

Monismo, dualismo y «efecto útil» en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*

Pierre Pescatore

Antiguo Juez del Tribunal de Justicia

SUMARIO

- I. TEMAS MONISTAS EN LA JURISPRUDENCIA—1. *Efecto directo, primacía, integración, supranacionalidad*—2. *Los recursos prejudiciales y el juez nacional como vectores del monismo*—3. *El respeto «del Derecho» y los «principios generales del Derecho», ¿qué quieren decir?*—4. *La dosis de efecto directo atribuida a las decisiones y directivas*
- II. REMANENTE DE TEMAS DUALISTAS EN EL SISTEMA COMUNITARIO—1. *Temas dualistas en el ámbito de las relaciones exteriores*—2. *Temas dualistas en la jurisprudencia relativa a los efectos internos del GATT*—3. *Entrada de la teoría dualista en el Derecho comunitario por la pequeña puerta de la «subsidiariedad»*
- III. EL PRINCIPIO DEL «EFECTO ÚTIL», ¿VÍA DE ESCAPE DE UN CALLEJÓN SIN SALIDA?—*Postscriptum*

* Versión española de Mónica Fuentes García. La versión original francesa ha sido publicada en la obra *Une Communauté de droit. Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias*, Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlín, 2003.

Estos términos, salidos de las profundidades del Derecho internacional, han conocido una suerte particular en el Derecho comunitario europeo. A pesar de haber querido considerarlos ya caducos, al menos en lo que respecta al monismo y al dualismo, permanecen más actuales que nunca¹. Así pues, para la buena comprensión de mis ideas, es importante que defina su alcance antes de lanzarme a un estudio que será a la vez inductivo y crítico.

Entiendo por *monismo* una concepción comunicativa de las relaciones entre el Derecho internacional y el Derecho interno. Sin dejar de tener en cuenta las diferencias de estructura, las discontinuidades y las contradicciones ocasionales entre estas dos esferas del Derecho, hay que considerarlas un ordenamiento humano coherente, basado en ideas comunes de libertad, justicia, reconocimiento mutuo y respeto de los derechos individuales². Según esta concepción unitaria, toda norma internacional válidamente establecida cobra efecto en los ordenamientos jurídicos nacionales por los mismos hechos y actos que le otorgan efecto y vigencia en el ordenamiento internacional.

El *dualismo* se considera articulado en dos mundos jurídicos separados, cada uno con sus propios sujetos y sus propias fuentes. Se concibe al Derecho internacional como un sistema de relaciones exclusivamente entre Estados. Por tanto, sus normas solamente pueden penetrar en la esfera del Derecho nacional en virtud de un acto específico de transformación que emane del legislador nacional (*incorporation* según la terminología inglesa)³. Esta doc-

¹ K. J. PARTSCH, «International Law and Municipal Law», en *Encyclopedia of Public International Law* (en lo sucesivo, *Encyclopedia*), Max-Planck Institut, Heidelberg, 2000; *The Effect of Treaties in Domestic Law*, F. G. Jacobs & S. Roberts, Ed., Londres, 1987; P. PESCATORE, «L'application judiciaire des traités internationaux dans la Communauté européenne et dans ses États membres», en *Mélanges P.-H. Teitgen*, París, 1984, pgs. 355-406.

² La paternidad de esta concepción doctrinal suele ser atribuida a H. Kelsen en su curso «Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public», en *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 14 (1926), pgs. 227-327. De hecho, su curso sembró confusión en los espíritus a causa de las «dos variantes» del monismo formuladas por Kelsen: una, en la que se da primacía al Derecho interno, y la otra en la que prima el Derecho internacional, de manera que aquella «variante» termina venciendo a ésta (pg. 275). La inspiración monista auténtica procede del *Précis de droit des gens* de G. SCHELLE, T. I, 1932, pgs. 32-33, y T. II, 1934, pgs. 5-6, sobre el «monismo jurídico integral». Personalmente, coincido con esta última opinión, como expliqué en la obra de JACOBS & SHELLEY, pgs. 190-192, y en mi artículo «The Doctrine of Direct Effect. An infaunt disease of Community Law», en *European Law Review*, 8 (1983), pgs. 155-177. El otro iniciador del monismo es A. VERDROSS, que expuso su opinión por última vez en su artículo «Coincidences: Deux théories du droit des gens apparues à l'époque de la création de l'Académie de droit international», en *Livre Jubilaire*, éd. R.J. Dupuy, Leyde, 1973, pgs. 83-96.

³ Esta doctrina, iniciada por D. ANZILOTTI y que H. TRIEPFL desarrolló a principios del siglo XX, en una época, por tanto, de una democracia aún balbuzeante que todavía no conocía las organizaciones internacionales ni la noción moderna de Estado de Derecho,

trina implica múltiples consecuencias que se suceden en cascada. En primer lugar permite crear normas jurídicas que nunca serán aceptadas en el ordenamiento interno. En cuanto a aquéllas destinadas a traspasar esta barrera mediante su transformación, subsistirá una disyunción jurídica entre el acto que las hace existentes en la esfera del Derecho internacional y el acto que garantiza su efecto interno. Porque en virtud de la transformación, el acto internacional, reducido al grado de mera Ley, será despojado de todos los efectos inherentes a su internacionalidad precisamente, empezando por su primacía incondicional sobre las normas de Derecho interno. En este sentido el honorable dualismo es, en realidad, una regla de duplicidad.

El *efecto útil* pertenece al ámbito de los métodos aplicables a la interpretación de los tratados internacionales, tanto en Derecho internacional como en Derecho interno. En el lenguaje jurídico francés esta expresión significa que todo tratado internacional debe ser interpretado y aplicado de tal manera que se garantice su pleno efecto práctico, habida cuenta de su objeto y finalidad. Sólo presenta un punto débil, y es que no halla equivalente ni en alemán ni en inglés, sin siquiera mencionar otros idiomas.

