

7.

Derecho de la Unión Europea

LA GOBERNANZA DE LA UNIÓN EUROPEA:
PRINCIPIO DE PRIMACÍA, EFECTO DIRECTO Y
TRAUMATISMO FUNDADOR

[The Governance of the European Union:
Principle of Primacy, Direct Effect and Founding Traumatism]

CRISTIAN ZAMORANO-GUZMÁN*
Universidad Arturo Prat

RESUMEN

Muchas veces se estima que la mundialización está acabando poco a poco con el concepto de soberanía, y es lo que explicaría, entre otros fenómenos, que la gran parte de los países de la Unión Europea no quisieron ratificar el proyecto de una Constitución Europea que supuestamente pondría fin a las soberanías estatales. Si se estudia atentamente la historia y el carácter jurídico de la construcción europea, se puede observar que los tratados fundadores de la Unión Europea de 1957, ya fueron considerados por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea como tratados que tienen carácter de Carta fundamental. De ese modo, dicho tribunal ha dado

ABSTRACT

Often esteem that the globalisation this little by little ending itself the sovereignty concept, and is what would explain, among others phenomena, that the great part of the countries of the European Union did not want to ratify the project of an European Constitution that would end the state sovereignties supposedly. If one kindly studies the history and the legal character of the European construction it can observe that treaties founders of the European Union, that is to say those ratified in 1957, already were considered by the Court of Justice of the European Community, the CJEC, like treaties that have Constitution character. This court has

* Doctor en Ciencia Política de la Universidad de la Sorbonne-Nouvelle Paris III; Licenciado en Derecho Internacional de la Universidad de Angers, Francia; Magister en Relaciones Internacionales ILERI-ILECI, Paris XVI; Master en Ciencias Políticas de la Universidad de la Sorbonne-Nouvelle Paris III; Miembro del "Observatorio Político de América Latina y el Caribe" (OPALC), de Science Po Paris; Investigador del Instituto de Relaciones Internacionales de la Universidad Arturo Prat, INTE. Correo electrónico: zg.cristian@gmail.com.

un impulso decisivo a la “estrategia de integración” que tiene por meta constituir una unión política de Europa. Esa táctica establecida ya hace más de 50 años dio inicio a un nuevo tipo de gobernabilidad que se basa esencialmente sobre dos principios que son fundamentales en la construcción comunitaria europea y que son el “principio de primacía” y el “efecto directo”. La aplicación de tales herramientas jurídicas, que implica una gran concesión de soberanía, se explica en gran parte por la importancia del “traumatismo fundador” que incitó a la creación de la Unión Europea y cuyos elementos están detallados en el artículo.

PALABRAS CLAVE: Unión Europea – Principios comunitarios – Gobernanza – Soberanismo – Traumatismo fundador.

given a decisive impulse to the “strategy of integration” initiated by the French political men Jean Monnet and Robert Schuman and whom they had the goal to constitute a political union of Europe. That tactics established already more than 50 years gave beginning to a new type of governability that is based essentially on two principles that are fundamental in the European construction communitarian and which they are the “principle of priority” and the “direct influence”. The application of such legal tools, that it implies a great concession of sovereignty, is explained to a large extent by the importance of the “founding traumatism” that produce the creation of the European Union and whose elements are detailed in this article.

KEYWORDS: European Union – Community principles - Governance – Sovereignism - Founding traumatism.

I. INTRODUCCIÓN

El término “mundialización” tiene innegablemente virtudes globalizantes, en el sentido de que para muchos este concepto puede transformarse en un argumento para todo uso y finalidad. Cada día se supone que asistimos a los efectos negativos de la mundialización, o bien aprovechamos de los frutos de esta última; en todo caso, vivimos entre sus consecuencias, sus corolarios y defectos. Todo se puede explicar, justificar, valorizar, a través de este único término y su realidad.

Parecería que sucede lo mismo con el concepto de soberanía. En 2005, para los referéndum que ocurrieron en Francia y Holanda y que definían la ratificación o no, por parte de los países miembros, del proyecto de la Constitución Europea, numerosos opositores, por otra parte muy heteróclitos, alegaron que ese proyecto dejaba en mal pie la soberanía nacional; soberanía que ya sufría el proceso de la mundialización, que, por otra parte, incitaba a la integración supranacional, estableciendo así un círculo vicioso, inevitable y fatal para la soberanía.

Como lo indicaba Alexis de Tocqueville en su obra “De la democracia en América”, una explicación corta y simple, aunque falsa, siempre tendrá más audiencia y se encontrará ser mucho más seductora que una explicación

larga y compleja, pero sin embargo verídica. La historia y la actualidad nos muestran numerosos ejemplos cada día que pasa.

Si uno se da a la tarea de leer atentamente los tratados fundadores de la Unión Europea, se puede observar que la mayoría de sus disposiciones parecen indicar que la intención de sus autores era en un inicio establecer obligaciones a cargo de los Estados. Luego, gracias a diferentes e importantes decisiones del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE), cuyas decisiones se imponen a los Estados miembros, los tratados fundadores tomaron poco a poco y silenciosamente los rasgos de una carta constitucional asumiendo las características de una “ley superior”. Indiscutiblemente, eso fue el resultado de los efectos combinados de las aplicaciones del “efecto directo” y del “principio de primacía” de la norma comunitaria.

Los efectos federativos se concretan en el hecho de que, por una parte, las disposiciones del Derecho comunitario, es decir, que emanan de las instituciones comunitarias establecidas por los tratados fundadores, conocen una “primacía” sobre el Derecho interno de los Estados miembros, y, por otra parte, el “efecto directo” de las disposiciones comunitarias, que enuncian obligaciones claras, precisas, completas e incondicionales a cargo de los Estados, otorga a los particulares la facultad de alegar esas mismas disposiciones antes los tribunales nacionales.

