

EL INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO COMUNITARIO POR LOS ESTADOS MIEMBROS CUANDO MEDIAN ACTOS DE PARTICULARES: UNA APORTACION AL DEBATE SOBRE LA INTERDEPENDENCIA ENTRE DERECHO COMUNITARIO Y DERECHO INTERNACIONAL

Por CARLOS JIMÉNEZ PIERNAS *

SUMARIO

I. INTRODUCCION: ALGUNOS PARADIGMAS DEL PROCESO DE INTEGRACION.—II. CARACTERES GENERALES DEL RECURSO POR INCUMPLIMIENTO. 1. UN RECURSO DE NATURALEZA INTERNACIONAL. 2. LA NOCIÓN DE INCUMPLIMIENTO. 3. PROBLEMAS ESPECIALES: LOS ACTOS DE PARTICULARES Y GRUPOS DE PARTICULARES.—III. EL INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO COMUNITARIO CUANDO MEDIAN ACTOS DE PARTICULARES. 1. LA NOVEDAD Y DIFICULTAD TÉCNICA DEL TEMA. 2. LOS ELEMENTOS OBJETIVO Y SUBJETIVO DEL INCUMPLIMIENTO. 3. EL ESTÁNDAR DE DEBIDA DILIGENCIA. 4. LA ALEGACIÓN DE CIRCUNSTANCIAS EXONERANTES.—IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN: ALGUNOS PARADIGMAS DEL PROCESO DE INTEGRACIÓN

El proceso de integración europea gira al menos, desde sus orígenes, en torno a tres grandes paradigmas. Desde una perspectiva metodológica, el paradigma de la interdisciplinariedad nos ayuda a entender la organización y regulación del subsistema regional europeo en toda su magnitud y

* Catedrático de Derecho Internacional Público. Cátedra Jean Monnet de la Comisión Europea, Universidad de Alcalá.

complejidad, obligándonos a relacionar y compartir los conocimientos sobre todo de tres grandes áreas del saber científico, la Ciencia Política, el Derecho y la Economía. Desde una perspectiva formal y macrojurídica, el paradigma de la eterna tensión entre el polo intergubernamental, dominado por el postulado jurídico del principio de cooperación, y el polo comunitario o supranacional, sometido a su vez al postulado jurídico del principio de integración, contribuye mucho a explicarnos la naturaleza ambigua e híbrida del Derecho Comunitario, así como las crisis por las que ha pasado y las contradicciones que padece¹. En fin, desde una perspectiva microjurídica, el paradigma de la tensión entre los conceptos de política y derecho informa también decisivamente todo el proceso de integración gracias a la inestable y rica relación, no siempre pacífica, que se ha entablado entre ellos en la práctica comunitaria².

Si nos centramos en el paradigma de la tensión entre lo intergubernamental y lo comunitario, dicho paradigma nos instala inmediatamente

¹ Cfr. J. MARTÍN PÉREZ DE NANCLARES, *El sistema de competencias de la Comunidad Europea. Germen iusinternacionalista versus vocación federal*, Madrid 1997, pp. 14-21.

² Sirva de ejemplo, en el ámbito institucional, la decisión política adoptada en el último Consejo Europeo celebrado en Helsinki (diciembre de 1999) de incluir por fin a Turquía como país candidato a la adhesión. Es sin duda una decisión trascendente, adoptada desde los parámetros propios del concepto de política (oportunidad, voluntad...), pero que debe ser luego administrada jurídicamente para hacerla compatible con el Derecho Comunitario vigente, cuyos estándares Turquía está actualmente muy lejos de cumplir: ver J. SOLANA, *Europa y su futuro*, Madrid 2000 (Ed. Fundación Conferencia Anual Francisco Fernández Ordoñez), pp. 42-50; en relación con el Informe de 18 de octubre de 1999, preparado por un grupo de personalidades europeas (R. WEIZSACKER, J.-L. DEHAENE y D. SIMON) sobre «Las implicaciones institucionales de la ampliación», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 6 (1999), 595-610, p. 597, donde el grupo declara que la ampliación de la Unión «es imperativa».

Otro caso ejemplar, este ya en el ámbito jurisdiccional, lo proporciona la propia jurisprudencia del TJCE sobre la eficacia directa de las normas internacionales que obligan a la Comunidad, que no posee la consistencia jurídica que caracteriza la que concierne al Derecho Comunitario *interno*, a causa de la lectura política que el TJCE ha hecho de ciertos tratados (GATT de 1947 y OMC de 1994) al determinar su aptitud para engendrar derechos subjetivos, descartando *in toto* y de forma invariable la eficacia directa de sus disposiciones; el TJCE ha preservado así el interés general de la Comunidad Europea en sus relaciones con terceros así como el interés de los operadores económicos comunitarios que trafican con Estados (como Estados Unidos y Japón) que también niegan eficacia directa a las disposiciones de esos tratados: ver en este sentido J. DIEZ-HOCHLEITNER, *La posición del Derecho Internacional en el ordenamiento comunitario*, Madrid 1998, pp. 59-72.

en la realidad de las relaciones del Derecho Comunitario con el Derecho Internacional Público (DIP) por una triple razón.

En primer lugar, la sociedad internacional y el DIP, cuya función es ordenar las relaciones en su seno, son sin duda el marco material y formal dentro del que se encuadra el proceso de integración europea y su precipitado formal, el Derecho Comunitario, en tanto que encargado de regular dicho proceso³. Más en concreto, las Comunidades Europeas no han dejado de ser Organizaciones internacionales, el DIP constituye su fundamento y en el Derecho Comunitario operan necesariamente conceptos e instituciones del DIP como no ha dejado de reconocer el Tribunal de Justicia; por ello no puede prescindirse de la perspectiva del DIP en el estudio del Derecho Comunitario ya que limitaría su cabal comprensión y sus potencialidades⁴.

Además, en segundo lugar, el DIP está en el mismo origen del Derecho Comunitario ya que la constitución material de las Comunidades Europeas como «una comunidad de derecho» ha cristalizado en un conjunto de tratados cuya interpretación y aplicación sigue siendo también materia propia del ordenamiento internacional y de los respectivos ordenamientos constitucionales, al menos mientras los Estados soberanos sigan detentando el poder constituyente en la Comunidad⁵; y el DIP es también el marco

³ J. DIEZ-HOCHLEITNER, *op. cit.*, Introducción (pp. XXIII-XXVI). El ejemplo citado *supra*, en nota 2, vale perfectamente para observar cómo el Derecho Comunitario y en concreto el propio TJCE tienen que adaptarse a la realidad material y formal de su entorno, es decir al Derecho Internacional Público vigente, admitiendo *de facto* el juego del principio de reciprocidad respecto de los medios de aplicación de un acuerdo internacional; en su virtud, se acepta que el TJCE, para mantener el equilibrio entre los intereses de la Comunidad y los de las demás partes en un tratado multilateral relevante (como el GATT o el actual de la OMC) y que no ofrece plenas garantías jurisdiccionales acerca de su observancia, venga a condicionar el recurso a una modalidad de aplicación (en este caso, el reconocimiento de eficacia directa de las disposiciones de esos tratados) a que las demás partes realicen la misma opción: *Ibid.*, pp. 67-69.

⁴ J. DIEZ-HOCHLEITNER, «La interdependencia entre el Derecho Internacional y el Derecho de la Unión Europea», en *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz* (1998), 39-88, pp. 67-68; y F. CASTILLO DE LA TORRE, «Derecho Comunitario, Derecho de los Tratados y sanciones económicas (Comentario a la sentencia del TJCE de 16 de junio de 1998, *Racke*, C-162/96)», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 4 (1998), 549-572, pp. 554-559.

⁵ G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, «Consideraciones sobre la formación de un Derecho Europeo», en *GJ*, n.º 200 (Abril/Mayo 1999), 11-25, pp. 12-13; y J. DIEZ-HOCHLEITNER, «La interdependencia...», *loc. cit.*, pp. 62-65 (cita en p. 64): «Por lo de-

normativo inevitable en el que se desenvuelve, y al que se acomoda, la acción exterior de la Comunidad Europea basada sobre todo en la celebración de acuerdos internacionales, en la participación como observador o miembro de otras Organizaciones internacionales y en el ejercicio del derecho de legación activa y pasiva.

Por último y en tercer lugar⁶, el mismo Derecho Comunitario fue concebido en origen como el ordenamiento de tres organizaciones internacionales de integración supranacional de ámbito regional, es decir, como un «nuevo ordenamiento jurídico de derecho internacional»⁷ nacido al servicio del proceso de integración europea. Es cierto que el TJCE ha pretendido subrayar, también desde el principio, la autonomía del Derecho Comunitario, calificándolo con razón como «un ordenamiento jurídico propio integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros»⁸, destacando reiteradamente sus caracteres específicos, a saber, el grado avanzado de centralización en la creación y aplicación de sus normas, el papel que las instituciones comunitarias desempeñan en estas tareas, el efecto directo y la primacía de que gozan las normas comunitarias en los ordenamientos internos de los Estados miembros, y la relevancia que otorgan a los particulares, que son destinatarios de una buena parte de las mismas y pueden reclamar la responsabilidad de un Estado miembro por daños causados como consecuencia de la violación del Derecho Comunitario. Así pues, frente a un ordenamiento como el DIP, que rige esencialmente las relaciones entre Estados y se caracteriza por su naturaleza jurídica descentralizada, que deja a los Estados el control sobre la creación y cambio de sus normas, su aplicación y su sanción, el TJCE ha sintetizado recientemente su posición sobre la naturaleza jurídica del Derecho Comunitario afirmando taxativamente que:

«...los Tratados comunitarios han creado un nuevo ordenamiento jurídico en favor del cual los Estados han limitado, en ámbi-

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

⁶ J. DIEZ-HOCHLEITNER, «La interdependencia...», loc. cit., pp. 44-48 y ss.

