado incluyen simultáneamente en sí aquellas proposiciones jurídicas sin cuya existencia las disposiciones de los tratados podrían ser aplicadas en forma racional y conducente.¹⁶⁵ No obstante, este principio de interpretación ha sido aplicado hasta ahora, en la medida en que puede informarse, sólo para la decisión de la cuestión acerca de si pueden derivarse facultades adicionales de los órganos de las comunidades para crear derecho a través de una distribución tácita de competencias, emanada de las disposiciones particulares de los tratados o de su contexto ge-

¹⁶² Thieme (*supra* nota 10) 55.

¹⁶³ Cf. Schlochauer (*supra* nota 6) 27; Thieme (*supra* nota 10) 69; Jaenicke, *Supranationale Organisationen*, en: Strupp/Schlochauer, *Wörterbuch des Völkerrechts* III (1962) 426; el mismo, *Das Verhältnis zwischen Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht in der Agramarktorganisation der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft*: ZaöRV 23 (1963) 485 y ss. (521 y s.); Wohlfarth (*supra* nota 11) 263.

¹⁶⁴ Tal afirma, por ejemplo, von Grabitz (*supra* nota 18) 113; Sasse (*supra* nota 140) 748; Gaudet (*supra* nota 139) 198 y ss. (204). De otra manera opinan Hoffmann (*supra* nota 6) 438, y en especial, nota 32; Carstens (*supra* nota 138) 74 y s.; Constantinesco (*supra* nota 21) 346 y s.; Fuss, *Zur Rechtsstaatlichkeit der Europäischen Gemeinschaften*: DÖV 1964, 587; Kaenicke (nota anterior ZaöRV) 524 y s.; Thieme (*supra* nota 10) 54; también Bülow (*supra* nota 11) 51, quien, sin embargo, pretende deducir la prelación del derecho comunitario de las normas de competencia contenidas en los tratados mediante la integración del derecho.

¹⁶⁵ CJCE II 312; VI 708 y 781.

neral.¹⁶⁶ Nada impide, sin embargo, el aplicar este principio en el juzgamiento del problema acerca del criterio de jerarquía.

No requiere fundamentación más detenida¹⁶⁷ el que la garantía de una vigencia uniforme del derecho comunitario en el ámbito universal de la comunidad, sea un supuesto absolutamente necesario para la aplicación nacional de los tratados.

Por tanto, en cuanto el derecho comunitario pretende la obligatoriedad directa en los Estados miembros, exige una vigencia preferente frente al derecho nacional. El principio "el derecho comunitario rompe el derecho nacional", es, por ende, un elemento no escrito de los tratados.¹⁶⁸ Tal principio no sólo se refiere a las disposiciones contenidas en los tratados sino que comprende también el derecho creado por los órganos y el derecho no escrito de las comunidades.¹⁶⁹ Se debe tomar en cuenta, sin embargo, que el derecho comunitario desaloja al derecho nacional sólo en la medida en que el derecho comunitario pretenda hacer una regulación exclusiva y exhaustiva.¹⁷⁰ En cuanto el derecho comunitario no regule determinada materia en forma definitiva y completa, queda desde luego en el sector no comprendido un campo para el derecho nacional.

Por el contrario, el derecho comunitario pospone el derecho nacional sólo en la medida en que el derecho interno regule el mismo objeto en otro sentido.

Sólo el derecho nacional que se *encuentra en contradicción* con el derecho comunitario es derogado, o bien, impedido de entrar en vigor, en tanto

¹⁶⁶ Cf. respecto de esta teoría de los "implied powers" de las comunidades, Bindsechler (*supra* nota 86) 54.

¹⁶⁷ *Supra* nota 145.

¹⁶⁸ La crítica de Grabitz (*supra* nota 18) respecto a tal modo de buscar la solución debe ser comentada, en cuanto que la norma de colisión debe ser deducida como un *elemento integrante* de los tratados, y, por ende, no fuera de ellos (pág. 71), y que, en consecuencia, no puede hablarse de una complementación de la proposición jurídica que agregue al derecho comunitario una norma de jerarquía como una proposición *praeter conventionem* existente (pág. 74). Sin entrar en las sutiles distinciones de "escrito expresamente", "escrito simultáneamente en forma tácita" y "no escrito", permítaseme aludir una vez más a que el camino seguido por mí para la interpretación lida en la frontera de los tratados escritos. Aunque la norma de jerarquía no está contenida en los tratados expresamente, sin embargo, es proporcionada por medio de ellos, para emplear el paralelo que ofrecen los "implied powers" (cf. pág. 73), Constantinesco (*supra* nota 21, 346) desconoce que no debe aplicarse la teoría de los "implied powers" en contradicción con el Art. 235 del TCEE, sino sólo deben aplicarse a la cuestión de jerarquía el pensamiento jurídico que sustenta dicha teoría.