I. TEMAS MONISTAS EN LA JURISPRUDENCIA

En la jurisprudencia del Tribunal de Justicia encontramos un cierto número de «marcas» de monismo, evidentemente visibles, como el concepto del efecto directo, estrechamente ligado a los de primacía, integración y supranacionalidad. Otros efectos monistas se manifiestan de manera más incidental, como en la calificación del juez nacional como juez de Derecho común del ordenamiento comunitario en relación con la vía prejudicial; el recurso a los principios generales del Derecho como vínculo entre sistemas; la ordenación del régimen de responsabilidad en la Comunidad. Finalmente se comprueba que el efecto directo expresamente atribuido a los reglamentos comunitarios por el Tratado CE se extiende hacia otras categorías de actos institucionales.

1. Efecto directo, primacía, integración, supranacionalidad

Cada uno de estos términos es portador de un significado respecto a la problemática que nos ocupa. El «efecto directo» es el concepto más común y genérico para designar la penetración del Derecho internacional en el ordenamiento interno. En los albores del desarrollo de la doctrina del Derecho comunitario se utilizaba de buen grado la expresión *self executing*, que resulta muy plástica y que además permite conservar la ventaja de poder efectuar una comparación con la doctrina americana en la que dicha expresi-

sigue siendo hoy dominante en Alemania e Italia, a pesar de la profunda transformación de la sociedad política, como expuse en mi contribución a *Mélanges Teitgen*. En la misma, expliqué que el dualismo integral practicado en el Reino Unido no es doctrinal, sino estructural, en la medida en que se debe a un tipo de separación de poderes que ha sido superado, asimismo, por el desarrollo de la sociedad internacional.

sión tiene su cuna. La «primacía» introduce en la discusión el concepto de jerarquía normativa, indispensable para la materialización del efecto directo. El término de la «integración» no es una importación anglosajona, como generalmente se cree. Se deriva del artículo XXIV:4 del GATT, en el que designa la unificación económica de territorios en la forma de una unión aduanera o de una zona de librecambio. Toda esta terminología se halla dominada por el concepto de «supranacionalidad», término que se ajusta bien al sistema comunitario, pero poco utilizado desde que lo dejaron al margen los soberanistas exacerbados. No obstante, en 1981 Joseph WEILER desarrolló precisamente a partir de ese término una terminología pertinente que me servirá de guía en este análisis⁴. La primera observación de este lúcido autor consiste en considerar simultáneamente las dos vertientes de la supranacionalidad: la estructural y la normativa. En efecto, no sólo existe la supranacionalidad orgánica, de la que todo el mundo es consciente, sino también la supranacionalidad normativa, en el sentido de que los procedimientos de decisión y, más aún, la unificación del contenido material de las normas implican un alto potencial de integración⁵. La segunda observación de WEILER consiste en llamar la atención sobre tres corolarios específicos, inherentes a la supranacionalidad normativa: el efecto directo, la primacía de las normas comunes y su efecto de *preemption*⁶. Este último efecto, típico del análisis federal americano y generalmente ignorado por la doctrina jurídica europea, es particularmente interesante para el análisis de la jurisprudencia.

El acto judicial que funda el monismo comunitario es la sentencia *Van Gend & Loos*, de 5 de febrero de 1963. En un procedimiento de remisión prejudicial, el Tribunal de Justicia tenía que pronunciarse sobre si una cláusula del Tratado CEE relativa a la eliminación de los derechos de aduana en el comercio intracomunitario, redactada en forma de obligación/prohibición dirigida a los Estados miembros, permitía a los nacionales de estos Estados invocar «derechos que el juez nacional deba proteger». Para responder a esta cuestión, el Tribunal de Justicia adopta un enfoque *holístico*, a

⁴ J. H. H. WEILER, «The Community system: The dual character of Supranationalism», en *Yearbook of European Law*, 1 (1981), pgs. 267-306; D. EDWARD, «Direct Effect - Myth, Mess or Mystery?», en *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2 (2002), pgs. 215-227. El autor considera que la noción del efecto directo es la expresión de lo que él denomina nominalist fallacy. La entiende como una referencia a la separación de poderes, por tanto, como una cuestión de judicialidad. En mi artículo «La légitimité du juge en régime démocratique», en *Commentaire*, 90 (2000), pgs. 339-349, abordé el mismo problema intentando demostrar que en el Estado de Derecho la separación de poderes es un sistema móvil de equilibrio dentro del cual los dos poderes —el político y el judicial— se autodeterminan, cada cual de manera autónoma. En el contexto del progreso del Estado de Derecho, el poder judicial lleva todas las de ganar a largo plazo.

⁵ La supranacionalidad normativa fue ignorada por F. CAPOTORTI en su artículo «Supranational Organisations», en *Encyclopedia*, exclusivamente centrado en el aspecto institucional.

⁶ La *preemption* se refiere a la existencia de una competencia virtual que aún no se ha materializado.

partir del objetivo del Tratado, en el sentido de que éste persigue crear un mercado común cuyo funcionamiento no es solamente tarea de los gobiernos sino igualmente de los ciudadanos y de las instituciones comunes, investidas de «derechos soberanos» otorgados por los Estados. El Tribunal de Justicia destaca asimismo el carácter democrático de esta unión «de Estados y de pueblos», estos últimos representados en la estructura institucional por el Parlamento Europeo. Así, según el Tribunal de Justicia, los sujetos jurídicos vinculados por el Derecho comunitario no son solamente los Estados sino también sus nacionales. Por tanto, es perfectamente natural que aquéllos llamados a soportar las cargas de la nueva dimensión económica tengan derechos correlativos «que se incorporan a su patrimonio jurídico». Estas fórmulas ya contienen el germen de todos los conceptos que se desarrollarán ulteriormente⁷.