Estas características hacen que la Unión Europea personifique una cierta idea de la gobernabilidad. Indiscutiblemente, aquéllas nos demuestran que la norma está en el centro de la construcción europea, y constituyen el recurso esencial a disposición de los Estados de Derecho para asociarse y al mismo tiempo “esquivar, fingir a la soberanía”. En efecto, el autor Zaki Laïdi indica que es “la norma lo que permite a Europa superar la soberanía de sus Estados sin suprimirla”¹. De ese modo, según las palabras de Christian Lequesne: “la Unión Europea tiende a imponer a los protagonistas internacionales una convergencia de sus políticas públicas nacionales por el intermedio de las normas”². Eso, es el fruto de una voluntad política, de una estrategia que nace en 1957, y que ha establecido una dinámica integracionista que resultó ser un éxito total y no una consecuencia funesta de la mundialización como muchos suelen decirlo.

En el marco de este artículo, la meta justamente es demostrar que el proyecto europeo es el fruto de una estrategia precisa que estableció una nueva forma de gobernabilidad y que se basa sobre dos creaciones jurídicas

¹ LAÏDI, Zaki, *La grande perturbation* (Paris, 2005), p. 57.

² LEQUESNE, Christian, *Comment penser l'Union Européenne?* en SMOUTS, Marie-Claude, *Les Nouvelles Relations Internationales. Pratiques et Théories* (Paris, 1998), pp. 103-134.

fundamentales hechas en gran parte por el TJCE, como son el “principio de primacía” y el “efecto directo” de la norma comunitaria. Por su naturaleza, esa culminación de la norma supranacional se opone a la concepción calificada de “soberanista” de las relaciones internacionales, y que tiende a colocar la soberanía nacional por encima de todo otro tipo de norma.

Así, para entender la concesión de soberanía a la cual procedieron los Estados europeos es fundamental tener en mente que la Unión Europea nace después de la Segunda Guerra Mundial, y del balance apocalíptico que le es corolario. El espíritu de la construcción comunitaria fue, y es todavía, facilitar y multiplicar las interdependencias y enmarcarlas institucionalmente, con el fin de eliminar en la zona occidental del viejo continente toda perspectiva de confrontación bélica. El Derecho al servicio de la paz. Forzoso es verificar el logro de esa meta.

II. EL SUCESO DE LA ESTRATEGIA DE INTEGRACIÓN

Para medir el camino recorrido desde los inicios de la construcción comunitaria, es necesario destacar todo lo que faltaba al Tratado de Roma, tratado fundador de la Comunidad Europea, que, comparado a una constitución en el sentido estricto del término, se presenta en 1957 por lo menos muy incompleto.

Este tratado no contiene ninguna cláusula general de supremacía de la norma comunitaria, es decir, de la que emane de las instituciones establecidas por la Comunidad, a la imagen de aquéllas que se encuentra habitualmente en las constituciones de tipo federal. No contiene tampoco disposición clara y relativa a la distribución de las competencias entre la Comunidad y sus Estados miembros.

Estas dos características son propias al Derecho federal, e imponen de ese modo la supremacía de la constitución federal sobre la de los Estados federados. En el caso de la Unión Europea, eso hubiese supuesto “un golpe sólido dado a la soberanía nacional”³. Innegablemente, ese golpe será dado, pero de manera más sutil y será el resultado de la “estrategia de la integración” que fue establecida por los padres fundadores de la Unión Europea.

Estos son Robert Schuman⁴ y Jean Monnet⁵, y fueron quienes inicia-

³JACQUE, Jean-Paul, *Le rôle du droit dans l'intégration européenne*, en *Philosophie Politique* 1 (1991), p. 128.

⁴Schuman Robert (1886-1963), ministro francés de Asuntos Exteriores, que en su declaración del 9 de mayo de 1950, presentó en términos explícitos la “estrategia de la integración”, de la cual fue el instigador.

⁵Monnet Jean (1889-1979), Comisario responsable general del Plan de moder-

ron esa estrategia, que, se debe señalar, siempre está en curso. Esta táctica política consiste en el hecho de construir una Unión Europea cada vez más profundizada por medio de una transferencia graduada y paulatina de competencias nacionales a instancias supranacionales. La idea fundadora era romper con la práctica de la intergubernabilidad, preocupada esencialmente de la armonización y coordinación de las políticas entre los Estados miembros, en el estricto cumplimiento de decisiones tomadas por unanimidad. Los dos políticos franceses, con la ayuda del jurista Paul Reuter, decidieron más bien elaborar un proyecto de una comunidad internacional basada sobre un “método funcional” de carácter “supranacional”.

El método funcional⁶ se basa en la idea de que es más fácil y seguro obtener el abandono del poder de un Estado en favor de una institución supranacional, cuando este abandono sólo se refiere y se limita a un único ámbito concreto, y cuando el Estado sabe exactamente lo que está abandonando, o piensa saberlo. La Comunidad Europea se hará y se hizo por delegaciones sucesivas de soberanía, afectando ámbitos cada vez más amplios y relativos en un inicio a la competencia nacional. La “Federación Europea” en el espíritu de los Padres Fundadores, permanece como el objetivo final, pero conviene que el proceso se realice sector por sector.

El término “supranacional” no conoce, por su parte, una definición precisa. De una manera general, el adjetivo supranacional califica a las instituciones que ejercen competencias a un nivel superior al de los Estados. Por ende, eso va a referirse a organizaciones que ejercen funciones de integración entre los Estados miembros, en oposición con funciones de cooperación. La dinámica supranacional va a ser el proceso de integración regional por el intermedio del cual los Estados europeos van a crear órganos comunitarios a los cuales han de transferirse competencias legislativas, ejecutivas y reglamentarias o actividades cuyo monopolio pertenecía tradicionalmente a los Estados miembros. En ese sentido, los Estados de la Unión Europea entregaron conjuntamente partes de sus soberanías y las compartieron con instituciones supranacionales cuyas leyes y políticas pueden forzar a los Estados miembros en esos ámbitos. Esta es la característica mayor del sistema de integración europeo.

A partir de un sector determinado (la producción de carbón y acero), las competencias de la Comunidad se extendieron a sectores anexos por

nización francés, instigador del plan que llevaba su nombre, y que desembocará más tarde en la creación de la Comunidad Europea del Carbón y Acero (CECA).