⁷ TJCE, s. de 5-2-1963, *Van Gend & Loos*, as. 26/62, *Rec.* p. 3.

⁸ TJCE, s. de 15-7-1964, *Costa c. E.N.E.L.*, as. 6/64, *Rec.* p. 1141.

tos cada vez más amplios, sus derechos de soberanía y cuyos sujetos no son únicamente los Estados miembros, sino también sus nacionales. Los rasgos esenciales del ordenamiento jurídico comunitario así creado son, en particular, su primacía con respecto a los Derechos de los Estados miembros, así como el efecto directo de toda una serie de disposiciones aplicables a sus nacionales y a ellos mismos»⁹.

Ahora bien, caeríamos en la exageración y la falta de rigor a la hora de calibrar el alcance exacto de la originalidad y autonomía del Derecho Comunitario respecto al DIP si destacáramos sólo los elementos que acercan el Derecho Comunitario al Derecho interno, porque el Derecho Comunitario y el DIP son por la misma fuerza de las cosas dos ordenamientos próximos e interdependientes. De hecho, la efectividad del Derecho Comunitario depende en gran medida de la acción normativa, administrativa y judicial de los Estados miembros, visto el grado de dispersión que todavía existe en su aplicación, que aún no se concentra en manos de las instituciones comunitarias y requiere contar con la colaboración de los Estados miembros (aplicación indirecta); por otro lado, ha habido hasta ahora en el proceso de integración una obvia deferencia por las soberanías nacionales y los condicionantes políticos y fácticos han interferido y matizado la actuación de las instituciones comunitarias en la aplicación del Derecho Comunitario; así lo revela el protagonismo que posee el polo intergubernamental en esa aplicación a través del principio del deber de colaboración de los Estados miembros recogido en el artículo 10 TCE¹⁰.

Como es bien sabido, el TCE exige una colaboración leal y activa, pues obliga a los Estados miembros, investidos así con una responsabilidad subsidiaria en la aplicación del Derecho Comunitario, a hacer todo lo posible para asegurar el efecto útil de las normas comunitarias; dicha res-

⁹ TJCE, dictamen de 14-12-1991, *Proyecto de acuerdo sobre la creación del Espacio Económico Europeo*, Rec. p. I-6079, apdo 21.

¹⁰ Ver para este párrafo G. ISAAC, *Manual de Derecho Comunitario General*, 4.^a ed., trad. de G.-L. Ramos Ruano, Barcelona 1997, pp. 229-230.

El art. 10 TCE reza así: «Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del presente Tratado o resultantes de los actos de las instituciones de la Comunidad. Facilitarán a esta última el cumplimiento de su misión.

Los Estados miembros se abstendrán de todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines del presente Tratado.»

ponsabilidad es susceptible de ser sancionada por la práctica del recurso por incumplimiento¹¹. Vamos a analizar, a estos efectos, casos de incumplimiento del Derecho Comunitario que generan problemas especiales que merecen nuestra atención por su valor ejemplar para el paradigma que venimos comentando, relacionados con actuaciones de particulares y grupos de particulares que terminan ocasionando la violación de obligaciones que derivan del Derecho Comunitario por parte de los Estados miembros.

Nuestro objetivo no es tanto probar la obvia permanencia y relevancia de la tensión entre lo intergubernamental y lo comunitario en el proceso de integración europea, o reafirmar que el régimen del incumplimiento del Derecho Comunitario por los Estados miembros es sin duda un campo propicio para detectar el estado general de esas tensiones y para comprobar, guste o no, hasta qué punto el Derecho Comunitario sigue siendo tributario de la naturaleza intergubernamental del DIP. Lo que pretendemos demostrar en este trabajo es que asumir esta constatación y extraer de ella las oportunas consecuencias jurídicas, algo que quizás algunos perciban como un ejercicio arriesgado y ante lo que manifiesta una evidente prevención la jurisprudencia del TJCE, puede no sólo enriquecer las relaciones de interdependencia entre ambos ordenamientos sino resultar funcionalmente muy conveniente para resolver algunas dificultades a las que se enfrenta en ocasiones el TJCE en asuntos de incumplimiento del Derecho Comunitario y que no ha logrado superar en buena técnica jurídica.

En suma, la autonomía del Derecho Comunitario no excluye el juego en él de los principios y normas del DIP como útiles e incluso indispensables herramientas de trabajo, y si bien es muy cierto que el Derecho Comunitario ha contribuido al desarrollo del ordenamiento internacional¹², no lo es menos que los conceptos y las instituciones del DIP pueden rendir buenos servicios y hacer aportaciones apreciables al proceso de integración europea.

Nos serviremos, con este fin, del típico método de análisis de casos, muy adecuado al objeto de nuestra indagación. Abordaremos primero el repaso de ciertos caracteres generales del recurso por incumplimiento que

¹¹ TJCE, s. de 17-2-1970, *Comisión c. Italia*, as. 31/69, *Rec.* p. 34, consid. 12: «cuando la aplicación en cada Estado miembro del reglamento comunitario exige la adaptación de ciertos servicios públicos, el hecho de que las autoridades correspondientes se abstengan de adoptar las medidas necesarias es de tal naturaleza que constituye un incumplimiento con arreglo al artículo 169 CEE [226 TCE]».

¹² J. DIEZ-HOCHLEITNER, «La interdependencia...», loc. cit., pp. 43 y 88.

estimamos de interés para nuestro análisis, evitando naturalmente la exposición de su régimen general, que es de sobra conocido; sólo pretendemos destacar la naturaleza internacional de este recurso y la relevancia que cobra el polo intergubernamental en su régimen jurídico.

II. CARACTERES GENERALES DEL RECURSO POR INCUMPLIMIENTO

1. UN RECURSO DE NATURALEZA INTERNACIONAL

Es sabido que los Tratados confían a las instituciones unas competencias de control para asegurar el respeto de las obligaciones suscritas por los Estados. Dichas competencias culminan en un recurso por incumplimiento ante el TJCE¹³, que tiene el poder de pronunciarse en última instancia para constatar que un Estado miembro ha faltado a alguna de las obligaciones que le incumben en virtud del Derecho Comunitario. Este recurso tiene una indudable naturaleza internacional¹⁴ aunque su régimen jurídico se aleje enseguida del DIP por dos buenas razones, a saber, el procedimiento institucionalizado establecido para asegurar la ejecución de las obligaciones de los Estados, que evita que el control de dicha ejecución quede sólo en manos de la iniciativa de los Estados, confiándolo sustancialmente a una institución independiente, guardiana de los Tratados, que viene a desempeñar *mutatis mutandis* «el papel de ministerio fiscal europeo»¹⁵; y la competencia obligatoria y exclusiva que posee el TJCE para la declaración judicial de los incumplimientos de los Estados miembros, en claro contraste con el carácter voluntario de la jurisdicción internacional, aunque debamos advertir que las sentencias del TJCE han tenido en este recurso un carácter meramente declarativo hasta la introducción en el Tratado de Maastricht (TUE) de un segundo párrafo en el artículo 228 TCE que autoriza al Tribunal, siempre a petición de la Comisión, a imponer una multa coercitiva o una sanción pecuniaria, lo que pudiera representar un esperanzador avance del polo comunitario y de su postula-

¹³ Regulado en los arts. 226 a 228 TCE.

¹⁴ A. MANGAS MARTÍN y D. J. LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 2.ª ed., Madrid 1999, p. 234.

¹⁵ G. ISAAC, *op. cit.*, p. 329.

do jurídico, el principio de integración¹⁶. No obstante, la naturaleza internacional del recurso por incumplimiento reaparece inopinadamente incluso en esta reforma del artículo 228 TCE puesto que parece que el remedio comunitario más natural y decisivo contra un incumplimiento contumaz del ordenamiento comunitario debiera ser la anulación del acto y la reparación de los particulares perjudicados, mucho más que la multa o la sanción pecuniaria que deja subsistir —por ejemplo— un acto ilegal¹⁷.