Poco después se dictó la sentencia *Costa/ENEL*, de 15 de julio de 1964, relativa a la primacía del Derecho comunitario. Esta sentencia responde a una objeción previa del Gobierno italiano que defendió la «inadmisibilidad absoluta» de la remisión prejudicial por poner en tela de juicio la conformidad con el Derecho comunitario de una Ley nacional (en este caso, una Ley de nacionalización). Esta decisión, que tiene la misma raíz que la sentencia *Van Gend & Loos*, contiene toda una serie de matices nuevos, en cuanto califica al Derecho comunitario de ordenamiento jurídico nuevo, «integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros». A este ordenamiento jurídico se le caracteriza, en sus vertientes estructural y normativa, como «cuerpo normativo» aplicable simultáneamente a los Estados miembros y a sus nacionales, completa definición, en sustancia, de la supranacionalidad, la cual se había vuelto innombrable ante la oposición gaullista que, en aquella época, presentaba sus primeras manifestaciones virulentas. Según el Tribunal de Justicia, la «integración» del Derecho comunitario en los Derechos de los Estados miembros implica como corolario la imposibilidad de que dichos Estados hagan prevalecer unilateralmente medidas nacionales frente al ordenamiento jurídico común. En este giro discursivo despunta ya el argumento de la *preemption*: en efecto, en dos ocasiones el Tribunal de Justicia se refiere a los actos legislativos «futuros» y «ulteriores» de los Estados miembros. El Tribunal de Justicia subraya, como conclusión, el carácter definitivo de la transferencia de soberanía y el papel existencial de la primacía, designada «base jurídica misma de la Comunidad»⁸.

La doctrina del Tribunal de Justicia quedará codificada de manera concluyente en la sentencia *Simmenthal*, de 9 de marzo de 1978, que añade varios matices a lo precedente, llevando la discusión al terreno del Derecho constitucional. Tras recordar el acervo jurisprudencial en lo relativo al efecto di-

⁷ Véase mi contribución a la obra «40 ans des traités de Rome», Bruselas, 1999, pgs. 72-76 y el cuadro sinóptico de las pgs. 108-109, sobre la jurisprudencia constituyente de los años 1962 a 1966.

⁸ DE WITTE B., «Retour à Costa: la primauté du droit communautaire à la lumière du droit international», en *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 20 (1984), pgs. 425-454.

recto y a la primacía, en términos visiblemente inspirados en el artículo 27 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969 –que aún no existía en la época de *Costa*–, esta sentencia enuncia claramente la doctrina de la *preemption* al decir que las disposiciones de Derecho comunitario, por formar «parte integrante» del ordenamiento jurídico aplicable en el territorio de cada uno de los Estados miembros, impide «la formación válida» de actos legislativos incompatibles con el Derecho comunitario⁹. La misma sentencia también esclarece, de pasada, la doctrina del «efecto útil»: este concepto, según el Tribunal de Justicia, traduce la exigencia de «aplicar íntegramente» la norma comunitaria y de darle «plena eficacia»; más adelante volveremos sobre este tema.

A partir de ese momento, queda determinada sin ambigüedades la doctrina fundamental en lo que se refiere a las relaciones entre el Derecho comunitario y el Derecho interno. El Tribunal de Justicia se atenderá a ella en lo sucesivo, como se desprende de las innumerables remisiones jurisprudenciales que es posible rastrear.

2. Los recursos prejudiciales y el juez nacional como vectores del monismo

Rápidamente se demostró que el mecanismo de las remisiones prejudiciales del artículo 177 del Tratado CE (actualmente artículo 234 CE) es un poderoso dispositivo de integración entre el Derecho comunitario y el Derecho nacional. Al principio, el Tribunal de Justicia todavía hablaba prudentemente de «dos ordenamientos jurídicos distintos y diferentes» (sentencia *Bosch*, de 6 de abril de 1962) y de una «clara separación de funciones» entre quienes están llamados a «interpretar» el Derecho comunitario y aquéllos encargados de «aplicarlo» (sentencia *Costa/ENEL*, de 15 de julio de 1964). No obstante, a partir de la sentencia *Schwarze*, de 1 de diciembre de 1965, da a entender que este recurso apela a la «cooperación» de los órganos jurisdiccionales de los dos ordenamientos para cumplir una labor común. De hecho, a partir de ese momento se demostró que la remisión prejudicial ha servido (y continúa sirviendo) en primer lugar absoluto para esclarecer las relaciones entre el Derecho comunitario y el Derecho nacional desde una perspectiva que no es de conflicto, sino de cohesión, lo que constituye la filosofía de fondo del monismo. Al hilo de esta evolución se ha evidenciado que el juez nacional es, aún más que el Tribunal de Justicia, el «juez de Derecho común» del ordenamiento comunitario. Esta relación jurisdiccional se describe con mayor amplitud en la sentencia *Pigs Marketing Board*, de 29 de noviembre de 1978, en la que el protagonista, el *Resident Magistrate of Armagh*, se convirtió en la figura emblemática del juez nacional que, en el procedimiento prejudicial, es el primero al formular el problema conten-

⁹ Véase también, sobre el tema, la sentencia AETR, Comisión/Consejo, de 31 de marzo de 1971, apartados 21 a 31.

cioso y el último al asumir la responsabilidad de la resolución frente al justiciable.¹⁰

3. El respeto «del Derecho» y los «principios generales del Derecho», ¿qué quieren decir?

Estas expresiones aparecen en dos contextos: en el artículo 220 del Tratado CE (antiguo artículo 164), que confía al Tribunal de Justicia y al Tribunal de Primera Instancia la misión de «garantizar el respeto del Derecho»¹¹, y en el artículo 288 (antiguo artículo 215), que invita a los jueces a inspirarse de los «principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros» para resolver los problemas de la responsabilidad comunitaria. Los mismos criterios de referencia reaparecen luego cuando el juez comunitario recurre espontáneamente a los «principios generales del Derecho» al controlar la acción administrativa de la Comunidad y, de manera particularmente visible, como apoyo de la protección de los derechos fundamentales. Lo más notable es que los conceptos de «Derecho» y «principios generales» que aquí se refieren no son propios de un sistema jurídico particular de este tipo, ni siquiera del Derecho comunitario; en realidad forman parte de una perspectiva coherente, transnacional, comparativa y, en fin de cuentas, universal. De hecho se trata de un fenómeno de interpretación en el ámbito de los principios que dirigen *todo* ordenamiento jurídico *civilizado* (*sit venia verbo*), según el lenguaje utilizado en el artículo 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia, reflejo lejano del *ius gentium* romano, que en las Instituciones de Justiniano se define como *quod apud omnes populos peraeque custoditur* (1.2). De esta fórmula clásica se ha de subrayar la palabra *per-aeque*, forma reforzada de la idea de identidad, generalmente descuidada en las traducciones. En lo que atañe a la Comunidad, esta expresión de monismo fundamental se ha manifestado en dos eslabones judiciales que vale la pena recordar.