⁶ Dicho también “institucional”, ese método se oponía a la tesis de los federalistas o constitucionalistas, que deseaban la elección por sufragio universal de una Asamblea Constituyente Europea encargada de redactar una Constitución Europea de tipo federal en 1950.

un simple efecto dinámico y por un efecto de aprendizaje entre los Estados miembros. Esto es el resultado del “efecto de engranaje” o del “spill over”⁷. Al momento de la creación de la Comunidad Económica del Carbón y Acero, la CECA⁸, y la Comunidad Económica Europea, la CEE⁹, las políticas comunes se ejercían en sectores económicos bien precisos y relativamente técnicos, como la agricultura, los transportes, etcétera. Progresivamente, los ámbitos de intervención de la Comunidad Europea se ampliaron a sectores no previstos inicialmente.

Este “spill-over” hizo pasar la cooperación entre los Estados miembros de la esfera técnica a la esfera política. Poco a poco, los Estados miembros tomaron la costumbre de trabajar juntos, multiplicando las cooperaciones concretas en los ámbitos técnicos, en donde se plantean menos problemas de soberanía. Paso a paso, estas cooperaciones técnicas “se derramaron” hacia lo que estaba en juego a nivel político.

Por lo que se refiere a la intensidad de la integración económica, se opera tradicionalmente una distinción, por orden creciente, entre zona de libre comercio, unión aduanera, mercado común y unión económica. Podemos aplicar esta tipología a la historia evolutiva de la Comunidad europea.

En una zona de libre comercio, los Estados participantes convienen en suprimir los derechos de aduana y restricciones cuantitativas a las importaciones y exportaciones entre sus territorios; pero cada uno mantiene su libertad a conservar o imponer sus propias barreras contra los terceros países. Es una de las razones por las cuales los sistemas regionales de libre comercio se someterán a una presión que los conducirá generalmente a transformarse en unión aduanera, en la cual las barreras arancelarias y las restricciones cuantitativas a los intercambios con los “no miembros” serán objeto de una armonización entre los miembros de la unión aduanera. En la Comunidad Europea, esta etapa se alcanzó en 1968.

El mercado común permite, por su parte, la libre circulación de bienes, de servicios, de capitales y de la mano de obra entre las distintas unidades territoriales que lo componen, por la supresión de las reglamentaciones y prácticas nacionales que tienen como efecto crear una discriminación respecto a los productos o prestadores de servicios extranjeros, y por la

⁷ La expresión inglesa “spill over” se podría traducir literalmente por “desmaramiento”.

⁸ Comunidad Europea del Carbón y del Acero, creado en 1951, y que comprendía a Francia, Alemania, Bélgica, Holanda, Luxemburgo e Italia.

⁹ Comunidad Económica Europea, creada durante el tratado de Roma en 1957, al mismo tiempo que la CEEA, Comunidad Europea de la Energía Atómica, igualmente llamada Euratom.

armonización de las reglamentaciones nacionales susceptibles de causar una distorsión de la competencia. En la Comunidad Europea, esta etapa se alcanzó a finales de 1992, con la realización del mercado interior.

Por fin, en una unión económica y monetaria, los Estados miembros convienen en adoptar una moneda y unas políticas económicas comunes, con el fin de eliminar las fricciones y las perturbaciones resultantes de intervenciones nacionales divergentes dentro del mercado común. Esta etapa se alcanzó en Europa en 1997, en la cumbre de Amsterdam¹⁰.

Si se analiza la construcción comunitaria europea, se puede observar una continua progresión en los grados de intensidad de la integración, y del éxito indiscutible del dicho efecto de engranaje, que está siempre en curso, y que tiene por finalidad crear una forma de gobierno supranacional. La ratificación y adopción de una Constitución Europea se sitúa en esa óptica y constituye solamente el último escalón. Sin lugar a dudas es el más difícil, porque esencialmente es el más simbólico.

Las características de esta forma de gobierno serían la instauración de nuevos sistemas de decisión parcialmente independientes de los Estados miembros, es decir, de una autoridad ejecutiva, que se impondría a los Estados miembros, con una institución parlamentaria independiente. A este respecto, la actual Unión Europea forma un sistema híbrido que asocia formas de supranacionalismo, en la esfera comunitaria, y formas intergubernamentales, en particular, a nivel de política exterior y de seguridad común.

La Unión Europea es blanco, a veces con justa razón, de críticas; pero no se puede negar, desde un punto de vista jurídico, que ya constituye el mejor ejemplo de sistema de integración y que es el proyecto más exitoso y ambicioso del siglo pasado. La gobernabilidad que encarna es un caso aparte en el mundo del Derecho internacional.

III. EL CONCEPTO DE GOBERNANZA

En la literatura reciente, la evolución de las formas de la acción pública, cuyo desarrollo de las redes constituye la manifestación más visible, tiende a menudo a resumirse en torno al concepto de “gobernanza”. Existen numerosas definiciones de este término y esto en distintas ramas de las Ciencias políticas. Para comenzar, nos referiremos a la etimología de este antiguo término castellano, que encuentra su correspondiente inglés en “governance”. Durante mucho tiempo se lo usó como sinónimo de “gobier-

¹⁰ Para estudiar la evolución de la construcción europea, véase MOUSSIS, Nicolas, *Accès à l'Europe, Manuel des politiques communautaires* (Rixensart, 1998).

no”. En la literatura inglesa, el término se relaciona preferentemente con el concepto de Estado y designa el conjunto de los mecanismos de la acción pública. A partir de ese postulado, distintos autores utilizaron el concepto de “governance”, para interpretar los cambios que se perciben hoy, de manera más o menos confusa, en las formas de la acción pública¹¹.

Patrick Le Gales resume estas interrogaciones haciendo hincapié en el efecto de interferencia implicado por las transformaciones de las formas de interacciones entre protagonistas de las políticas públicas. Según este autor: “se encuentran en el concepto de gobernanza las ideas de conducta, control, dirección, pero sin la primacía concedida al Estado soberano. Plantear el tema de la gobernanza sugiere incluir la articulación de los distintos tipos de reglamento en un territorio, a la vez en términos de integración política y social y en términos de capacidad de acción [...]. Plantear esta problemática equivale a reexaminar las interrelaciones entre sociedad civil, Estado, mercado y las recomposiciones entre estas distintas esferas cuyas fronteras se desdibujan”¹². Exactamente es el caso de la Unión Europea.