La recomendación de la Comisión Jurídica del Parlamento Europeo (Dehousse, *Zweiter Bericht*, ver nota 139, 17), respecto del tratado para la fusión de las comunidades, de preparar disposiciones aptas para garantizar definitivamente la irrestringida salvaguardia de la prelación del derecho comunitario en los Estados miembros, exige la aclaración de que tales nuevas disposiciones en los tratados sólo pueden confirmar lo que ya es jurídico, y no fundar o robustecer la prelación del derecho comunitario.

¹⁶⁹ Bebr (*supra* nota 151) 7.

¹⁷⁰ Matthies (*supra* nota 21) 306.

que no se afecta la eficacia de aquél concorde con el derecho comunitario. Además, sólo el derecho comunitario *válido* tiene capacidad de desechar un derecho nacional que se encuentre en oposición con el derecho comunitario. Esta restricción tiene importancia respecto del derecho comunitario creado por los órganos: éste sólo tiene prelación ante el derecho de los Estados miembros, si fue creado en el marco de la competencia de las comunidades.

Por el contrario, es irrelevante el *rango* que tenga la norma jurídica nacional que se opone al derecho comunitario. Un reglamento emitido por el Consejo de la CEE tiene también prelación ante una disposición constitucional de un Estado miembro divergente de dicho reglamento.

Dentro de los estudios más recientes que examinan ¹⁷¹ el derecho comunitario, en lo que atañe a su contenido como norma que regula la jerarquía, la investigación de Grabitz ¹⁷² merece una mención crítica. Con gran precisión pretende Grabitz obtener una regla de colisión mediante la interpretación de las normas mismas de las comunidades. Este autor, como con anterioridad Ipsen, ¹⁷³ ve el punto de partida para el enfoque de su exégesis del derecho comunitario secundario en los Arts. 14 TCECA, 189 TCEE y 161 TCEEN. Por lo que se refiere al derecho comunitario primario parte de la sistematización del derecho contenido en los tratados. ¹⁷⁴

Grabitz llega, en primer lugar, al resultado de que para el derecho comunitario primario son aplicables los Arts. 86, II, TCECA, 5, II, TCEE y 192, II, TCEEN, y para el derecho comunitario secundario los Arts. 14, TCECA, 189, TCEE y 161, TCECA, en virtud de la especial estructura de su contenido como normas que regulan colisiones. Sin embargo, es determinante la verificación de que los artículos de referencia son normas que simultáneamente regulan la jerarquía, es decir, que a la violación de las mismas por los órganos nacionales que crean el derecho va enlazada, como sanción, la nulidad del derecho nacional. ¹⁷⁵ A fin de fundamentar este criterio, Grabitz se apoya también en el principio de capacidad de funcionar de las comunidades, planteando la cuestión acerca de si, en principio, el derecho comunitario puede lograr los objetivos que se pretenden con la creación de las comunidades cuando la consecuencia jurídica de la regulación de colisión no consistiere en la nulidad del derecho nacional en contradicción, con otras palabras, cuando el rango del derecho comunitario no antecediera al de las disposiciones nacionales. ¹⁷⁶

Grabitz ¹⁷⁷ arguye este argumento teleológico —que corresponde a mi

¹⁷¹ Por ejemplo Kotthoff (*supra* nota 141); Hoffmann (*supra* nota 6).

¹⁷² *Supra* nota 18.

¹⁷³ *Supra* nota 134, I y ss.

¹⁷⁴ *Idem* 75.

¹⁷⁵ *Idem* 98.

¹⁷⁶ *Idem* 105-106 y ss.

¹⁷⁷ Cf. RabelsZ 28 (1964) 103.

fundamentación—¹⁷⁸ sólo como afirmación de sus consideraciones lógico-sistemáticas. Yo opino, sin embargo, que en su argumentación Grabitz no puede renunciar a este último eslabón.