El primero versa sobre la garantía de los derechos fundamentales, que culmina en la muy conocida fórmula de la sentencia *Hauer*, de 13 de diciembre de 1979. Esta decisión se refiere a tres fuentes de inspiración: los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos fundamentales, las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y los principios generales del Derecho. Como es sabido, dicha fórmula ha quedado consolidada ulteriormente en los Tratados vigentes¹².

El segundo eslabón, más reciente y del todo notable, versa sobre el Derecho

¹⁰ Sobre esta temática, véase mi contribución al *Commentaire de Strasbourg sur le Traité CEE, ad Article 177*, y mi informe sobre el recurso prejudicial en *Actes du Colloque du 3 décembre 2002*, con ocasión del 50º Aniversario del Tribunal de Justicia.

¹¹ Véase mi contribución al *Commentaire de Strasbourg, ad Article 164*.

¹² Sobre dicha temática, véase mi artículo «La coopération entre la Cour communautaire et la Cour des droits de l'homme dans la protection des droits fondamentaux, Enquête sur un problème virtuel», en *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, núm. 466 (marzo de 2003), pgs. 151-159.

de la responsabilidad de los Estados miembros frente a quienes ahora son denominados «ciudadanos de la Unión». Se trata de las sentencias *Franco-vich*, de 19 de noviembre de 1991, y *Brasserie du pêcheur/Factortame*, de 5 de marzo de 1996. Merece ser destacada esta última sentencia por contener un estudio más a fondo sobre el Derecho de la responsabilidad, basado en «el respeto del Derecho» del artículo 164 del Tratado CE (actualmente artículo 220 CE), los «principios fundamentales del sistema jurídico comunitario» y «los principios generales comunes a los sistemas jurídicos de los Estados miembros» del artículo 288 del Tratado CE (antiguo artículo 215), que en este contexto se utiliza como *rule of recognition* en el sentido de la filosofía de HART (véase el apartado 26 de los Fundamentos de Derecho de la sentencia).

4. La dosis de efecto directo atribuida a las decisiones y directivas

A tenor del artículo 249 del Tratado CE (antiguo artículo 189), el *reglamento* es «directamente aplicable en cada Estado miembro»; precisamente en este efecto, que tanto destaca la sentencia *Simmmenthal* antes citada, reside toda la originalidad de ese procedimiento de legislación supranacional. Pues bien, con bastante rapidez se planteó la cuestión de si el mismo efecto, o, al menos, una dosis de él, podía extenderse a otras categorías de actos institucionales. Para entender la posición del Tribunal de Justicia hay que señalar que el problema se ha planteado típicamente en contextos caracterizados por no ejecutar debidamente los Estados miembros la obligación que les imponía una decisión (que, según el Tratado, es «obligatoria en todos sus elementos») o bien una directiva (que «obligará al Estado miembro destinatario», dejándole, sin embargo, la competencia para elegir la forma y los medios). ¿Cuál es la posición del justiciable cuando el Estado incumple dicha obligación?

El primer asunto que llevó al Tribunal de Justicia a examinar este problema, desde la perspectiva de una decisión destinada a la armonización de la tributación de los transportes, fue el asunto *Grad/Finanzamt Traunstein*, que dio lugar a la sentencia de 6 de octubre de 1970, notable por su análisis del problema y por su solución analógica, basada en el principio del efecto útil (véanse los apartados 3 a 6). Posteriormente la discusión se llevó al terreno del efecto interno de las directivas en caso de no ejecución. La última palabra sobre este tema la puso la sentencia *Ursula Becker/Finanzamt Münster Innenstadt*, de 19 de enero de 1982, al exponer que un Estado miembro no puede «invocar, frente a los particulares, su propio incumplimiento» de las obligaciones que se derivan de una directiva –aplicación del adagio latino *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* y de la figura inglesa del *estoppel* (apartados 21 a 25, en el que hallamos una vez más, de pasada, el argumento del «efecto útil»)–.

A continuación, la doctrina ha estado muy ocupada, en nombre del «efecto horizontal», por hacer avanzar la causa del efecto directo de las directivas –teorías sin ninguna esperanza porque son incompatibles con el sistema

legislativo del Tratado CE-. El Tribunal de Justicia puso fin a esta discusión con su sentencia *Paola Faccini Dori*, de 14 de julio de 1994, que contiene un análisis detallado del problema y recuerda la jurisprudencia pertinente que remite, en fin de cuentas, a la solución de la sentencia *Francovich*. Así, precisamente la responsabilidad permite tender un puente sobre el dualismo inherente al mecanismo de la directiva.

II. REMANENTE DE TEMAS DUALISTAS EN EL SISTEMA COMUNITARIO

La entrada de temas dualistas en el paisaje profundamente monista del Derecho comunitario se produjo precisamente a través de las relaciones exteriores. De hecho, la jurisprudencia en esta materia es incierta, por no decir desconcertante. Trataré de exponerlo presentando en primer lugar las soluciones que son homogéneas con lo que precede, para girarme luego hacia las soluciones dualistas que tienen la particularidad de limitarse a todo lo que se refiere al GATT (actualmente enmarcadas en los acuerdos de la Organización Mundial de Comercio). Hay que añadir que, entretanto, la idea dualista ha fluido hasta el círculo interior del Derecho comunitario a través de la ideología de la «subsidiariedad». Comenzaremos con el Derecho de las relaciones exteriores. A este respecto, todo se remonta a una sentencia relativamente antigua, de 12 de diciembre de 1972, en el asunto *International Fruit Company*. La influencia dominante de esta sentencia, que representa una mezcla abigarrada de temas monistas y dualistas, perdura hasta el día de hoy. Es preciso dividirla en partes para este estudio.