El término “gobernanza” también puede relacionarse con concepto de “gouvernementalité”, que Michel Foucault introdujo y que se define como “el conjunto de las instituciones, procedimientos, análisis y reflexiones, cálculos y táctica, que permiten ejercer [él] [...] poder”¹³. Con esta definición aparece un punto esencial: el arte de controlar no se reduce solo a la cuestión de la soberanía, pues el autor previene que no es imperativo restringir la cuestión del poder únicamente a la cuestión del poder del Estado, y que es necesario no sucumbir a la que él llama “extra valoración del problema del Estado”.

Como lo destaca Zaki Laïdi, lo que está en juego con la definición de la gobernabilidad se plantea igualmente en estos términos, y es en eso que los dos conceptos son muy cercanos. El autor observa que: “a pesar de la gran diversidad de las definiciones de la gobernabilidad y lo borroso que pueden rodearlas, todas convergen en un punto esencial: el desplazamiento del centro de gravedad de la política del Estado hacia una pluralidad de protagonistas, y la transformación que eso implica en las condiciones de

¹¹ MAYNTZ, R., *Governing Failure and the Problem of Governability. Some Comments on a Theoretical Paradigm*, en KOOIMAN, J. (director), *Modern Governance. New Government - Society Interactions* (London, 1993); JESSOP B., *The Regulation Approach, Governance and Post-Fordism: Alternative Perspectives on Economic and Political Change*, en *Economy and Society* 24 (1995).

¹² LE GALES, Pierre, *Les réseaux de la politique publique* (Paris, 1995).

¹³ FOUCAULT, Michel, *La gouvernementalité*, en *Dits et écrits 1954-1988* (Paris, 1994).

producción de la legitimidad. Ésta no está ya en condiciones de imponerse exclusivamente desde arriba¹⁴.

Una de las problemáticas de la gobernabilidad, a nivel internacional, defiende la idea de un cambio en las lógicas interestatales clásicas gracias a una sustitución del poder de elección monopolística e irreversible del Estado-nación por la norma estable, colectiva y negociada. La Unión Europea personifica esta visión. La lógica europea pretende, a través de las lógicas de gobernabilidad mundial, reducir la estructura anárquica del sistema internacional. Toda esta filosofía de las normas tiene por objeto crear un escenario donde los protagonistas del sistema internacional estén encuadrados por una malla normativa a la vez densa y, si es posible, coercitiva. Eso fue posible en el caso de la Unión Europea por el poder y el lugar que ocupa el TJCE, y gracias a dos decisiones fundamentales que emitió.

IV. EL PRINCIPIO DE PRIMACÍA Y EL EFECTO DIRECTO DE LA NORMA COMUNITARIA

Sabemos que los principios de Derecho internacional¹⁵ obligan a los Estados a respetar los tratados que ratificaron y, en particular, a hacerlos aplicar por sus órganos legislativos, ejecutivos y judiciales. Si no, se exponen a comprometer sus responsabilidades hacia los Estados con quienes contrajeron obligaciones, o eventualmente ante el juez internacional. Sin embargo, el propio Derecho internacional no regule las condiciones en las cuales las normas contenidas en los tratados deben integrarse en el ordenamiento jurídico de los Estados para poder ser aplicado por sus órganos y jurisdicciones; deja esta tarea a cada Estado, para que regula soberanamente, en función de la concepción a la cual adhiere, las relaciones entre Derecho internacional y Derecho interno. En la mayoría de los casos, se aplican dos concepciones doctrinales, que se establecen en las Constituciones o se realizan de hecho: la concepción dualista y la concepción monista.

La concepción dualista, cuyos principales teóricos son italianos¹⁶ y alemanes¹⁷ y que por mucho tiempo prevaleció universalmente, considera que el ordenamiento jurídico internacional y los ordenamientos jurídicos nacionales son sistemas independientes y separados, que coexisten en pa-

¹⁴ FOUCAULT, Michel, *ibid.*

¹⁵ Artículo 26 de la *Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados*, vigente en Chile desde 1980.

¹⁶ ANZILOTTI, D., *Cours de Droit international* (Roma, 1929).

¹⁷ TRIEPEL, H., *Les rapports entre le droit interne et le droit international*, en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* 1 (1923).

ralelo. Por lo tanto, un tratado regularmente ratificado sólo puede tener efecto en el orden internacional. Para que este último pueda aplicarse en el orden interno del Estado contratante, es necesario que el mismo transforme las disposiciones del tratado en una norma nacional, generalmente una ley, o lo introduzca en el orden nacional por una fórmula jurídica que opere la recepción. En uno y otro caso hay nacionalización del tratado, de modo que la norma internacional sufre una transformación de naturaleza; así que el juez la aplicará en la calidad de norma de Derecho interno del cual pasó a ser elemento, y no como norma de Derecho internacional. Cabe destacar que, siguiendo la práctica internacional, la Constitución chilena ha establecido su propio procedimiento interno para la aplicación de los tratados, de modo que no ha acogido el sistema de transformación y aplica un sistema de incorporación.

En lo que concierne la concepción monista, ella corresponde a una idea totalmente diferente, y es más bien una componente fuerte del concepto de gobernabilidad.

El pensamiento monista, defendido en su época por el famoso teórico H. Kelsen¹⁸, está basado en la unidad del ordenamiento jurídico. La norma internacional se aplica inmediatamente y como tal, es decir, sin recepción ni transformación (ni incorporación) en el orden interno de parte de los Estados contratantes. El tratado ratificado regularmente se integra automáticamente en el sistema de normas que deben aplicar los tribunales nacionales, y es aplicable en su calidad originaria de norma internacional. El Derecho comunitario de la Unión Europea postula la concepción monista, en el tipo de relaciones que debe establecerse entre el Derecho comunitario y los Derechos nacionales, e impone el respeto de esta concepción a todos los Estados miembros. Éstos son libres de conservar su concepción dualista respecto al Derecho internacional, pero no en cuanto a las relaciones entre la Comunidad y Estados miembros. Por consiguiente, el Derecho comunitario, originario¹⁹ y derivado²⁰, es inmediatamente aplicable en el ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros o, según la fórmula del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

¹⁸ KELSEN, H., *Les rapports de système entre le droit international et le droit interne*, en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* 4 (1926), pp. 231 ss.