En cuanto a la legitimación activa para presentar el recurso por incumplimiento, el artículo 227 TCE da pruebas de nuevo del peso que posee

¹⁶ Ver J. DIEZ-HOCHLEITNER, «La respuesta del TUE al incumplimiento de las sentencias del Tribunal de Justicia por los Estados miembros», en *R.I.E.*, vol. 20 (1993), 837-899, pp. 854-871 y ss.; la versión francesa de este artículo, «Le traité de Maastricht et l'inexécution des arrêts de la Cour de justice par les États membres», en *Revue du Marché Unique européen*, n.º 2/1994, 111-159. Y S. MARTÍNEZ LAGE, «Los incumplimientos del Derecho Comunitario se pagan (1) y (2)», en *GJ*, Boletín n.º 133, 1998, pp. 1-3 (1.ª parte), y Boletín n.º 134, 1998, pp. 1-3 (2.ª parte). Ver las Comunicaciones de la Comisión «sobre la aplicación del artículo 171 del Tratado CE» (DOCE, n.º C 242 de 21-8-1996, pp. 6-8) y «Método de cálculo de la multa coercitiva prevista en el artículo 171 del Tratado CE» (DOCE, n.º C 063 de 28-2-1997, pp. 2-4).

Ahora bien, la declaración del incumplimiento mediante una sentencia del TJCE tiene consecuencias para los particulares porque les concede un sólido fundamento, sometido a ciertas condiciones, para reclamar una indemnización al Estado infractor por los daños y perjuicios sufridos a causa de dicha infracción: ver R. ALONSO GARCÍA, *La responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho Comunitario*, Madrid 1997, pp. 71-104. Y B.-F. MACERA, «La responsabilidad estatal por violación del ordenamiento comunitario: últimos pronunciamientos del TJCE», en *Revista de Administración Pública*, núm. 149 (1999), 167-182, pp. 176-182.

¹⁷ G. TESAURO, «Le contrôle juridictionnel dans le système juridique communautaire», en *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, vol. II (1998), 527-576, p. 553: «En réalité, la prévision d'une sanction pécuniaire pour les Etats membres défaillants, à l'occasion d'un arrêt qui, à son tour, les reconnaît comme tels, ne semble pas être une idée très heureuse, en premier lieu parce qu'elle relève clairement d'une inspiration internationaliste et n'est donc en harmonie ni avec le mécanisme de contrôle juridictionnel adopté dans le système communautaire ni, plus particulièrement, avec le cas typique de manquement de l'Etat dont il est question ici. En effet, dans la plupart des cas, le manquement n'est pas intentionnel, mais résulte de conservatismes structurels des systèmes nationaux d'adaptation: le remède naturel est donc l'annulation d'un acte et la réparation éventuelle pour les particuliers. Monnayer le manquement de l'Etat ne semble donc pas être un remède décisif et pourrait même avoir l'effet pervers de... tranquilliser les consciences et de faire subsister l'acte illégal.»

el polo intergubernamental en este recurso otorgando a los Estados miembros la capacidad de presentarlos cuando estimen que otro Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones del Tratado, si bien deberán someter antes el asunto a la Comisión para que ésta emita un dictamen motivado en un plazo máximo de tres meses tras oír en procedimiento contradictorio a los Estados interesados¹⁸.

Tampoco escapa la propia Comisión a la omnipresencia del polo intergubernamental en este recurso, como se aprecia en la discrecionalidad que el artículo 226 TCE le concede para decidir tanto si inicia la fase precontenciosa del recurso como si abre la fase jurisdiccional mediante la presentación —sin sujeción a plazo alguno— de la demanda ante el TJCE, discrecionalidad que ha sido confirmada en términos muy amplios por la jurisprudencia del TJCE¹⁹. Porque «el recurso por incumplimiento tiene un carácter objetivo y sólo la Comisión aprecia la oportunidad de su introducción ante el Tribunal»²⁰.

¹⁸ Como cabía esperar, los Estados miembros casi no han utilizado la posibilidad que les brinda el art. 227 TCE, haciendo recaer sobre la Comisión todo el peso del control del cumplimiento del Derecho Comunitario. Se aprecia así el espíritu intergubernamental con el que los Estados perciben este recurso.

¹⁹ TJCE, s. de 14-2-1989, *Star Fruit Company c. Comisión*, as. 247/87, *Rec.* p. 301. Los esfuerzos doctrinales por someter la actuación de la Comisión al principio de legalidad nos parecen razonables y muy loables (ver J. DIEZ-HOCHLEITNER, «La respuesta del TUE...», loc. cit., pp. 891-896), pero ignoran la práctica de la Comisión y la jurisprudencia del TJCE (ver J. CANDELA CASTILLO y B. MONGIN, «Les infractions au Droit Communautaire commises par les États membres: quelques apports clés de la jurisprudence récente de la Cour de Justice en matière de manquement», en *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, n.º 394, Janvier 1996, 51-58, pp. 52-55, párs. 8-21). Aunque podríamos admitir que la discrecionalidad de la Comisión no es absoluta, sino que versa sobre la elección —según su libre apreciación, desde luego— del medio más apropiado para asegurar la aplicación del Derecho Comunitario, conforme a las obligaciones que derivan para ella del art. 211 TCE: ver A. C. EVANS, «The Enforcement Procedure of Article 169 EEC: Commission Discretion», en *E.L.R.*, n.º 6, 1979, 442-456, pp. 455-456. En suma, ni los Estados miembros ni los particulares pueden forzar a la Comisión a iniciar un procedimiento por infracción o a recurrir al Tribunal de Justicia; de hecho, la negativa expresa de la Comisión a poner en marcha el procedimiento del art. 226 TCE no es susceptible de recurso de anulación: TJCE, s. de 1-3-1966, *Lütticke*, as. 48/65, *Rec.* p. 77.

²⁰ TJCE, s. de 21-3-1991, *Comisión c. Italia*, as. C-209/89, *Rec.* p. I-1591, consid. 6.

2. LA NOCIÓN DE INCUMPLIMIENTO

Si empezamos por el principio, la misma noción de incumplimiento tal y como la concibe la jurisprudencia del TJCE soporta la comparación en todos sus términos con la noción de hecho internacionalmente ilícito del Estado bien establecida en el DIP²¹. En efecto, a semejanza del DIP la

²¹ A pesar de que no hay todavía un convenio que codifique la responsabilidad internacional de los Estados, la Comisión de Derecho Internacional (a partir de ahora, CDI) ya ha logrado aprobar al menos en primera lectura tras cuarenta años de trabajo un proyecto de artículos sobre el tema: ver *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 48º período de sesiones (6 de mayo a 26 de julio de 1996)*, Doc. N.U. Suplemento n.º 10 (A/51/10), pp. 130-134 y ss.

Muchas disposiciones de dicho proyecto, en particular las referidas al concepto y los elementos del hecho internacionalmente ilícito y la atribución de un comportamiento al Estado, declaran el estado actual del Derecho Internacional general en la materia; por ello recurrimos al proyecto y lo citamos en las páginas que siguen. Recordemos que tanto la Corte Internacional de Justicia como el TJCE, siguiéndola, han aplicado en casos que se han sometido a su jurisdicción disposiciones que no habían aún entrado convencionalmente en vigor pero que expresaban el Derecho Internacional consuetudinario vigente en la materia, una vez comprobado el consenso alcanzado sobre las mismas en el seno de la CDI o de la conferencia codificadora correspondiente: ver C. JIMÉNEZ PIERNAS, «La interacción normativa entre costumbre y tratado y entre costumbre y resoluciones de la Asamblea General», en M. Díez DE VELASCO, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 12.ª ed., Madrid 1999, pp. 125-126; la recientísima sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el *Caso relativo al proyecto Gabčíkovo Nagymaros (Hungría/Eslovaquia)*, en I.C.J., *Reports 1997*, pár. 47; y TJCE, s. de 24-11-1993, *Mondiet*, as. C-405/92, *Rec.* pp. 6172-6173.

Aunque la CDI ha designado un nuevo Relator Especial, el profesor James Crawford, y ha iniciado la segunda lectura del proyecto [ver *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 49º período de sesiones (12 de mayo a 18 de julio de 1997)*, Doc. N.U. Suplemento n.º 10 (A/52/10), pp. 135-136], las modificaciones propuestas por el nuevo Relator y admitidas hasta ahora por la CDI no afectan en absoluto al valor jurídico de las disposiciones que citamos en este trabajo, recogidas en la primera parte del citado proyecto. Es cierto que la CDI ha aprobado provisionalmente, por ejemplo, la supresión de los artículos 2, 6 y 11 a 14 de la primera parte del proyecto, pero sólo por razones de claridad y simplificación que no repercuten en el fondo del proyecto: ver *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 50º período de sesiones (20 de abril a 12 de junio y 27 de julio a 14 de agosto de 1998)*, Doc. N.U. Suplemento n.º 10 (A/53/10), párs. 215-218, 344 (recomendación de supresión del art. 2), 373 (recomendación de que se refundan en uno solo los arts. 5 y 6), 379,

jurisprudencia del TJCE ha ofrecido una amplia interpretación de la noción de incumplimiento recogida en el art. 226 TCE, que abarca las obligaciones impuestas por el Derecho Comunitario originario y derivado, por las sentencias del TJCE y las que resultan de los convenios internacionales celebrados por las propias Comunidades²², excluyendo hasta ahora sólo las obligaciones suscritas en un acto de Derecho Comunitario complementario²³.