1. Temas dualistas en el ámbito de las relaciones exteriores

En el asunto *International Fruit*, un órgano jurisdiccional neerlandés preguntaba al Tribunal de Justicia si la «validez» de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad, en el sentido del artículo 177 del Tratado (actualmente 234 CE), también se refiere a su validez respecto al Derecho internacional. A esta cuestión, planteada con carácter preliminar, el Tribunal de Justicia respondió con todo candor que su competencia «no implica límite alguno en cuanto a las causas sobre cuya base puede impugnarse la validez de [tales] actos», y añadió que dichas causas incluyen una eventual «discrepancia con alguna norma de Derecho internacional» (apartados 3 a 6 de los Fundamentos de Derecho). El alcance de esta declaración perentoria, en términos monistas, quedó eclipsado más adelante en la sentencia, como se verá; sin embargo, hay que destacar que el principio que enuncia, en sí mismo, jamás ha sido cuestionado. Antes de entrar en el fondo de la sentencia *International Fruit*, son dignas de mención en la perspectiva monista otras dos sentencias posteriores.

En este enfoque, hay que mencionar la sentencia *Haegeman*, de 30 de abril de 1974, relativa a la aplicación en Bélgica de una cláusula del Acuerdo de asociación celebrado entre la Comunidad y Grecia. Según el Tribunal de Justicia, este Acuerdo es un «acto» adoptado por una de las instituciones de

la Comunidad –en este caso, el Consejo– de manera que sus disposiciones «forman *parte integrante* del ordenamiento jurídico comunitario» y que, «en el marco de dicho ordenamiento jurídico, el Tribunal de Justicia es competente para pronunciarse con carácter prejudicial sobre la interpretación del Acuerdo» (apartados 4 a 6 de los Fundamentos de Derecho; el subrayado es mío).

Una discusión más a fondo de esta problemática se halla en la sentencia *Kupferberg*, de 26 de octubre de 1982, respecto a la aplicabilidad directa de una cláusula del Acuerdo de asociación celebrado con Portugal. Esta sentencia, que reclama expresamente ser el resultado de *Haegeman*, está visiblemente influenciada por la idea de la responsabilidad internacional asumida por la Comunidad (apartado 13) y por la terminología de la Convención de Viena sobre el Derecho los Tratados, más particularmente, de sus artículos 26 y 31, relativos a la ejecución e interpretación de los tratados (apartado 18). La argumentación refleja una discusión contradictoria, pero llega a la conclusión, a fin de cuentas, de que la cláusula del Acuerdo impugnada es de aplicabilidad directa. Así, se llega en ella a la unión entre el Derecho internacional, el Derecho comunitario y el Derecho interno de los Estados miembros, lo que le da a este precedente su valor excepcional, por lo que será citado con frecuencia posteriormente.

2. Temas dualistas en la jurisprudencia relativa a los efectos internos del GATT

Ahora es preciso retomar el fondo del asunto *International Fruit*. Este se refería a la compatibilidad de un reglamento comunitario con el artículo XI del GATT, relativo a la supresión de las restricciones cuantitativas, en un litigio sobre la importación de un lote de manzanas chilenas. Tras la obertura monista de su argumentación, el Tribunal de Justicia tuvo que enfrentarse a la cuestión de por razón de qué título podrían ser aplicables las normas del GATT en el ordenamiento jurídico comunitario, habida cuenta del hecho de que el Acuerdo General fue celebrado por los Estados miembros antes de la creación de las Comunidades. Resolvió este problema aplicando la doctrina internacional de la sucesión entre Estados, a la que dio el nombre, menos ofensivo, de «sustitución» de la Comunidad en los derechos y obligaciones de los Estados miembros. Nos hallamos de nuevo ante una solución «integradora» (apartados 15 a 18 de los Fundamentos de Derecho)¹³. Pero entonces, ¿cuál será el *efecto* de las normas que de ese modo se integran en el ordenamiento jurídico comunitario? Cero, ya que el Tribunal de Justicia estima, en una descripción que a partir de entonces hará escuela, al menos entre quienes jamás se han codeado con el GATT, que el Acuerdo General, «que se caracteriza por su gran flexibilidad», constituye un escenario en el que todo es negociable, de manera que el artículo XI, «incardinado en un contexto como el aludido [...] no otorga a favor de los justiciables de

¹³ Sobre la sucesión entre Estados, véase la tercera parte del artículo citado en la nota anterior y el artículo «State Succession», de W. FIEDLER en *Encyclopedia*.

la Comunidad, el derecho a acogerse a él, ante los órganos jurisdiccionales» (apartados 19 a 28). Por tanto, el Tribunal de Justicia reconoce que el artículo XI carece de efecto directo *no en cuanto tal, sino por el contexto*.

Esta declaración es interesante, puesto que reposa en la admisión implícita de que el GATT contiene disposiciones que, abstracción hecha de su contexto, presentan todas las características de la aplicabilidad directa. Si nos tomamos la molestia de buscar las cláusulas de esta naturaleza, resulta que *todos* los artículos fundamentales del GATT responden a ese criterio, lo que también forma un «contexto», más sustancioso que la parte móvil del GATT. En efecto, así sucede con las disposiciones siguientes:

–la cláusula de la *nación más favorecida* (artículo I) dado que al ser una norma de no discriminación, remite a un estándar de referencia que, en cada caso singular, es concreto y preciso;

–las concesiones arancelarias *consolidadas* (artículo II), sometidas a la obligación de buena fe, cuya modificación sólo puede conseguirse mediante una compensación equivalente. La perennidad de esta obligación es el fundamento de la condena que sufrió la Comunidad en el litigio relativo a los oleaginosos¹⁴;

–la cláusula del *trato nacional* del artículo III, relativo a las normas, fiscales y de otra naturaleza, aplicables a la comercialización de productos en el mercado interior, otra norma antidiscriminatoria con un estándar de referencia concreto y preciso (disposición cuya ignorancia por parte de la Comisión conducirá a la Comunidad al desastre en el asunto de las hormonas de crecimiento)¹⁵;

–la *libertad de tránsito* (artículo V). En efecto, una libertad no es tal si su respeto se condiciona y limita, como veremos en un instante; por último,

–la prohibición de *restricciones cuantitativas* del artículo XI que reúne idealmente, *por naturaleza*, en cuanto prohibición, los requisitos del efecto directo. Como acabamos de ver, este efecto virtual fue barrido por razón del «contexto», por la jurisprudencia *International Fruit*.