¹⁹ Denominación del Derecho comunitario resultante de los tratados fundadores los cuales, desde el Tratado de París al Tratado de Niza, formaron la base institucional de la Unión Europea.

²⁰ Denominación del derecho comunitario resultante de las instituciones comunitarias.

(el TJCE), “forma parte integrante del ordenamiento jurídico aplicable en el territorio de cada uno de los Estados miembros”²¹.

Esto produce cuatro consecuencias que diferencian el Derecho comunitario del Derecho internacional: i) el Derecho comunitario se integra automáticamente en el orden interno de los Estados sin requerir a ninguna fórmula especial de introducción; ii) las normas comunitarias integran el ordenamiento jurídico interno como Derecho comunitario; iii) los jueces nacionales tienen la obligación de aplicar el Derecho comunitario; y iv) las leyes de ratificaciones de los países miembros introductoras de los tratados fundadores en el orden interno, introdujeron igual y prácticamente todo el Derecho derivado, fruto de las instituciones de la Unión.

A partir de ese postulado, el TJCE profundizó la concepción monista, estableció una jerarquía normativa favorable a la norma comunitaria y afirmó la posibilidad para los particulares de reivindicar las disposiciones comunitarias en los tribunales nacionales: es el ante mencionado efecto directo.

En su famosa decisión “Van Gend en Loos”²², el Tribunal de Justicia hizo hincapié especialmente en el hecho de que los tratados fundadores han creado un ordenamiento jurídico “independiente de la legislación de los Estados miembros [...] cuyos temas no sólo son los dichos Estados sino también sus ciudadanos”, antes de indicar que el Derecho comunitario “así como crea obligaciones para los particulares, también está destinado a generar derechos que entran en sus patrimonios jurídicos”.

Conviene a este respecto distinguir entre la aplicabilidad directa, que significa que el Derecho comunitario se inserta automáticamente en el orden, sin depender de una medida de recepción nacional, del efecto directo, que traduce la propiedad de algunas de sus normas de crear derechos y obligaciones para los particulares cuyos tribunales nacionales están encargados de salvaguardar.

En la ausencia de tal característica, ¿cómo los asuntos relacionados con el Derecho comunitario hubiesen podido convertirse en determinantes de los asuntos generalmente llevados ante los tribunales nacionales? La aplicación de tal principio tuvo consecuencias muy importantes, ya que liberó el Derecho europeo del control de cómo los Estados miembros realizaban la ejecución de los suscitados tratados a la escala nacional.

Si el efecto directo constituyó una abertura, esta misma evolución se volvió aún más significativa con la doctrina de la “primacía comunitaria”.

²¹ TJCE, 9 mars 1978, “Simmenthal”, aff. 106/77, Rec. 609.

²² TJCE, 5 février 1963, “Van Gend en Loos”, aff. 26/62, Rec, pp. 3. ss.

El Derecho europeo que dispone ese efecto directo, necesitaba que su relación con el Derecho nacional estuviera determinada.

Tomando en cuenta que se había ratificado el tratado por los cuerpos legislativos en todos los Estados miembros, había posibilidad de sostener que sus disposiciones, teniendo en cuenta sus “efectos directos”, se podían sustituir a los actos normativos nacionales previos. La misma lógica quería no obstante que el Derecho europeo cediera el paso a los actos normativos nacionales posteriores a la decisión de la misma ratificación. Si no, la uniformidad del Derecho europeo se habría vuelto una quimera, pues algunas disposiciones serían aplicables en algunos Estados, pero no en otros, y recíprocamente. El TJCE, con la voluntad de eludir esa dificultad, postuló que las disposiciones del tratado dotadas de un efecto directo tengan una primacía sobre la totalidad del Derecho nacional, previo o posterior, que sea de naturaleza administrativa, reglamentario o constitucional. Es en su desde entonces famosa sentencia “Costa”²³ que el tribunal afirmó solemnemente el principio de la primacía.

En este caso concreto, el Tribunal condenó claramente la tesis dualista a la cual ya hicimos referencia, y que permite, en el hecho, que cada Estado miembro pueda asignar él mismo un rango al Derecho comunitario en su ordenamiento jurídico. El tribunal italiano había utilizado esa tesis en dos sentencias del 2 de febrero y del 7 de marzo de 1964, aplicando la concepción dualista de las relaciones entre Derecho internacional y Derecho interno (como es el caso en el Mercosur), e hizo prevalecer la norma más reciente, en la especie, la norma nacional. El tribunal italiano había afirmado que un tratado sólo tenía el efecto que resultaba de la ley de ratificación.

A la vista de las motivaciones, podemos determinar cuatro elementos doctrinales sobre los cuales el tribunal afirmó el principio de primacía, que su jurisprudencia posterior no hará más que confirmar, y que son los siguientes:

i) El ordenamiento jurídico comunitario triunfa en su integralidad sobre los ordenamientos jurídicos nacionales. Eso significa, en primer lugar, que la primacía beneficia a todas las normas comunitarias (“[...] el Derecho nacido del tratado”), originarias o derivadas, directamente aplicables o no. Posteriormente, la doctrina irá hasta extenderse a todas las variedades del Derecho europeo²⁴, incluidas las directivas del Consejo no aún traspuestas en la legislación nacional por los cuerpos legislativos de cada Estado. Es sobre esa base que los particulares ahora pueden pedir

²³ Op. cit.

²⁴ TJCE, 9 mars 1978, “Simmenthal”, aff. 106/77, Rec. 609.

ser compensados por los respectivos Gobiernos cuando éstos no cumplen sus obligaciones.

ii) Eso también significa que la primacía se ejerce sobre todas las normas nacionales (“[...] un texto interno cualquiera que sea”), administrativas, legislativas, jurisdiccionales e incluso de nivel constitucional: inicialmente, el tribunal afirmó que las disposiciones constitucionales internas no podrían utilizarse para hacer fracasar el Derecho comunitario y que tal acción sería “contraria al orden público comunitario”²⁵; luego, más claramente dijo que: “[...] los Derechos fundamentales tal como son formulados por la constitución de un Estado miembro” o “[...] los principios de una estructura constitucional nacional no afectarán la validez de un acto de la comunidad y su efecto en el territorio” de un Estado miembro”²⁶. Resumidamente, el Derecho constitucional de un Estado miembro no podría constituir un obstáculo a la aplicación del principio de primacía²⁷.

iii) Es en virtud de su naturaleza propia (“[...] debido a la especificidad de su naturaleza”) que se justifica la superioridad del derecho comunitario: eso significa, *a contrario*, que la preponderancia de las normas europeas no es el resultado de concesiones hechas por parte de los Derechos constitucionales de los Estados miembros.

iv) En fin, la primacía del Derecho comunitario no vale solamente en el solo orden comunitario, es decir, en lo que concierne a las relaciones entre Estados e instituciones, y, en particular, con el Tribunal de Justicia, sino también, y es la contribución fundamental de la sentencia mencionada, en los propios ordenamientos jurídicos nacionales (“primacía interna”) donde las normas comunitarias se imponen a los órganos jurisdiccionales nacionales (“[...] no podría [...] verse judicialmente opuesto”).