El pensamiento según el cual la política que puede ser llevada a cabo en el ámbito de las competencias de los ordenamientos del mercado, necesariamente “común”, es decir la única, sólo podría ser practicada por las comunidades si la colisión entre los actos jurídicos para la formación de la política común y el derecho nacional se decide en favor del derecho comunitario;¹⁷⁹ únicamente es una variante del argumento teleológico. El mosaico restante consistente en fundamentaciones singulares,¹⁸⁰ no puede convencer por sí mismo. Por lo tanto, la prelación del derecho comunitario no puede fundarse sin ayuda de principios generales que vayan más allá de las normas particulares del tratado.

El principio “el derecho comunitario rompe el derecho nacional” exige como elemento integrante de los tratados según los criterios antes esbozados, una vigencia directa en el plano internacional. Después de esta constatación ahora sería un error considerar¹⁸¹ y examinar la situación jurídica “desde el punto de vista de los órdenes jurídicos nacionales”, si las seis constitucionales contienen quizá normas que preceptúen la jerarquía de modo distinto o que no reconocen una norma del derecho comunitario que preceptúe la jerarquía. La vigencia de la regla que regula el conflicto de colisión, contenida en el derecho comunitario como orden jurídico competente, sólo puede ser puesta en tela de juicio si se duda acerca de la constitucionalidad de los tratados que crearon la comunidad.

Al respecto observa Pescatore que el planteamiento de esta cuestión colocaría, en último caso, a los acontecimientos sucedidos en el periodo entre 1952 y 1957 a la luz *d'une vaste entreprise de tromperie internationale*¹⁸² —formulación agudizada que puede despertar incertidumbre acerca del sentido de tales dudas constitucionales.

El Tribunal Constitucional Federal no resolvió la cuestión presentada ante él por el Tribunal Fiscal de Palatinado-Renania acerca de la compatibilidad entre la ley alemana con la que se ratificaron los tratados de Roma y la Constitución de Bonn.¹⁸³ El Tribunal Constitucional Federal declaró

¹⁷⁸ *Idem* 638 y s.; y *supra* 49 y 56.

¹⁷⁹ *Idem* 103.

¹⁸⁰ *Idem* 99 y ss.

¹⁸¹ Así, por ejemplo, Pescatore, *Diskussionsbeitrag, Bericht Catalano*, en: “Droit communautaire et droit national, Semaine de Bruges 1965”, Brujas (1965) 87 y Grossfeld (*supra* nota 138) 352.

¹⁸² Nota anterior, 104. Cf. también Constantinesco (*supra* nota 21) 343: un Estado miembro que en una época posterior a la ratificación del tratado constate que existe una discrepancia entre el contenido del tratado y su constitución, no podrá poner en duda la validez del tratado, sino que tendrá que reformar su constitución de tal manera que quede en concordancia con sus obligaciones internacionales. Al respecto, además, Hay, *Federalism and supranational organizations*, Urbana y Londres (1966).

¹⁸³ Auto de solicitud para resolución por el Tribunal Constitucional Federal de

esta solicitud como improcedente en su resolución de 5 de julio de 1967.^{183a} Sin embargo, otros tribunales afirmaron expresamente la constitucionalidad de los tratados europeos.¹⁸⁴

No se puede profundizar aquí respecto de las cuestiones planteadas durante estos procedimientos. La prelación del derecho comunitario ante las disposiciones legales inclusive las disposiciones constitucionales de los Estados miembros, pudo ser estatuida sin violaciones a la Constitución de Bonn, en el momento de la creación de las comunidades.

La constitucionalidad de esta regulación resulta del Art. 24, I, Constitución de Bonn. El texto literal de dicho precepto constitucional no restringe el poder para la integración, conferido por él; especialmente, en él no se establecen requisitos en cuanto al carácter y a la estructura de los establecimientos interestatales.