Veamos pues la evolución posterior.

El asunto *International Fruit* fue confirmado más tarde por la sentencia *Siot*, de 16 de marzo de 1983, en la que el Tribunal de Justicia, tras descartar el artículo V del GATT por carecer de efecto directo, dedujo del concepto de «unión aduanera» una libertad de tránsito *bis*, menos exigente que la del GATT, con una definición laxa que ha permitido a Italia aplicar impunemente una tasa de tránsito puramente fiscal a todo el petróleo bruto transportado, a partir del puerto de Trieste, por el oleoducto transalpino, en dirección a Alemania (Estado miembro que queda indefenso contra este trato *menos* favorable que el del GATT) y Austria (que por entonces aún era

¹⁴ GATT, Oilseeds, 25 de enero de 1990, BISD 37S/86.

¹⁵ OMC, Hormones, 16 de enero de 1998, WT/DS26/AB/R.

un Estado tercero, enviado a buscar amparo en el GATT, cuya protección parece ser que jamás invocó)¹⁶.

El último avatar de esta jurisprudencia lo constituye la sentencia *Alemania/Consejo*, de 5 de octubre de 1994, relativa a la compatibilidad del régimen de importación de los plátanos con las normas del GATT. En este asunto, Alemania impugnó la validez del reglamento relativo a los plátanos, mediante un recurso directo con arreglo al artículo 173 del Tratado CE (actualmente artículo 230 CE), por su incompatibilidad con las normas del GATT. Para justificar el régimen reglamentario, el Tribunal de Justicia no pudo imaginarse nada mejor que invocar todas las fórmulas existentes relativas a la falta de efecto directo de las normas del GATT. Así pues, esos argumentos, ideados en su momento para amortiguar las pretensiones de los *particulares*, fueron opuestos al recurso directo de un *Estado miembro* (apartado 109 de los Fundamentos de Derecho). Esta decisión provocó un clamor de indignación en Alemania¹⁷.

Para ser completo, mencionaré que el Tribunal de Justicia no ha dejado pasar las ocasiones de garantizar un mínimo efecto a las normas del GATT, cuando ha podido descubrir una referencia a éstas en la normativa interna. Encontramos ejemplos característicos en la sentencia *Fediol/Comisión*, de 22 de junio de 1989, a propósito del «nuevo instrumento de política comercial» (Reglamento núm. 2641/1984) y en la sentencia *Nakajima/Consejo*, de 7 de mayo de 1991, a propósito del Reglamento núm. 2641/1984, por el que se adapta el Derecho comunitario al código antidumping del GATT. En los dos casos, el Tribunal de Justicia se refiere a las normas del GATT para comprobar la validez de la norma reglamentaria, demostrando de ese modo que el «preámbulo» monista de la sentencia *International Fruit* sigue intacto¹⁸.

Poco tiempo después de la sentencia *Alemania/Consejo*, el Consejo introdujo, a propuesta de la Comisión, en la exposición de motivos de la Decisión de 22 de diciembre de 1994, por la que se aprueban los Acuerdos de creación de la OMC, una cláusula del siguiente tenor:

«Considerando que por su propia naturaleza el Acuerdo por el que se crea la Organización Mundial del Comercio, incluidos sus Anexos, no puede ser invocado directamente ante los Tribunales comunitarios y de los Estados miembros».¹⁹

¹⁶ Véase mi artículo «Transit of Goods over Foreign Territory», en *Encyclopedia*.

¹⁷ Véase, E. ULRICH, «Will Europe slip on bananas? The bananas judgment of the Court of Justice and national Courts», en *Unterwegs zu Europa, Ausgewählte Aufsätze*, Baden-Baden, 2001, pgs. 230-257.

¹⁸ Véanse los apartados 18 a 20 y 28 a 32, respectivamente.

¹⁹ Decisión 94/800/CE (DO L 336, pg. 2). Esta cláusula constituye visiblemente una respuesta al artículo 102 del *Uruguay Round Agreements Act* americano, a tenor del cual: «No provision of any of the Uruguay Round Agreements [...] that is inconsistent with any law of the United States shall have effect».

Este considerando, contrario a las reglas más elementales de la técnica legislativa, constituye un desafío al Estado de Derecho comunitario y un incumplimiento de la buena fe internacional. En efecto, corresponde exclusivamente a los órganos jurisdiccionales –comunitarios y nacionales– pronunciarse sobre la *naturaleza* de las normas cuya integridad deben salvaguardar. En vista del Derecho internacional, este considerando constituye una tentativa de modificar *ex post* el alcance de los Acuerdos de la OMC mediante una reserva incompatible con las normas de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Por tanto, es manifiesta la nulidad, internacional y comunitaria, de esta parte de la exposición de motivos de la Decisión 94/800; su nulidad siempre podrá ser declarada judicialmente, habida cuenta de que la cláusula de validez del artículo 234 (antiguo artículo 177) es perpetua y está abierta a cualquier sujeto al que se lesione en la defensa de sus derechos.