El incumplimiento puede resultar, como ocurre en el DIP, tanto de un acto jurídico interno en violación del Derecho Comunitario como de una abstención o rechazo a adoptar las medidas jurídicas requeridas, o bien de actos materiales que violen dicho ordenamiento²⁴. Al igual que en el

389, 404, 409-420 (recomendación de supresión de los arts. 11 a 14 por carecer su redacción negativa de contenido y ser innecesarios y propuesta de un nuevo art. 15bis), y 421-430, 442, 445 y 448-451 (aceptación por la CDI de las propuestas del Relator); y *Segundo Informe sobre la responsabilidad de los Estados (Sr. James Crawford, Relator Especial)*, Doc. N.U. A/CN.4/498 (17 de marzo de 1999, español), p. 156; Doc. N.U. A/CN.4/498/Add.1 (1 de abril de 1999, español), párs. 209-212; Doc. N.U. A/CN.4/498/Add.2 (30 de abril de 1999, español), párs. 353-356; y Doc. N.U. A/CN.4/498/Add.3 (1 de abril de 1999, español).

²² En relación con los acuerdos internacionales celebrados por la Comunidad, ver TJCE, s. de 26-10-1982, *Kupferberg*, as. 104/81, *Rec.* p. 3662, a pesar de la mala técnica argumental de que hace gala esta sentencia al establecer gratuitamente una relación directa entre los Estados miembros de la Comunidad y los Estados partes en acuerdos celebrados con ésta. El considerando 13 de la sentencia dice así: «Al garantizar el respeto de los compromisos que derivan de un acuerdo celebrado por las instituciones comunitarias, los Estados miembros cumplen con una obligación no sólo en relación al tercer Estado concernido, sino también, sobre todo, hacia la Comunidad que ha asumido la responsabilidad de la buena ejecución del acuerdo».

²³ Ver en el mismo sentido el art. 3 («*Elementos del hecho internacionalmente ilícito del Estado*») del proyecto de la CDI: «Hay hecho internacionalmente ilícito de un Estado cuando: a) Un comportamiento consistente en una acción u omisión es atribuible según el derecho internacional al Estado; y b) Ese comportamiento constituye una violación de una obligación internacional del Estado». Y el art. 4 («*Calificación de un hecho del Estado de internacionalmente ilícito*») del mismo proyecto: «El hecho del Estado sólo podrá calificarse de internacionalmente ilícito según el derecho internacional. En tal calificación no influirá que el mismo hecho esté calificado de lícito según el derecho interno». Ver Doc. N.U. Suplemento n.º 10 (A/51/10), p. 135, en relación con *Anuario CDI*; 1973-II, pp. 182-192, con los comentarios de la CDI a ambos artículos. Dichos artículos han sido confirmados en segunda lectura por la CDI: ver Doc. N.U. Suplemento n.º 10 (A/53/10), párs. 345-358.

²⁴ Ver en este sentido de nuevo el art. 3 del proyecto de la CDI y los arts. 16, 17, 18-1º, 19-1º, 20 y 21 del mismo proyecto [Doc. N.U. Suplemento n.º 10 (A/51/10),

DIP, el incumplimiento del Estado existe y es recurrible con independencia del órgano en cuyo hecho o abstención se origine la infracción, «incluso si se trata de una institución constitucionalmente independiente»²⁵; por tanto, puede ser la Administración, el Parlamento o los tribunales²⁶. Incluso se han atribuido al Estado los actos de un ente privado al estar fuertemente intervenido por aquél²⁷, lo que puede interpretarse en el sentido de «que la conducta incorrecta de los particulares constituye una infracción atribuible al Estado siempre que aquéllos actúen como una ema-

pp. 139-142], en relación con *Anuario CDI*, 1976-II (2.ª parte), pp. 76-85 y ss., y 1977-II (2.ª parte), pp. 13-31, con los comentarios de la CDI a dichos artículos. El contenido de estos artículos ha sido confirmado en segunda lectura por la CDI si bien con importantes cambios de redacción y sistemática: ver Doc. N.U. A/CN.4/498, párr. 156, nuevos arts. 16, 18 y 20 y notas adjuntas.

Para abreviar, recogemos sólo el tenor literal del art. 16 («*Existencia de una violación de una obligación internacional*»): «Hay violación de una obligación internacional por un Estado cuando un hecho de ese Estado no está en conformidad con lo que de él exige esa obligación». Y del art. 17 («*No pertinencia del origen de la obligación internacional violada*»): «1. Un hecho de un Estado que constituye una violación de una obligación internacional es un hecho internacionalmente ilícito sea cual fuere el origen, consuetudinario, convencional u otro, de esa obligación. 2. El origen de la obligación internacional violada por un Estado no afectará a la responsabilidad internacional a que dé lugar el hecho internacionalmente ilícito de ese Estado».

²⁵ TJCE, s. de 5-5-1970, *Comisión c. Bélgica*, as. 77/69, *Rec.* p. 244.

²⁶ Ver en el mismo sentido los arts. 5 y 6 del proyecto de la CDI [Doc. N.U. Suplemento n.º 10 (A/51/10), pp. 135-136], en relación con *Anuario CDI*, 1973-II, pp. 195-202, con los comentarios de la CDI a dichos artículos. El contenido de ambos artículos ha sido confirmado en segunda lectura por la CDI aunque simplificando y refundiendo sus textos: ver Doc. N.U. Suplemento n.º 10 (A/53/10), párrs. 368-373 y 402-404.

El art. 5 («*Atribución al Estado del comportamiento de sus órganos*») reza así: «Para los fines de los presentes artículos se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado que tenga la condición de tal según el derecho interno de ese Estado, siempre que, en el caso de que se trate, haya actuado en esa calidad.»

El art. 6 («*No pertinencia de la posición del órgano en el marco de la organización del Estado*») dice así: «El comportamiento de un órgano del Estado se considerará un hecho de ese Estado según el derecho internacional, tanto si ese órgano pertenece al poder constituyente, legislativo, ejecutivo, judicial o a otro poder, como si sus funciones tienen un carácter internacional o interno y cualquiera que sea su posición, superior o subordinada, en el marco de la organización del Estado.»

²⁷ TJCE, s. de 24-11-1982, *Comisión c. Irlanda*, as. 249/81, *Rec.* p. 4005, consid. 15.

nación de éste, como consecuencia de un *poder de dirección* cualificado y distinto de la genérica capacidad de influencia del Estado sobre las personas sometidas a su jurisdicción»²⁸.

Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha sido muy restrictiva, en comparación con el DIP²⁹, al considerar las circunstancias exonerantes invocadas por los Estados, rechazando prácticamente todas³⁰. En este aspecto, el Tribunal de Justicia ha actuado como garante del principio de integración y del polo comunitario alejando el peligro de la plena «internacionalización» del recurso por incumplimiento. Así, el Estado demandado no puede invocar como en el DIP la excepción de incumplimiento; tampoco se ha aceptado hasta ahora la alegación de la circunstancia de fuerza mayor, mediante la invocación de circunstancias políticas imprevisibles o dificultades de orden económico y social; en particular, los Estados miembros tampoco pueden alegar «disposiciones o prácticas de su ordenamiento interno, incluso constitucionales»³¹ para justificar el incumplimiento de sus obligaciones comunitarias; tampoco se ha admitido la imprecisión o el posible equívoco de las normas comunitarias para excusar su incumplimiento, salvo que afecte a un «aspecto esencial» de la obligación en cuestión y el Estado miembro no haya descuidado usar los recursos de que dispone para acabar con la presunta incertidumbre.

²⁸ Ver la comunicación de G. GARZÓN CLARIANA, «Hechos de los particulares y responsabilidad del Estado: el artículo 169 del Tratado CEE», en C. JIMÉNEZ PIERNAS (ed.), *La responsabilidad internacional. Aspectos de Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado* (XIII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, 1989), Alicante 1990, 331-338, p. 333.

²⁹ Ver los arts. 29 a 35 («*Circunstancias que excluyen la ilicitud*») del proyecto de la CDI [Doc. N.U. Suplemento n.º 10 (A/51/10), pp. 145-147], en relación con *Anuario CDI*, 1979-II (2.ª parte), pp. 130-163, y 1980-II (2.ª parte), pp. 33-60, con los comentarios de la CDI a todos los artículos. El contenido de estos artículos ha sido confirmado en la segunda lectura, si bien el Relator ha propuesto cambios de redacción y sistemática e importantes adiciones que mejoran en conjunto el Capítulo V de la primera parte del proyecto de la CDI: ver Doc. N.U. A/CN.4/498/Add.2, párs. 353-356 y los arts. que se incluyen.

³⁰ G. ISAAC, *op. cit.*, pp. 331-332.

³¹ TJCE, s. de 26-2-1976, *Comisión c. Italia*, as. 52/75, *Rec.* p. 284. Ver también s. de 14-1-1988, *Comisión c. Bélgica*, as. ac. 227 a 230/85, *Rec.* p. 11, consid. 10: «Por otra parte, es jurisprudencia constante que un Estado miembro no puede ampararse en disposiciones, prácticas o situaciones de su ordenamiento jurídico interno para justificar el incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud del Derecho comunitario.»