Conforme a lo anterior, no se justifica el que la doctrina alemana más reciente condicione la transferencia de derechos de imperio en el sentido del Art. 24, I, Constitución de Bonn al derecho del Estado mediante el supuesto de "que el derecho de la comunidad de los Estados perteneciente al establecimiento interestatal corresponde en los principios esenciales de su estructura, a la Constitución de Bonn",¹⁸⁵ que realiza en especial el principio de la división de poderes y que respeta los principios fundamentales garantizados por la Constitución de Bonn. Esta exigencia no se justifica mediante los límites que el Art. 79, III, Constitución de Bonn, impone a la facultad de reformar la Constitución —esta disposición no es

14.11.1963, AWD 1964, 26 y ss. El Tribunal Fiscal había presentado ante el Tribunal Constitucional Federal para su resolución, entre otras la cuestión acerca de si la facultad de crear el derecho concedida por el Art. 1 de la Ley de Ratificación alemana de 27.7.1957 (Periódico Oficial II 766), en relación con el Art. 189 TCEE es compatible con los Arts. 20 y 129 III de la Constitución de Bonn. Al respecto compárese Ophüls, *Deutsches Zustimmungsgesetz zum EWG-Vertrag teilweise verfassungswidrig?*: AWD 1964, 65 y ss.; Nicolaysen, NJW 1964, 964 y ss.; Lagrange (*supra* nota 153) 9; Klein, DÖV 1964, 308 y ss. En la doctrina han puesto en duda la compatibilidad del derecho comunitario con la Constitución de Bonn, en especial, Thieme (*supra* nota 10) 63 y Küchenhoff (*supra* nota 20) 161 y ss.

^{183a} VWD Europa N° 158 de 17.8.1967 III/2.

¹⁸⁴ VG Francfort del Meno, resolución de 17.12.1963, AWD 1964, 60; OLG Munich, resolución de 17.2.1966, WuW 1967, 240 = WuW/E OLG 794; Corte Fiscal Federal, auto de 26.4.1967, AWD 1967, 227 y ss. Mediante este auto la Corte Fiscal Federal presentó ante la CCE diversas cuestiones relativas al *Abschöpfungsrecht* para ser decididas como resolución incidental después que ella misma estuvo titubeando durante años frente a las cuestiones constitucionales planteadas por el Tribunal Fiscal del Palatinado-Renania (*supra* nota anterior). La compatibilidad del TCECA con la Constitución italiana fue confirmada por la Corte Constitucional italiana (resolución de 27.12.1965 *Acciaierie San Michele vs. CEEA*, ver nota 154). La resolución se emitió con base en una solicitud del Tribunal Civil de Turín, el que consideraba las disposiciones del TCECA como violatorias de la garantía constitucional de protección jurídica por las autoridades judiciales.

¹⁸⁵ Cf. en especial V. Mangoldt/Klein, *Das Bonner Grundgesetz* 2 I Berlín, Francfort del Meno (1957), comentario III 5d al Art. 24 (pág. 663) y Thieme (*supra* nota 10) 58 y s.

aplicable a la ruptura de la constitución prevista en el Art. 24, I, Constitución de Bonn, ni en forma directa ni en forma analógica.¹⁸⁶ Esta exigencia tampoco puede apoyarse en la interpretación material del concepto de "transferencia", término empleado en el Art. 24, I, Constitución de Bonn, aunque de hecho, este concepto lleva consigo la aconsejable aplicación de la proposición jurídica *nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*, así como la consecuencia de que la federación puede transferir a los establecimientos interestatales sólo aquellas facultades que posee ella misma.¹⁸⁷ Este concepto, empero, no puede ser considerado a través de la lupa de un civilista. En el fondo se trata aquí de la concesión de derechos de imperio, la que crea un poder de imperio originario independiente de las facultades de los Estados fundadores de las comunidades.¹⁸⁸ Según la terminología latina se trata, por tanto, de un *conferre* no de un *transferre*.¹⁸⁹

Por ende, la obligatoriedad internacional del derecho comunitario de cualquier tipo, aplicable en el ámbito interno, no puede ser puesta en duda, incluso en los casos en los que el derecho comunitario viole o elimine derechos fundamentales nacionales (garantías constitucionales individuales). Aun cuando este resultado pareciere extraño a primera, pese a ello, si se profundiza más detenidamente, no permite se presente alarma por el ámbito de libertad protegida mediante la constitución nacional.¹⁹⁰

En la medida en que los tratados mismos contuvieren¹⁹¹ violaciones a las garantías individuales —cuestión acerca de la que no es posible profundizar aquí—, éstas no afectan en manera alguna la esencia de los derechos de libertad, esencia inenajenable en virtud de los principios generales de un Estado de derecho. La obligación de respetar los principios fundamentales irrenunciables de las constituciones de los Estados miembros de las comunidades resulta de la obligación jurídica antes mencionada que tienen de observar un leal comportamiento frente al derecho de las comu-

¹⁸⁶ Thieme (*supra* nota 10) 58; Sasse (*supra* nota 14) 748; Kaiser (*supra* nota 184). La literatura dominante, empero, otra opinión. Cf. Bülow (*supra* nota 11) 57; Hoffmann (*supra* nota 6) 437 y las fundamentaciones de Maunz/Düring, *Grundgesetz*, Munich-Berlin (1958 y ss.), Art. 24 coment. 16 nota 2.