3. Entrada de la teoría dualista en el Derecho comunitario por la pequeña puerta de la «subsidiariedad»

Por aquella misma época se abrió una brecha a una nueva ofensiva del dualismo en el propio ámbito del Derecho comunitario, por medio de la doctrina de la «subsidiariedad». Encontramos manifestaciones endémicas después de que Jacques Delors introdujera el tema en 1989 en las opiniones: del Parlamento Europeo (impulsado por el Presidente de su Comisión institucional, Giscard d'Estaing), posteriormente, de la Comisión, luego, del Consejo europeo, mediante su Resolución de Edimburgo.²⁰ Esta labor de acercamiento dejó rastros duraderos en el Tratado de la Unión y en el Protocolo sobre la subsidiariedad, que se halla en anexo. En efecto, el apartado 6 de dicho Protocolo declara que «en igualdad de condiciones, las directivas serán preferibles a los reglamentos, y las directivas marco a las medidas detalladas». En el Tratado de la Unión, cuyas normas regulan los «pilares» segundo y tercero de la Unión, hallamos toda una panoplia de medidas denominadas, respectivamente: «principios comunes», «estrategias comunes», «acciones comunes», «posiciones comunes», «cooperación sistemática» entre Estados miembros (artículo 12); «decisiones marco» y «decisiones con cualquier otro fin permitido por el Tratado», entendiéndose que las decisiones de este último tipo son obligatorias pero «no tendrán efecto directo» (artículo 34). El rasgo común a estas categorías es que ninguna de ellas tiene consistencia jurídica –salvo la última mencionada cuya eficacia queda anulada desde el momento en que se le niega todo efecto directo–.

Éste es pues el estado actual de las influencias de la teoría dualista en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y en la práctica de las instituciones políticas de la Unión. Estas manifestaciones de desconfianza, incluso de hostilidad respecto a todo lo que pueda servir para consolidar la eficacia del

²⁰ Fue en este momento de la historia cuando examiné la cuestión de la «subsidiariedad» en mi artículo «Mit der Subsidiarität leben, Gedanken zu einer drohenden Balkanisierung der Europäischen Gemeinschaft», en *Festschrift Everling*, 1995, pgs. 1071-1094.

PIERRE PESCATORE

Derecho –internacional o incluso comunitario– son incompatibles con dos valores fundamentales de la Comunidad: el reconocimiento de los derechos individuales y las exigencias de democracia que traduce la protección judicial de dichos derechos. Es de esperar que el Tribunal de Justicia tenga el coraje de oponerse a estas prácticas indignas de una Unión que se califica tan fácilmente «Comunidad de Derecho» y que pretende imponer esta exigencia a los nuevos miembros futuros.

III. EL PRINCIPIO DEL «EFECTO ÚTIL», ¿VÍA DE ESCAPE DE UN CALLEJÓN SIN SALIDA?

El principio del «efecto útil» podría ofrecer una salida, simple y elegante, a esta aporía. Hemos ido encontrando esta idea cada vez más cercana, en todas las etapas de nuestro itinerario, hasta el momento en el que el Tribunal constitucional alemán, en su sentencia *Maastricht*, de 12 de octubre de 1993, optó por vetar esta fórmula.

Pues bien, tratemos de explicar el asunto.

El principio del efecto útil, propio de la doctrina jurídica francesa, fue definido por Charles ROUSSEAU, al hilo de la interpretación de los tratados internacionales a la luz de un cuidadoso estudio de la práctica internacional, del siguiente modo: «se debe suponer que los autores de un Tratado han tenido la intención de adoptar términos plenos de significado y de establecer normas operativas en la práctica»²¹. El camino de este principio a lo largo de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia comunitario fue dibujado por Robert ORMAND en su tesis sobre «La notion de l'effet utile des traités communautaires dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes»²². La obra tiene un doble mérito. Al igual que el trabajo de ROUSSEAU, se basa en un cuidadoso estudio de la jurisprudencia, que demuestra que el primer uso del argumento se remonta a la sentencia *Fédéchar*, de 29 de noviembre de 1996, dictada en relación con la CECA. Dicho estudio sigue siendo representativo, entendiéndolo que no se ha producido nada nuevo en este frente jurisprudencial desde la publicación de la tesis. El segundo mérito del autor consiste en haber examinado la jurisprudencia con arreglo a un cuadro de análisis titulado «confrontación de la norma que se ha de interpretar con el contexto, los objetivos y la finalidad última de los Trata-

²¹ «Principes généraux du droit international public», París, 1944, pg. 680. Traducido al inglés, el efecto útil da algo bastante banal como *effective o effectiveness*; en alemán, *wirksam o Wirksamkeit*.

²² París, 1975. Véase el índice y las páginas 44 a 87. R. STREINZ, «Der effet utile in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften», en *Festschrift Everling*, pgs. 1491-1510. H. HONSEL, «Der effet utile und der EuGH», en *Festschrift Krejci*, 2001, pgs., 1929-1940, que contiene, en exergo, la sabrosa cita –desgraciadamente imposible de traducir– de GOETHE: «Beim Auslegen seid frisch und munter, Legt ihr's nicht aus, so legt was unter».

dos». Este cuadro se divide en tres niveles, en función de que el argumento se utilice:

- para evitar un resultado absurdo o impropio;
- para conferir a los Tratados una mínima eficacia;
- para atribuirles una eficacia máxima.

Al tratar de localizar la jurisprudencia pertinente del Tribunal de Justicia dentro de dicho esquema, se pueden constatar dos cosas: en primer lugar, la predilección de los jueces, en la búsqueda del grado adecuado de eficacia, por el tema de la «finalidad última» de los Tratados (por tanto, una visión *holística* de las cosas, como ya he dicho al principio de este estudio); en segundo lugar, el predominio, en la dosificación del efecto útil, de los dos primeros niveles de la determinación con el fin de garantizar a las normas de Derecho comunitario el mínimo efecto necesario para evitar que sean reducidas a una existencia puramente nominal –por tanto, ni mito, ni desperdicio, ni misterio, según la advertencia del juez David EDWARD²³-. Esta motivación aparece de forma recurrente en la jurisprudencia, desde *Costa/ENEL*, pasando por *Kupferberg*, hasta *Francovich* y las siguientes.

Si medimos la sentencia *Maastricht* del Tribunal constitucional alemán en la misma escala, veremos cuánto exageraron los jueces de Karlsruhe el alcance del principio del efecto útil cuando imputaron al Tribunal de Justicia comunitario la intención de interpretar las disposiciones del Tratado CE «en el sentido de extender al máximo las competencias de la Comunidad» (*im Sinn einer grösstmöglichen Ausschöpfung der Gemeinschaftsbefugnisse*)²⁴.