3. PROBLEMAS ESPECIALES: LOS ACTOS DE PARTICULARES Y GRUPOS DE PARTICULARES

Interesa subrayar que no son atribuibles a los Estados miembros los incumplimientos de los que sean responsables particulares y grupos de particulares³², si bien la falta de vigilancia y de sanción de esos hechos por parte de los Estados miembros puede constituir un incumplimiento susceptible de un procedimiento de infracción en virtud de lo dispuesto en el ya citado artículo 10 TCE según la interpretación que hace del mismo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia³³. Dicha jurisprudencia reconoce carácter normativo al artículo 10 TCE y deduce de él, entre otras, la obligación para los Estados miembros de controlar el respeto del ordenamiento comunitario dentro de su territorio y sancionar su incumplimiento por parte de los particulares en condiciones similares de fondo y de procedimiento a las que se aplican en casos de infracción del de-

³² A semejanza de lo que ocurre en DIP. Ver art. 11 («*Comportamiento de personas que no actúan por cuenta del Estado*») del proyecto de la CDI aprobado en primera lectura: «1. No se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o de un grupo de personas que no actúe por cuenta del Estado. 2. El párrafo 1 se entenderá sin perjuicio de la atribución al Estado de cualquier otro comportamiento que, hallándose relacionado con el de las personas o grupos de personas a que se refiere dicho párrafo, deba considerarse hecho del Estado en virtud de los artículos 5 a 10.» Y el comentario de la CDI a este artículo en *Anuario CDI*, 1975-II, pp. 76-99.

La supresión de este artículo, propuesta por el último Relator y aceptada por la CDI, y la adición de un nuevo art. 15bis es justificada por el Relator como sigue [Doc. N.U. n.º 10 (A/53/10), párs. 419-420]: «El artículo 11 es el cuarto artículo de redacción negativa innecesario que debe ser suprimido, y el extenso comentario de fondo se debe incorporar al comentario del artículo 15bis. Además, el artículo 11 es problemático porque indica que el comportamiento de las personas no es atribuible al Estado, lo que no siempre es el caso. Es importante indicar claramente el alcance limitado que tiene la atribución del comportamiento de personas a los Estados, pero esto se debe hacer de otra forma.

El artículo 15bis está concebido para casos en que el comportamiento de las personas es luego adoptado o reconocido por el Estado como comportamiento propio, como en los casos 'Lighthouses' o 'Hostages'.»

³³ En el bien entendido que también hay disposiciones de los Tratados y reglamentos comunitarios que atribuyen de una u otra forma la competencia sancionadora a la propia Comisión, y no a los Estados miembros, frente al incumplimiento del Derecho comunitario por los particulares (ver arts. 81-86 TCE).

recho interno y, en cualquier caso, de forma efectiva, proporcionada y disuasiva³⁴.

Así pues, tanto la ausencia como la insuficiencia de sanciones frente a las infracciones del Derecho Comunitario cometidas por particulares podrán ocasionar el incumplimiento del Estado miembro. Para establecer dicho incumplimiento, el Tribunal de Justicia extiende en la sentencia recién citada el estándar interno de diligencia utilizada para la aplicación de las normas nacionales a la aplicación de las normas comunitarias, fijando lo que podríamos denominar el *principio del estándar nacional*. Como veremos *infra*, el Tribunal cambiará de criterio ocho años después en su sentencia de 9-12-1997, estableciendo implícitamente a la vista de las exigencias del caso el *principio del estándar comunitario*, que después comentaremos. Esta corrección no hubiera sido necesaria si el Tribunal de Justicia manifestara menos prevención hacia los conceptos e instituciones del DIP en su jurisprudencia relativa al recurso por incumplimiento³⁵.

³⁴ TJCE, s. de 21-9-1989, *Matz griego*, as. 68/88, *Rec.* p. 2965, consid. 24-25 (las cursivas son nuestras):

«24. ...si bien conservan la elección de las sanciones, los Estados miembros deben procurar, en particular, que las infracciones del Derecho comunitario sean sancionadas en condiciones análogas de fondo y de procedimiento a las aplicables a las infracciones del Derecho nacional cuando tengan una índole y una importancia similares y que, en todo caso, confieran un carácter efectivo, proporcionado y disuasivo a las sanciones.

25. Además, en relación con las infracciones del Derecho comunitario, las autoridades nacionales deben proceder *con la misma diligencia que utilizan* para la aplicación de las respectivas legislaciones nacionales.»

³⁵ La contradicción en el Derecho de extranjería entre los principios del *estándar de civilización* y del *estándar de igualdad de trato* o *trato nacional* arruinó los trabajos de la Conferencia para la Codificación del Derecho Internacional de 1930 [ver L. of N., *Acts of the Conference for the Codification of International Law (1930). Meetings of the Committee. Minutes of the Third Committee*, Doc. C.351(c). M.145(c). 1930. V, vol. IV, pp. 143-152, 175-176 y 185-190. Cfr. G. W. GONG, *The Standard of 'Civilization' in International Society*, Oxford 1984, Cap. 5, pp. 130 y ss.]. En el DIP ha llevado siglo y medio conseguir el consenso sobre un principio de síntesis, el estándar mínimo de trato, gracias a los avances habidos en la protección de los derechos y libertades fundamentales de la persona al margen de su condición de nacional o extranjero. No es, desde luego, un asunto baladí.

El Tribunal de Justicia no fue consciente de las consecuencias que implicaba su ingenua aceptación, *in genere* y sin condiciones, del *principio del estándar nacional* en la diligencia empleada por las autoridades del Estado miembro para la aplicación del Derecho Comunitario, sobre todo por la potenciación del polo intergubernamental que dicho principio representa.

En efecto, el tratamiento jurídico de los incumplimientos en los que median actos de particulares atiende sin duda a una técnica forense que es tributaria del Derecho de la responsabilidad internacional, un sector tradicional y muy consolidado del DIP, cuyo origen bebe en la fuente de las reclamaciones internacionales presentadas por los Estados a causa de presuntas violaciones del Derecho de extranjería³⁶. Reconocer esto es una obviedad. Pero no lo es tanto extraer los efectos oportunos en la argumentación jurídica de los casos de incumplimiento cuando median actos de particulares. Porque a los Abogados Generales y al Tribunal de Justicia les cuesta admitir un discurso forense que proceda del DIP, es decir, un discurso forense «intergubernamental», quizás por un temor infundado a que contamine su discurso netamente integrador en relación con el recurso por incumplimiento, quizás por un prejuicio igualmente infundado acerca de la escasa utilidad en el seno del Derecho Comunitario de los conceptos e instituciones que proceden del DIP. Pero lo cierto es que, en esta materia al menos, muchos conceptos y principios propios del DIP pueden aportar luz al tratamiento de ciertos problemas por parte del Derecho Comunitario a pesar de la prevención de las instituciones comunitarias afectadas (Comisión y Tribunal de Justicia, incluido el Abogado General), poco

³⁶ Ver la aportación precursora de G. GARZÓN CLARIANA, loc. cit., p. 332 («...el alcance del artículo 169 no ha de apreciarse atendiendo sólo a su tenor literal, sino contemplándolo en el contexto del Tratado y sin olvidar las posibilidades abiertas por los principios del Derecho internacional público sobre la responsabilidad del Estado, en la medida en que éstos responden a exigencias sociales profundas y llamadas, por ende, a trascender los límites del Derecho de gentes de corte tradicional.»), y p. 337 («...la clarificación conceptual del Derecho de la responsabilidad internacional, en el marco del Derecho internacional público... puede ser útil para la comprensión del Derecho comunitario, siempre que se atienda a las fuentes de conocimiento y a las singularidades de éste; bajo este aspecto, constituye un ejemplo de una cierta línea de reflexión sobre el Derecho comunitario; una línea que permite —en un proceso de retorno— arrojar una luz complementaria sobre ciertos problemas del Derecho de gentes de corte tradicional, o enriquecerlo con nuevas soluciones»).

En el mismo sentido, ver N. STOFFEL VALLOTTON, *La prohibición de restricciones a la libre circulación de mercancías en la Comunidad Europea*, Madrid 2000, p. 260: «Es cierto que en principio las actuaciones de particulares no tienen por qué engendrar un incumplimiento estatal ni determinar por ende la responsabilidad de un Estado. Pero no cabe duda, para nosotros, que es trasladable la doctrina internacional de la responsabilidad del Estado por omisión del deber de vigilancia a las medidas que aquí nos ocupan.

En efecto, cuando se trata por ejemplo de alteraciones del orden público, la pasividad de las autoridades públicas puede engendrar la responsabilidad del Estado.»

dispuestas a admitir semejante posibilidad. Veámoslo utilizando de hilo conductor la sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de diciembre de 1997 (asunto C-265/95)³⁷ y otras sentencias de interés.