¹⁸⁷ Así Küchenhoff (*supra* nota 20) 165; de modo parecido Thieme (*supra* nota 10) 63.

¹⁸⁸ Cf. H. Krüger, *Über die Herkunft der Gewalt der Staaten und der sog. supranationalen Organisationen*: DÖV 1959, 721 y ss. (722 y ss.); Wohlfarth (*supra* nota 11) 260 y s.; Grabitz (*supra* nota 18) 41 y ss.; Steiger (*supra* nota 78) 82; von der Groeben (*supra* nota 139) 129.

¹⁸⁹ Wohlfarth (*supra* nota 11) 260; Münch (*supra* nota 10) 78 y s.; con fundamentaciones.

¹⁹⁰ Cf. Sasse (*supra* nota 140) 732 nota 120, quien alude a que desde la existencia de las comunidades europeas casi no se ha presentado un caso en el que los actos jurídicos de sus órganos hayan estado en conflicto con los principios fundamentales de las constituciones nacionales.

¹⁹¹ Küchenhoff (*supra* nota 20) 161 y Thieme (*supra* nota 10) 63 y ss.; ofrecen algunos ejemplos al respecto.

nidades creado por sus órganos. Consecuencia de esta obligación jurídica es la necesidad de interpretar en caso de duda, el derecho comunitario de tal manera que el mismo concuerde con los principios fundamentales de las constituciones de los Estados miembros.

Si tal "interpretación conforme a las constituciones" no fuere posible según el texto de la norma comunitaria inconstitucional respectiva, tal norma no sería válida por haber contravenido la obligación jurídica de rango superior que exige la observancia de un leal comportamiento por parte de los Estados miembros.¹⁹²

Siguiendo lo explicado, tal norma creada por los órganos con un contenido inválido, no tendría fuerza jurídica para posponer o eliminar el derecho constitucional nacional en contradicción con ella.

En el caso del principio "el derecho comunitario rompe el derecho nacional" se trata, como ya se dijo varias veces, de un elemento no escrito integrante de los tratados. Si, por tanto, un tribunal de un Estado miembro se encontrare ante la cuestión de decidir acerca de aplicar disposiciones contenidas en su derecho nacional incompatibles con las normas del derecho comunitario, y dudase, por consiguiente, acerca de si el derecho comunitario exige vigencia preferente, el tribunal puede (en su caso, si se trata de un tribunal de una instancia suprema) y debe plantear esta cuestión para su decisión ante la Corte Europea, con base en los Arts. 177 TCEE, en su caso 150 TCEEN;¹⁹³ dado que se trata de una cuestión relativa a la interpretación de los tratados.

La Corte juzgará en sentido afirmativo que el derecho comunitario exige esta vigencia con preferencia al derecho divergente de cualquier jerarquía o tipo, en cuanto pretende una aplicación internacional directa.

Incumbe entonces a la competencia y a la tarea del tribunal nacional que planteó la cuestión, sacar de la resolución de la Corte de referencia las consecuencias necesarias y negar al derecho internacional aplicación en la medida en que este derecho se encuentre en contradicción con el derecho comunitario.

Konrad ZWEIFERT

Director del Instituto Max Planck de Hamburgo

Traducción del alemán por Elsa BIELER

¹⁹² Cf. al respecto *supra* pág. 646 y ss.

¹⁹³ Respecto de la CECA, el Art. 41 del TCECA prevé un procedimiento relativo a la resolución incidental sólo para el examen de la validez de los autos de las altas autoridades y del Consejo de Ministros. La interpretación del tratado es de la competencia de las instancias nacionales (cf. Runge, *Die europäischen Verträge und der nationale Richter*: NJW 1963, 748/749).