Según Pierre Pescatore²⁸, el principio de primacía es “una condición existencial” del Derecho comunitario, que puede existir como tal bajo la condición *sine qua non* de no poder verse opuesto el Derecho interno de los Estados miembros. Los objetivos de la Comunidad Europea imponen la aplicación uniforme del Derecho comunitario; en caso contrario no existiría integración. La primacía del Derecho comunitario se basa sobre el hecho de que sus normas deben prevalecer, sino dejarían de ser comunes, dejarían de existir y no habría más Comunidad²⁹.

²⁵ TJCE, 22.06.1965, “San Michele”, aff. 9/65, Rec.1967,35.

²⁶ TJCE, 17.12.1970, “International de Handelsgesellschaft”, aff. 11/70, Rec.533.

²⁷ TJCE, 13.7.1972, “Commission c/Italie”, aff. 48/71, Rec. 533.

²⁸ PESCATORE Pierre, en *Festschrift für Hans Kutscher* (Baden-Baden, 1981), p. 326.

²⁹ Leer la decision del TJCE, “Walt Wilhelm”, 13.2.1969, aff. 14/68, Rec.15.

Desde un punto de vista político, la consecuencia más importante de las doctrinas combinadas del efecto directo y de la primacía condujo a una especie de constitucionalización *de facto* del Derecho europeo. El efecto directo y la primacía permitieron el desarrollo uniforme y vigoroso del Derecho europeo; el TJCE consagrará progresivamente los tratados fundadores como iguales a una Constitución europea.

En su dictamen 1/91, el propio tribunal sintetizó su jurisprudencia con respecto al principio de primacía y al efecto directo, en una fórmula actualizada en relación con las sentencias “Van Gend en Loos” y “Costa”. La afirmación explícita de la naturaleza constitucional del tratado constituye de alguna manera el resultado de este recordatorio.

El tribunal, al hacer hincapié en la diferencia de naturaleza entre un tratado internacional clásico y el tratado que instituye la CEE, declara que este último: “aunque concluido como un acuerdo internacional, no constituye nada menos que la carta constitucional de una comunidad de Derecho”. De ese modo, la naturaleza intrínsecamente constitucional del tratado está siendo valorada por el tribunal, que confirma incluso que no se debe concluir sobre la esencia verdadera del tratado basándose sobre su formato. Esta afirmación ya fue enunciada por el dictamen 1/76, de 26 de abril de 1977, en el cual el tribunal menciona el riesgo de una modificación de la “constitución interna de la Comunidad”³⁰. Del mismo modo, en la decisión los “Verdes”, de 23 de abril de 1986, el Tribunal destaca: “que la Comunidad Económica Europea es una comunidad de Derecho en la que ni sus Estados miembros ni sus instituciones escapan al control de conformidad de sus actos a la carta constitucional básica que constituye el tratado”.

A ese respecto, P. Pescatore señala que las sentencias referentes a estos principios fundamentales nos dejan ver por parte del tribunal una evidente “conciencia constitucional”³¹. Esa voluntad de consagrar una constitución “informal” a partir de los tratados fundadores caracteriza su tendencia federalista, tendencia que tiende a consolidar la fuerza ejecutoria de las normas comunitarias y afirma definitivamente el principio de primacía y el efecto directo de ésta.

V. LA OPOSICIÓN ENTRE LOS CONCEPTOS DE GOBERNANZA Y DE SOBERANISMO

Como señala Laïdi: “Europa está inventando una nueva forma de

³⁰ TJCE, opinión 1/76 del 26/04/1977, *Fonds européen d'immobilisation de la navigation intérieure*, Rec. I, pp. 741 ss., punto 12.

³¹ PESCATORE, P., cit. (n. 28).

soberanía compartida, que se basa en el principio de gobernanza [...]”³²; a este modelo se le opone a lo que él llama el soberanismo estado-unidense.

El modelo “soberanista”³³ está personificado, en efecto, por los Estados Unidos, cuya filosofía se basa en la denegación de la división de la soberanía y en la oponibilidad de la soberanía clásica del Estado a la mundialización. El soberanismo no rechaza necesariamente la norma, sino que la juzga no oponible a la soberanía clásica de los Estados.

Laïdi revela que del lado americano se manifiesta una inquietud por ver la mundialización desembocar no simplemente en una profunda interdependencia económica, sino en la llegada de un nuevo sistema político, un Gobierno mundial que pondría un punto final a la soberanía de los Estados. En este sentido, la gobernabilidad mundial se prevé explícitamente como un proyecto político que debe tomarse en serio y, por lo tanto, combatir.

Con respecto a la confrontación de estos dos conceptos, los Estados Unidos aportaron elementos de análisis interesantes. En el artículo de Robert Kagan titulado “Potencia y debilidad”³⁴, el autor sintetiza lo que está en juego a nivel euro-americano en términos de valores. Desarrolla varias ideas; pero la más relevante es el reconocimiento de que existe un conflicto de valores, de visiones del mundo, entre Europa y los Estados Unidos, ya que sus trayectorias históricas son totalmente diferentes.

Por un lado, tenemos una América poderosa que ve el mundo con los ojos del más fuerte y que no vacila, por lo tanto, en recurrir a la fuerza y de manera unilateral. Por otro lado, tenemos una Europa que aprendió las lecciones de su propia historia, abandonando toda voluntad de poder, de “hard power”, y basando su identidad política mundial en la lógica de la gobernanza y del multilateralismo.