III. EL INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO COMUNITARIO CUANDO MEDIAN ACTOS DE PARTICULARES

1. LA NOVEDAD Y DIFICULTAD TÉCNICA DEL TEMA

El asunto C-265/95 versa sobre un recurso por incumplimiento de la Comisión contra Francia en el que se demanda al Tribunal que declare incumplidas por ese Estado miembro las obligaciones que se derivan de las organizaciones comunes de mercados de productos agrícolas y del artículo 28 (antiguo artículo 30) en relación con el artículo 10 (antiguo artículo 5) TCE³⁸, por no haber adoptado todas las medidas necesarias y proporcionadas con el fin de que determinadas acciones de grupos de particulares franceses no obstaculizaran la libre circulación de ciertos productos agrícolas de otros Estados miembros, sobre todo de España, con destino a Francia o en tránsito por ese Estado.

La Comisión recurre contra Francia tras más de diez años de continuas denuncias por la pasividad de las autoridades francesas frente a los actos cometidos por grupos de particulares contra productos agrícolas—sobre todo frutas y hortalizas— procedentes de otros Estados miembros en tránsito o con destino a Francia, consistentes básicamente en la interceptación de camiones, la destrucción de su carga, las agresiones contra camioneros, las amenazas contra grandes superficies francesas y los asal-

³⁷ TJCE, s. de 9-12-1997, *Comisión c. Francia*, as. C-265/95, *Rec.* p. I-6990. Y Conclusiones del Abogado General Carl Otto Lenz presentadas el 9 de julio de 1997, *Rec.* p. I-6961. Para una exposición general del asunto desde la perspectiva de la protección de la libre circulación de mercancías para el funcionamiento efectivo del mercado interior, ver C. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, «La libre circulación de mercancías: a propósito del asunto C-265/95 Comisión c. República Francesa», en J. M. PELÁEZ MARÓN (dir.), R. CASADO RAIGÓN, M. HINOJO ROJAS (coord.), *Cuestiones actuales de Derecho Comunitario Europeo IV*, Córdoba 1998, 93-108, pp. 101-106.

³⁸ Ver *supra* nota 10 para el art. 10 TCE. El art. 28 TCE reza así: «Quedarán prohibidas entre los Estados miembros las restricciones cuantitativas a la importación, así como todas las medidas de efecto equivalente.»

tos y daños contra esas mercancías expuestas en establecimientos comerciales franceses. De hecho, una primera carta de emplazamiento de la Comisión dirigida a Francia el 8 de mayo de 1985 no tuvo continuación, deteniéndose el procedimiento en la fase precontenciosa, sin que la inacción de la Comisión admitiera réplica jurídica alguna por parte de los Estados miembros o de los particulares porque los actos de la Comisión en el precontencioso no tienen fuerza obligatoria y no son susceptibles de recurso. En definitiva, este procedimiento se suma a las abundantes pruebas del amplio poder discrecional que confiere a la Comisión, bajo el único control político del Parlamento Europeo, la letra y el espíritu del artículo 226 TCE, tal y como lo ha venido confirmando la jurisprudencia del Tribunal de Justicia³⁹.

Evitaremos cualquier explicación y valoración políticas de la discreción y medida con que evidentemente ha actuado la Comisión en este asunto, aunque no podamos evitar recordar algo obvio, la fuerte presencia del polo intergubernamental en el régimen jurídico del recurso por incumplimiento, que se solapa con la naturaleza jurídica ambigua que preside tanto la composición como las funciones de la Comisión como institución comunitaria. Pero preferimos considerar que la actuación de la Comisión pudo basarse en causas estrictamente jurídicas porque, como se ocupó de advertir el Abogado General C. O. Lenz en sus Conclusiones, no había precedentes en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la declaración de incumplimiento de un Estado miembro en relación con la conducta de grupos de particulares; se trataba, pues, de una forma inusual de violación del Derecho Comunitario⁴⁰:

³⁹ El Tribunal ha reiterado que este procedimiento comporta «debido a su naturaleza y a su finalidad, el poder para la Comisión de apreciar los medios y los plazos más apropiados para poner fin a los eventuales incumplimientos»: TJCE, s. de 14-12-1971, *Comisión c. Francia*, as. 7/71, *Rec.* p. 1017.

⁴⁰ As. C-265/95, apdos 5-6 y 44 de las Conclusiones, *Rec.* pp. I-6967-6968. Si bien el Abogado General reconoce que el Tribunal de Justicia tuvo ya oportunidad de pronunciarse sobre un asunto similar, con independencia de que en su sentencia obviara erróneamente un aspecto crucial del recurso prejudicial planteado por la Corte de Casación francesa, en contra de la opinión sostenida en sus Conclusiones por el Abogado General A. La Pergola: TJCE, s. de 11-8-1995, *Edouard Dubois et fils y Général cargo services SA c. Garonor exploitation SA*, As. C-16/94, *Rec.* p. I-2421.

En el caso que nos ocupa, en cambio, las Conclusiones del Abogado General poseen el importante valor añadido de haber sido seguidas sustancialmente tanto en la motivación como en la solución por el Tribunal de Justicia en su s. de 9-12-1997,

«5. Tal como subrayó, con razón, el representante de la Comisión en la vista celebrada ante este Tribunal, el presente asunto versa sobre una forma inusitada de infracción del Tratado. En efecto, al Estado miembro demandado no se le reprocha haber infringido las disposiciones del Derecho comunitario mediante sus propias medidas. Por el contrario, se trata de la cuestión de si un Estado miembro puede incumplir las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado CE por el hecho de no adoptar medidas o adoptar medidas insuficientes contra un comportamiento de particulares que pone en peligro la ejecución de determinadas disposiciones del Tratado. Este Tribunal deberá decidir si puede exigirse la responsabilidad de un Estado miembro cuando sus nacionales obstaculizan con métodos violentos la importación de mercancías procedentes de otros Estados miembros. En caso de que proceda responder afirmativamente a esta cuestión, habrá de dilucidarse la cuestión de si en el presente caso se produjo semejante incumplimiento.

6. Por tanto, se trata de una situación sobre la cual, tal como se presenta en el presente caso, no me consta que el Tribunal se haya pronunciado hasta ahora.»

No obstante, la Comisión ha recibido desde hace mucho tiempo denuncias sobre obstáculos a la libre circulación de mercancías causados por particulares, como es el caso de ciertas acciones sindicales (piquetes de huelga en los muelles) o de las huelgas de camioneros que han bloqueado los pasos fronterizos entre los Estados miembros en varias ocasiones impidiendo durante días la circulación de mercancías. Pero ha reaccionado siempre con mucha prudencia a la hora de calificar estos hechos, entre otras razones para no interferir en el ejercicio del derecho de huelga. Al final, la Comisión se ha inclinado paulatinamente por considerar como una medida de efecto equivalente (artículo 28 TCE) la omisión de las medidas apropiadas para vigilar y corregir las acciones de particulares contra la libre circulación de mercancías⁴¹.

convirtiéndose por ello en un elemento de ayuda para apreciar el significado y alcance de dicha sentencia: cfr. D. RUIZ-JARABO COLOMER y M. LÓPEZ ESCUDERO, «L'institution de l'avocat général à la Cour de justice des Communautés européennes», en *Mélanges en hommage à Fernand Schockweiler*, Baden-Baden 1999, 523-550, pp. 535-538.

⁴¹ N. STOFFEL VALLOTTON, *op. cit.*, p. 261.

En todo caso, es cierto que la parte demandante, es decir la Comisión, junto a España y el Reino Unido que intervinieron y apoyaron como partes coadyuvantes a la Comisión, nunca alegó en este asunto que las autoridades francesas hubieran tomado alguna medida que pudiera calificarse como una restricción cuantitativa a la importación o una medida de efecto equivalente, prohibidas por el artículo 28 TCE. De ahí la novedad y la dificultad técnica del asunto, que quizás podría explicar porqué la Comisión no se decidió a abrir un nuevo procedimiento contra Francia hasta que constató un cambio cualitativo en las actuaciones de particulares franceses contra la libre circulación de mercancías, ya que en 1993 pasaron de tener un carácter impulsivo y puntual a alcanzar carácter sistemático mediante la imposición de controles sobre la oferta de productos agrícolas y los precios mínimos de venta al público, la verificación organizada de la estricta aplicación de sus consignas por parte de los operadores económicos, y la orquestación de una campaña de amenazas mafiosas a dichos operadores, sin que por ello disminuyeran las acciones habituales de interceptación de camiones y destrucción tanto de las mercancías como de los medios de transporte⁴².