Dicho esto, resulta que el futuro bien podría pertenecer, a pesar de este cortafuegos, a la doctrina del efecto útil, en la medida en que ésta podría permitir garantizar a todas las reglas pertinentes para el proceso comunitario, cualquiera que sea su origen, un efecto coherente con su objeto y con su objetivo, tanto en el plano de los objetivos concretos de cada regla como en el de las finalidades más fundamentales del conjunto. Son estas las palabras de un monista que sumo al presente de despedida de Gil Carlos Rodríguez Iglesias, sagaz conservador de la doctrina del Tribunal de Justicia, inteligente innovador del tesoro jurisprudencial y comunicador sin par en sus

²³ Véase el estudio de David EDWARD, citado en la nota 4 supra.

²⁴ BverfGE 89, pg. 155, especialmente pg. 210, en el subapartado C.II.3.b. El uso de la palabra *Auschöpfung* en ese contexto es contrario a la lógica de la lengua alemana, ya que posiblemente no se puede sacar de un recipiente, físico o imaginario, más de lo que contiene. La misma sentencia también contiene otra expresión insólita por el hecho de que utiliza, para designar a la Unión Europea, la palabra *Staatenverbund*, término vulgar que designa habitualmente la interconexión de conductos de gas o electricidad. Esta expresión también se adapta mal a la naturaleza de una Comunidad de «Estados y de pueblos», con arreglo al preámbulo del Tratado CEE. Joseph WELER ha hecho una crítica espiritual de la sentencia *Maastricht*, precisamente sobre este aspecto, en su contribución a *Festschrift Everling*, con el título: «The State über alles. Demos, Telos and the German Maastricht decision».

relaciones con los tribunales constitucionales y los demás altos órganos jurisdiccionales de los Estados miembros.

1. Postscriptum

En el momento de publicación de este trabajo, la editorial Duncker & Humblot de Berlín publicó la tesis de Christine AMRHEIN-HOFMANN, titulada «Monismus und Dualismus in den Völkerrechtslehren», 367 pgs., ISBN 3-428-10832-9. Esta tesis, dirigida por el profesor Karl Albrecht SCHACHTSCHNEIDER de la Universidad de Erlangen-Nüremberg, constituye una contribución muy notable para la problemática antes examinada, en diversos aspectos. La autora destaca repetidamente que la controversia Monismo/Dualismo, que algunos consideran superada, es más actual que nunca y queda lejos de estar resuelta. Ofrece un estudio a fondo de las opiniones doctrinales que dieron origen a esta discusión, concediendo rango de prioridad temporal a la doctrina dualista y situando, pues, al monismo en el papel de una reacción más tardía y, por tanto, más «moderna». La obra describe el estado de la discusión doctrinal alemana en función de las dos posiciones conocidas, la *Transformationslehre*, tesis dualista pura y dura, y la *Vollzugslehre*, también dualista pero más cercana a la posición monista. Al leer su conclusión, parece que Christine AMRHEIN-HOFMANN se sitúa personalmente del lado de esta última posición. Al final de la obra se halla una bibliografía extremadamente rica, esencialmente en alemán, pero que incluye algunos títulos ingleses y franceses, incluido un texto pertinente de Tunkin. Hechas estas observaciones, me atrevo a hacer algunos comentarios más críticos; no es que pretenda disminuir el mérito de la autora y la admiración que me merece, sino que trato de mostrar algunos caminos de reflexión que aún quedan abiertos. Mi primera observación tiene la naturaleza de un lamento por hallarse esta hermosa tesis bajo el peso, aplastante incluso, de la hipoteca debida al profesor SCHACHTSCHNEIDER, que dice adherirse a un «Monismo a la Inversa» que, de hecho, se deriva de la teoría del *äußeres Staatsrecht* de HEGEL y del monismo con primacía del Derecho nacional de Kelsen, con la pequeña diferencia de que el profesor de Erlangen centra su concepción en la primacía última del Derecho constitucional nacional y, por ello, se alinea con la jurisprudencia *Maastricht* del Tribunal constitucional alemán (véanse las páginas 266 a 288). Mi segundo comentario crítico se refiere a la perspectiva histórica de la autora que detiene su visión al nivel de la doctrina tal como se presentaba en el primer cuarto del siglo XX, es decir, en una época que aún ignoraba todo lo que caracteriza al Derecho internacional contemporáneo, a saber, el multilateralismo, el fenómeno de las organizaciones internacionales, la invasión masiva, con tratados internacionales, de ámbitos típicamente nacionales, como el Derecho civil, el penal, económico, social, así como la experiencia de la democracia *vivida*, con su postulado de la protección de los derechos individuales. Mi tercera crítica afecta a la insuficiencia absoluta de la presentación del Derecho comunitario europeo, que se detiene tal cual a principios de los años 70. Resulta todavía más penosa la falta de discusión del caso del Convenio Europeo de los Derechos Humanos,

que no llegó a aplicarse en, al menos, la mitad de las partes contratantes, precisamente a causa del dominio de la teoría dualista y cuya consecuencia fue un flujo extraordinario de asuntos en el Tribunal de Estrasburgo en el momento en que se abrió el grifo a los recursos de los particulares (¡actualmente son 1500 los recursos aún por resolver!). Y la última observación crítica: esta tesis ignora más o menos todo lo que se refiere al enfoque del Derecho comparado (véanse, a este respecto, las páginas 235 y 236). Muy en particular lamento que la autora no haya descubierto la publicación más reciente de K. J. PARTSCH, que se cita en la nota 1 de esta exposición. Pues bien, un examen realista del tema Monismo/Dualismo exige imperativamente un estudio comparativo de las Leyes y prácticas de un número representativo de Estados que pertenezcan a una u otra de las dos tradiciones y que, al hacerlo, se cubran tres ángulos de visión, que son: los elementos, normativos y estructurales, de Derecho constitucional, la jurisprudencia, especialmente la de los tribunales supremos, y las posiciones doctrinales. En ello se encuentra un campo inmenso de comparación, apenas explorado, que incluye tanto a internacionalistas, como a constitucionalistas y comparativistas. Desde tal perspectiva, la tesis referida está lejos de ser inútil.