Kagan fortifica su análisis utilizando postulados filosóficos. Para él, América sería hobbesiana, mientras que Europa se habría vuelto kantiana.

En su obra principal –el *Léviathan*– Hobbes prevé la aparición de un Estado realista, encargado, no de promover el humanismo moral, sino, más prosaicamente, de impedir a los hombres matarse entre ellos. Así, en un mundo sin normas ni ley, la única ley posible sería la del más potente, que a los ojos de los americanos tendría el carácter de ser una potencia inspirada y respetuosa de los valores democráticos y pacíficos. Por consiguiente, si el

³² LAÏDI, Zaki, cit. (n. 1), p. ii.

³³ *Ibid.*, p. 13.

³⁴ KAGAN, Robert, *Puissance et Faiblesse*, en *Commentaire* 99 (otoño 2002), pp. 517-536.

más poderoso es el más generoso, de nada sirve insertar normas de gobernabilidad en el escenario mundial, en el cual, además, participan Estados no democráticos. Es todo el sentido de la crítica virulenta del sistema de Naciones Unidas por parte de Washington.

Laïdi, citando a Pedro Hasner, precisa que Hobbes “no veía la guerra de unos contra otros como una realidad envidiable sino como una realidad que debe superarse”. En una crítica de la obra de Carl Schmitt, Leo Strauss puso de manifiesto que la peligrosidad del hombre del que habla Hobbes era para él una realidad necesaria de combatir, mientras que Schmitt vió en ese hombre una realidad, que era necesario afirmar. Según Laïdi, Kagan interpretó deliberadamente a Hobbes a través de la interpretación de Schmitt.

A la América hobbesiana se opondría, así, una Europa inspirada en los principios defendidos por Kant, que se fundan en la prevención de los conflictos gracias a la lógica de interdependencia. Para Kant, el logro de un mundo de carácter cosmopolita pasaría por la realización de tres condiciones, que constituyen otras tantas creencias: el carácter pacífico de las Repúblicas, las fuerzas socializadoras del comercio y la función crítica y disciplinaria del espacio público. La idea “europea” permanece profundamente kantiana, puesto que cree posible la llegada de un orden político mundial construido alrededor de normas, que organizan la interdependencia entre naciones.

Desde el punto de vista americano, existe una profunda condescendencia frente a Europa, acusada implícitamente de pacifismo y, en consecuencia, de ingenuidad política. Unos Estados Unidos viriles y realistas se opondrían, así, a una Europa idealista y hasta se podría pensar que afeminada. Según la expresión de Kagan, unos vendrían de Martes, la otra de Venus. ¿Se puede pensar en Estado Unidos y su política a través de esta interpretación?

Podemos destacar que la política estadounidense siempre se ha presentado como enfrentándose a un enemigo, como un reto a la naturaleza de su potencia y de su fuerza, fuerza que se define exclusivamente dentro del marco del Estado, como si le costara salir del esquema weberiano, donde la legitimidad del recurso a la fuerza se reserva al solo Estado. Aquí encontramos la paradoja, pero también la debilidad de la política estadounidense, que reside en la dificultad de salir del modelo internacional clásico, como si todo tipo de enemigo no podría personificarse sino en un Estado. Eso confirma el análisis que quiere que la política estadounidense sea profundamente schmittiana y no solamente hobbesiana.

Según Laïdi, la diferencia con la Europa kantiana se originaría en una vivencia política diferenciada. Los Estados Unidos se piensan hoy y se

proyectan como un Estado-nación, mientras que Europa ha entrado en una era post-nacional dominada por el triunfo de la sociedad civil y por un rechazo del modelo de Westfalia.

VI. LA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL, TRAUMA FUNDADOR DE LA UNIÓN EUROPEA

Nuestra idea se inscribe completamente en esa observación. En efecto, pensamos que la diferencia de los procesos vividos históricamente entre los dos continentes, europeo y americano, es fundamental en la explicación de las divergencias en el enfoque de la concesión de soberanía. Más que de las explicaciones estructuralistas, basadas esencialmente sobre el caso de la integración europea, pero sin negar sus verdaderas contribuciones y posibles aplicaciones a otros sistemas, pensamos que la dificultad, para no decir el rechazo, por parte de los países sudamericanos en la creación de “bloques” supranacionales que implican reales concesiones de soberanía, se basa fundamentalmente sobre una explicación de carácter histórico.

Podemos notar que los diferentes proyectos, bien sea el ALCA, la CAN o el MERCOSUR, son intencionalmente poco elaborados desde un punto de vista institucional, ya que su objetivo es simplificar al máximo la “desregulación” de los obstáculos al libre comercio, sin tocar al mismo tiempo a todo lo que impone una eventual concesión de soberanías nacionales. Las diferentes negociaciones entre gobiernos en el seno del MERCOSUR demuestran las dificultades de sublimar la dicha noción.

La integración europea fue creada por razones económicas y políticas; la más importante era impedir de nuevo un desastre humano y apocalíptico como lo produjo la Segunda Guerra Mundial. Al salir de ese desastre humano, Europa había sido responsable de más de veinte millones de muertos y de la concreta e inhumana realidad que representaron los campos de concentración. Hoy se puede verificar que ese traumatismo fundador dio nacimiento al sistema de integración supranacional más desarrollado del mundo.

A diferencia de lo que vivieron los países europeos, no existió en otro lugar del mundo lo que calificamos de “traumatismo” posterior a la guerra mundial, de “un traumatismo fundador” suficiente y común que impusiera una dinámica particular a todos los Estados de la región, a unirse y crear un sistema que evite toda confrontación bélica. Esta idea se realizó sobre la base de una institucionalización de las interdependencias económicas, que implicó concesiones de soberanía. La meta fue crear suficientes interdependencias entre los países para que nunca más hubiera guerras. Si miramos el viejo continente, indudablemente ese “trauma” facilitó la creación de un órgano supranacional. Forzoso es confirmar el logro de este objetivo.

En Sudamérica, por ejemplo, en lo que concierne el Pacto Andino, no existió una situación similar, y es eso lo que puede explicar, en parte, su fracaso relativo en términos de avances institucionales y supranacionales. Es diferente el caso del MERCOSUR.