La Comisión aguardó un año para remitir a Francia la carta de emplazamiento, con fecha 19 de julio de 1994, requiriendo a sus autoridades para que en un plazo de dos meses le presentaran sus observaciones sobre un presunto incumplimiento al no adoptar todas las medidas necesarias y proporcionadas a fin de cumplir con las obligaciones derivadas del artículo 28 en relación con el artículo 10 TCE, cuya violación estaba produciendo dificultades en la libre circulación de mercancías dentro de la Comunidad. Tras diversas gestiones y el consabido cruce de correspondencia, la Comisión emitió casi un año más tarde, el 5 de mayo de 1995, un dictamen motivado conminando a Francia para conformar su conducta a lo dispuesto en dicho dictamen en el plazo de un mes. Sin ningún resultado, porque en el mes de junio de 1995, después de nuevos incidentes,

⁴² Ver el extenso y detallado apdo. 2 de las Conclusiones (As. C-265/95), *Rec.* pp. I-6961-6967. Merece atención, en este sentido, la carta de 8 de julio de 1993 dirigida al Representante Permanente de Francia, en la que los servicios competentes de la Comisión observaban el carácter organizado y planificado de las acciones de un grupo violento denominado «Coordinación Rural» con vistas a conseguir el objetivo final de bloquear los intercambios de ciertos productos agrícolas procedentes de otros Estados miembros, ante la negativa al parecer de los productores españoles a «repartirse el mercado» con los productores franceses afectados por sus importaciones.

el Ministro galo de Agricultura aseguró que no usaría la fuerza pública para remediarlos. Así las cosas, la Comisión optó por presentar ante el Tribunal de Justicia, el 4 de agosto de 1995, un recurso por incumplimiento contra Francia⁴³.

2. LOS ELEMENTOS OBJETIVO Y SUBJETIVO DEL INCUMPLIMIENTO

Si nos adentramos en el análisis del fondo del asunto, toda la argumentación de la Comisión —de forma implícita— y del Abogado General —explícitamente— se circunscribe y descansa en la relación de los artículos 28 y 10 TCE, es decir, en la obligación específica de la supresión de obstáculos a los intercambios y en la obligación general de adoptar todas las medidas idóneas para garantizar la aplicación de las obligaciones que resultan del Tratado, en este caso concreto actuando adecuadamente contra particulares que pongan en peligro la libre circulación de mercancías⁴⁴. Ahora bien, en tanto que es obvia en este caso la presencia y la prueba del elemento objetivo del incumplimiento, porque los hechos constituyen una flagrante violación continuada de la libre circulación de mercancías, el elemento subjetivo del incumplimiento, es decir la atribución de esos hechos a órganos del Estado francés, sí plantea dificultades por la sencilla razón de que se trata de actos de particulares que no actuaban por cuenta del Estado francés y que no pueden de ninguna manera atribuirse a éste. Llegados a este punto, el Abogado General, seguido implícitamente por el Tribunal de Justicia, se niega a admitir que ciertos conceptos ju-

⁴³ En este caso se atendieron sin duda, por parte de la Comisión, dos de las garantías que el Tribunal de Justicia, en aplicación del principio de procedimiento contradictorio, viene exigiendo en su jurisprudencia para respetar el derecho de defensa, a saber, los plazos impuestos a los Estados miembros deben ser razonables, y tanto el dictamen motivado como el recurso deben estar coherente y detalladamente motivados (J. CANDELA CASTILLO y B. MONGIN, loc. cit., pp. 56-58, párs. 35-40 y 42-44). Así lo corroboró el Tribunal de Justicia en su sentencia.

⁴⁴ As. C-265/95, apdos 42-43 de las Conclusiones, *Rec.* pp. I-6978-6979. C. O. Lenz sigue aquí la argumentación sostenida en su día por su colega A. La Pergola, basada en salvar el efecto útil de ciertas disposiciones materiales relacionándolas con las obligaciones generales del art. 10 TCE: ver *supra* nota 40; As. C-16/94, apdos 12-14 de las Conclusiones, *Rec.* 1995 pp. I-2430-2431. Por cierto que con más fortuna, ya que el Tribunal de Justicia atenderá por fin esos argumentos en su s. de 9-12-1997, como enseguida veremos.

Cfr. los arts. 3 y 11 del proyecto de la CDI citados *supra* en notas 23 y 32.

rídicos procedentes del DIP puedan rendir algún servicio al Derecho Comunitario a la hora de resolver el problema de cómo relacionar en derecho las acciones de los particulares (por las que no puede responder *a priori* el Estado francés) y el propio comportamiento de órganos del Estado francés, para poder concluir estableciendo el incumplimiento de las obligaciones que le incumben conforme al Derecho Comunitario. En palabras del Abogado General⁴⁵:

«36. ...procede ahora dilucidar la cuestión central del presente procedimiento, a saber, si puede exigirse la responsabilidad de la República Francesa por los mencionados excesos.

37. En la vista celebrada ante el Tribunal, el representante del Gobierno francés sostuvo que, en este contexto, se aplica el principio según el cual un Estado miembro no es responsable del comportamiento de personas concretas. Según alegó, dicho principio se aplica tanto en el Derecho comunitario como en el Derecho internacional. No obstante, también según el Gobierno francés, existe una excepción a dicho principio. Cuando un Estado miembro incumple el 'deber de vigilancia y diligencia' que le incumbe, pueden exigírsele responsabilidades por el comportamiento de los particulares sometidos a su jurisdicción soberana.

38. En efecto, por lo que parece, en el Derecho internacional sólo puede exigirse responsabilidad a un Estado cuando dicho Estado haya omitido, por lo que respecta al comportamiento de particulares, 'el celo o diligencia debida en función de las circunstancias (due diligence)'.⁴⁵

39. *Ahora bien, a mi entender, no es preciso profundizar aquí en mayor medida en esta cuestión, ya que el Derecho comunitario ofrece, en el ya citado artículo 5 [ahora, 10], una norma de la que se desprende que este problema está sometido a un régimen particular en el ámbito de la Comunidad.»*

En otro pasaje de sus Conclusiones, el Abogado General resume el núcleo del recurso de la Comisión recurriendo a la determinación y prueba de los elementos objetivo y subjetivo del presunto incumplimiento por

⁴⁵ As. C-265/95, apdos 36-39 de las Conclusiones, Rec. p. I-6977. Las cursivas son nuestras.

parte de Francia, aunque incurra en un grave error de argumentación a causa de su perjuicio a valerse del DIP en este caso, ya que admite la posible atribución de los hechos de los particulares al Estado francés a pesar de que en buena técnica jurídica jamás podrán atribuirse a un Estado los actos realizados por particulares —que no actúen por cuenta del Estado— dentro de su territorio⁴⁶:

«A efectos de la apreciación del recurso interpuesto por la Comisión, esto significa que procede examinar si se cumplen dos requisitos: en primer lugar, debe analizarse si concurren unos hechos que —de ser imputables a la parte demandada— constituyan una violación de la libre circulación de mercancías. A continuación, procede examinar si dichos hechos pueden imputarse a la República Francesa y cabe exigirle a ésta responsabilidad por los mismos. Deberá responderse afirmativamente a esta cuestión en la medida en que la parte demandada no haya adoptado ‘todas las medidas generales o particulares’ necesarias para proteger la libre circulación de mercancías.

13. En el presente caso, no puede haber ninguna duda de que, si pudiera imputarse a la República Francesa, el comportamiento de particulares de que se trata constituiría una violación de la libre circulación de mercancías.»

Como ya hemos recordado, a pesar de la posición del Abogado General, es una regla bien establecida del DI general que la conducta de personas particulares no puede desencadenar por sí misma o indirectamente la responsabilidad internacional del Estado aunque dicha conducta sea contraria a una obligación internacional del Estado territorial. El Estado territorial sólo deberá responder internacionalmente cuando, con ocasión y en relación con una conducta de particulares que perjudique los derechos de otro Estado o cause daños a las personas o bienes de extranjeros, el Estado territorial haya omitido su deber de prevenir *ex ante facto* o reprimir *ex post facto* ese comportamiento, o bien haya observado alguna complacencia o complicidad con dicho comportamiento; en la inteligencia de que el Estado territorial incumple una obligación internacional que

⁴⁶ As. C-265/95, apdos 12-13 (cita) y 35 de las Conclusiones, *Rec.* pp. I-6969 y 6977.

pesa directamente sobre él e incurre, por tanto, en responsabilidad por un hecho propio, no en una responsabilidad vicaria o indirecta⁴⁷.

Pues bien, el Tribunal de Justicia va a seguir en general la argumentación de la Comisión y del Abogado General, y se limita a exponer la idoneidad de la relación entre los artículos 28 y 10 TCE como normas primarias⁴⁸ aplicables al caso, concluyendo que el artículo 28 no prohíbe sólo

⁴⁷ La práctica y la jurisprudencia internacional son muy contundentes a este respecto: ver *Anuario CDI*, 1975-II, pp. 76-89.