Si utilizamos el concepto de traumatismo fundador, debemos referirnos a cinco elementos acumulables, además, obviamente, de la proximidad geográfica.

En primer lugar, deben existir acontecimientos que puedan ser calificados de traumatizantes. La desaparición de un Estado de Derecho, la violación del *ius cogens*, son esos tipos de acontecimientos, y estos últimos están orgánicamente vinculados con los sistemas dictatoriales, como los que conocieron los países del MERCOSUR.

En segundo lugar, el traumatismo debe ser un denominador común a los países de la futura comunidad establecida. Todos los países del MERCOSUR sufrieron una dictadura.

En tercer lugar, el período de trauma debe haber terminado, y esto en un plazo casi similar en todo los países.

También este período debe haber dejado a los países en una situación económica que incite a buscar nuevas perspectivas nacionales y supranacionales. El balance económico de Argentina y Brasil, a la salida de las dictaduras, era de hecho desastroso.

Por último, la voluntad de dar la espalda a este período debe ser efectiva y real, presente en el espíritu de los países intervinientes en la conclusión de los tratados.

Si tomamos el caso de Chile, estos criterios no se aplican completamente, y pueden explicar la razón por la cual no participa en ese mercado común. En efecto, cuando nació la dinámica integracionista en el Cono Sur, en 1985, el régimen militar de A. Pinochet conocía ciertas turbulencias económicas y sociales, pero no las suficientes para dejar el poder. El régimen militar se mantuvo hasta 1989. Además, para Chile, la política del regionalismo abierto no se planteaba en los mismos términos que para los países del MERCOSUR. Teniendo en cuenta sus situaciones económicas respectivas, éstos últimos deseaban establecer el círculo virtuoso “integración/éxitos económicos/refuerzo democrático/consolidación de la integración/éxitos económicos [...]”. La situación era totalmente diferente en la transición democrática chilena. Por un lado, ésta tuvo lugar en un marco institucional establecido por el mismo régimen que dejaba el poder y no se asitió a un quiebre; por otra parte, la transición se basó en la apertura al mundo para consolidarse en términos de imagen y de mercados, dejando el tema de la (re-)democratización fuera de toda consideración de interdependencia con los países vecinos.

Al examinar los elementos establecidos para hablar de “traumatismo fundador”, nos podemos preguntar por qué el MERCOSUR no siguió la misma senda que la de la Unión Europea. La única respuesta que nos parece aceptable, sin relativizar ningún drama humano, es que, por una parte, la cuantificación del trauma no guarda medida alguna comparable con lo que aconteció en Europa en el siglo XX; por otra, las circunstancias de los sucesos que concernieron a los diferentes países tenían realmente un denominador común porque provenían del mismo origen. Además, los seis países fundadores, es decir, Francia, Alemania, Bélgica, Holanda, Luxemburgo e Italia, de alguna forma todos fueron los “vencidos” de la Segunda guerra Mundial. Los dos grandes vencedores eran no europeos (occidentales), es decir, los Estados Unidos y la Unión Soviética, y el tercero, es decir, Inglaterra, sólo integrará la Unión Europea en 1973 y con muchos resguardos. De hecho, hoy en día, ese país, no hace parte de la zona Euro, y es la primera plaza financiera de Europa. En tema de utilización de la moneda, como un atributo importante y simbólico de la soberanía, Inglaterra no consintió en abandonar su antigua y tradicional libra, poniendo así un freno al “spill over” europeo. Es necesario entonces tener presente que los politólogos también indican otro fenómeno en lo concerniente a los países miembros de la Unión Europea y que se denomina en francés el “effet cliqué”, traducible como “efecto de lo obtenido”. Esto significa que los países miembros llegaron a una configuración de integración cada vez más profundizada de la cual no se puede hacer más marcha atrás. Visto desde ese enfoque, pensamos que Inglaterra se encuentra en la expectativa de utilizar un día el euro como moneda, salvo que en el futuro quiera retirarse definitivamente de la Unión Europea. Al ver la actualidad y constatar el llamado que realizó ese país a un más grande protagonismo por parte de la Unión en el ámbito financiero, esa eventualidad nos parece poco plausible. El efecto “spill over” sigue eficiente y un día logrará, sin duda, el resultado deseado por los padres fundadores de esta nueva Europa.

[Recibido el 3 y aprobado el 14 de noviembre de 208].

BIBLIOGRAFÍA

- ANZILOTTI, D., *Cours de Droit international* (Roma, 1929).
FOUCAULT, Michel, *La gouvernementalité*, en *Dits et écrits 1954-1988* (Paris, 1994).
JACQUE, Jean-Paul, *Le rôle du droit dans l'intégration européenne*, en *Philosophie Politique* 1 (1991), p. 128.
JESSOP B., *The Regulation Approach, Governance and Post-Fordism: Alternative Perspectives on Economic and Political Change*, en *Economy and Society* 24 (1995).

- KAGAN, Robert, *Puissance et Faiblesse*, en *Commentaire* 99 (otoño 2002), pp. 517-536.
- KELSEN, H., *Les rapports de système entre le droit international et le droit interne*, en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* 4 (1926), pp. 231 ss.
- LAÏDI, Zaki, *La grande perturbation* (Paris, 2005).
- LE GALES, Pierre, *Les réseaux de la politique publique* (Paris, 1995).
- LEQUESNE, Christian, *Comment penser l'Union Européenne?* en SMOUTS, Marie-Claude, *Les Nouvelles Relations Internationales. Pratiques et Théories* (Paris, 1998), pp 103-134.
- MAYNTZ, R., *Governing Failure and the Problem of Governability. Some Coments on a Theoretical Paradigm*”, en KOOIMAN, J. (director), *Modern Governance. New Government - Society Interactions* (London, 1993).
- MOUSSIS, Nicolas, *Accès à l'Europe. Manuel des politiques communautaires* (Rixensart, 1998).
- PESCATORE Pierre, en *Festschrift für Hans Kutscher* (Baden-Baden, 1981).
- SMOUTS, Marie-Claude, *Les Nouvelles Relations Internationales. Pratiques et Théories* (Paris, 1998).
- TRIEPEL, H., *Les rapports entre le droit interne et le Droit international*, en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* 1 (1923).