Pero el Tribunal de Justicia ha llegado a sostener justamente lo contrario en su s. de 11-8-1995 (As. C-16/94, consid. 20-21, *Rec.* p. I-2438; las cursivas son nuestras): «A este respecto, es indiferente la naturaleza del acto por el que se impone a un operador económico una parte de los gastos de funcionamiento de los servicios aduaneros. Tanto si la carga pecuniaria grava al operador en virtud de un acto unilateral de la autoridad como si lo hace de modo indirecto por medio de una serie de acuerdos privados, como sucede en el procedimiento principal, *dicha carga deriva siempre, de forma directa o indirecta, del incumplimiento por el Estado miembro de las obligaciones financieras que le incumben en virtud de los artículos 9 y 12 del Tratado.*»

A la vista de las consideraciones que preceden, se debe responder a la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional de remisión que los artículos 9 y 12 del Tratado CE se aplican a unos 'derechos de tránsito' destinados a compensar el pago, por una empresa privada, de los gastos originados por el cumplimiento de la función de servicio público de los servicios de Aduanas y de los servicios veterinarios, *aunque no hayan sido impuestos por el Estado sino que deriven de un acuerdo entre esta empresa privada y sus clientes.*»

En contra incluso de la posición defendida por el Abogado General, sin duda mucho más atinada (ver apdo 14 de las Conclusiones, *Rec.* p. I-2431; las cursivas son nuestras): «Unos 'derechos de tránsito' que no han sido creados por el Estado o en todo caso por un organismo dependiente del Estado, sino que resultan de un convenio entre particulares, no constituyen exacciones de efecto equivalente a derechos de aduana con arreglo a lo previsto en los artículos 9, 12, 13 y 16 del Tratado CE. No obstante, los gastos de funcionamiento de los servicios aduaneros y veterinarios, en la medida en que constituyen un servicio público prestado en interés general, deben ser sufragados íntegramente por el Estado y, por consiguiente, no pueden dejarse a cargo de los operadores económicos.» Sin embargo, en este caso «*el comportamiento del Estado conduce de cualquier forma a que los particulares tengan que hacerse cargo de tales gastos, aunque sea mediante una prestación pecuniaria prevista en un convenio privado, en relación con el transporte de mercancías que crucen las fronteras de un Estado*», lo que es contrario a diversas disposiciones del Tratado.

⁴⁸ Son normas primarias todas aquellas que imponen obligaciones, cualquiera que sea su contenido, naturaleza y alcance jurídico, cuya violación puede ser causa de responsabilidad: ver *Anuario CDI*, 1976-II (2.^a parte), p. 69, párr. 68; y 1980-II (2.^a parte), p. 26, párrs. 23-24.

las medidas de origen estatal sino también la inacción o la acción insuficiente del Estado frente a conductas que no sean de origen estatal (en este caso, la actuación violenta y prolongada de particulares en su territorio contra productos originarios de otros Estados miembros), porque causan o pueden causar el mismo resultado, a saber, obstaculizar o impedir la libre circulación de mercancías; el Tribunal salva así el efecto útil del artículo 28, moviéndose estrictamente en el ámbito del Derecho Comunitario originario, al relacionarlo con el artículo 10 TCE, que obliga a adoptar a los Estados miembros todas las medidas necesarias y adecuadas para garantizar en su territorio el respeto de esa libertad fundamental⁴⁹. De la sentencia se deducen, al menos, dos condiciones que deben darse para declarar en estos supuestos el incumplimiento de un Estado miembro: las actuaciones frecuentes y graves de los particulares, y la comprobada insuficiencia de las medidas preventivas y represivas adoptadas por el Estado, traducida tanto en la reiterada abstención y pasividad de sus autoridades frente a esas actuaciones como en la falta de persecución penal de los presuntos culpables⁵⁰. Pero el grado que alcancen los actos de los particulares y de las autoridades así como las circunstancias que los rodean pueden variar sensiblemente de uno a otro caso; por tanto, el Tribunal de Justicia parece interpretar el artículo 10 TCE en un sentido que justifica la atribución cuasi automática al Estado de actos de particulares, lo que no es compatible con el tenor literal del artículo ni con su propia jurisprudencia⁵¹. Ello se debe a la ausencia en su argumentación de un concepto, el *estándar de debida diligencia*, bien establecido en el DIP y que desempeña un papel relevante en el Derecho de la responsabilidad internacional.

3. EL ESTÁNDAR DE DEBIDA DILIGENCIA

La argumentación muy formal y teórica del Tribunal de Justicia solventa la determinación del elemento objetivo del incumplimiento (la violación de las normas comunitarias citadas), pero no resuelve el problema de cómo atribuirle en rigor esa conducta a las autoridades francesas, ya que para ello es imprescindible no sólo *relacionar* los artículos 28 y 10

⁴⁹ As. C-265/95, consid. 30-32 de la s. de 9-12-1997, *Rec.* pp. I-6998-6999.

⁵⁰ As. C-265/95, consid. 18, 38, y 48-53 de la s. de 9-12-1997, *Rec.* pp. I-6996, 7000 y 7002-7003.

⁵¹ Riesgo sobre el que ya advirtió en su día G. GARZÓN CLARIANA, loc. cit., p. 337.

TCE sino también *relacionar* la conducta de los particulares y la reacción (las medidas concretas y/o la ausencia de medidas) que frente a ella hayan adoptado las autoridades francesas, para concluir probando —si fuera posible— que Francia *no actuó con la debida diligencia* en el cumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 28 y 10 TCE. Porque es *el estándar de debida diligencia* la clave de bóveda sobre la que se construye el nexo o relación entre el comportamiento de los particulares y la conducta de los órganos del Estado francés. De hecho, Francia sostuvo que el recurso de la Comisión era infundado basando su defensa en esa noción, interpretada conforme al *principio del estándar nacional*⁵²:

«[Francia] puso en práctica, *en condiciones análogas a las aplicables a las infracciones comparables del Derecho nacional*, todos los medios necesarios y adecuados para prevenir y reprimir las acciones de particulares contrarias a la libre circulación de productos agrícolas.»

El Tribunal, enfrentado a este argumento, reconoce la competencia exclusiva de los Estados miembros en el mantenimiento del orden público y de la seguridad interior, y deja a su discreción la elección de los medios más idóneos para eliminar los obstáculos a la libre circulación de mercancías, pero se atribuye la comprobación decisiva acerca de si el Estado miembro ha actuado adecuadamente, sobreentendiendo que no admite en absoluto el *principio del estándar nacional*, o lo que es igual, que el estándar lo establece él mismo (*principio del estándar comunitario*); eso sí, sin hacer la más mínima referencia a la noción de debida diligencia, lo que convierte *de facto* la obligación del artículo 10 TCE casi en una obligación absoluta de resultado; pero esta deducción se compadece mal con la práctica de la Comisión, es decir, con los diez años que esperó la Comisión antes de iniciar el procedimiento de infracción contra Francia y con la prudencia con que administra las denuncias de actos de particulares contra la libre circulación de mercancías⁵³:

⁵² As. C-265/95, consid. 21 de la s. de 9-12-1997, *Rec.* p. I-6997. Las cursivas son nuestras. El propio Tribunal de Justicia dio pie a estos argumentos en su s. de 21-9-1989 (*Maiz griego*) al defender el *principio del estándar nacional* en la diligencia empleada para combatir las infracciones del Derecho Comunitario (ver *supra* nota 34).

⁵³ As. C-265/95, consid. 33-35 (cita consid. 35) de la s. de 9-12-1997, *Rec.* p. I-6999. Cfr. G. GARZÓN CLARIANA, loc. cit., p. 334.

«...incumbe al Tribunal... comprobar, en los casos que le sean sometidos, si el Estado miembro de que se trate ha adoptado medidas adecuadas para garantizar la libre circulación de mercancías.»

En el caso que nos ocupa, averiguar si Francia adoptó las «medidas adecuadas» impone necesariamente relacionar esas hipotéticas medidas con la conducta de los particulares que las provocan a fin de calibrar su idoneidad y efectividad. Porque es obvio, en principio, que una restricción cuantitativa impuesta por un Estado miembro se retira igual que se establece, pero tratándose de actos de particulares el comportamiento del Estado miembro debe juzgarse atendiendo siempre a la presencia de ese dato, que servirá al Tribunal para juzgar cómo ha modulado el Estado su reacción frente a los hechos protagonizados por los particulares. En este asunto, la duración (más de diez años de incidentes) así como el carácter sistemático y la gravedad alcanzada por los atentados contra la libre circulación de mercancías, relacionados con la ausencia de fuerzas policiales o la no intervención de las mismas en muchos casos, prueban manifiestamente ya la inacción del Gobierno francés ya la insuficiencia de las medidas adoptadas para garantizar la libertad de los intercambios intracomunitarios de productos agrícolas puesto que no se impidieron los ataques y tampoco se sancionó a sus autores ni se disuadió a los mismos de que siguieran perpetrándolos.

En definitiva, con independencia de que el Derecho Comunitario someta este asunto a un régimen particular en virtud del artículo 10 TCE tal y como ha sido desarrollado por la jurisprudencia del Tribunal, lo cierto es que en buena lógica jurídica *un Estado miembro sólo responderá, en relación con la conducta de particulares, si falta a la obligación que le incumbe de actuar con la diligencia debida o requerida según las circunstancias para vigilar, prevenir o sancionar dicha conducta*. Es imprescindible introducir en el discurso esta noción para hacerlo coherente.

No ha resuelto tampoco este problema la adopción a propuesta de la Comisión, en virtud del artículo 308 TCE, de un Reglamento del Consejo nº 2679/98, de 7 de diciembre de 1998, «sobre el funcionamiento del mercado interior en relación con la libre circulación de mercancías entre los Estados miembros», y de una Resolución del Consejo y de los Representantes de los Gobiernos de los Estado miembros reunidos en el seno del Consejo, de la misma fecha⁵⁴, con el fin de garantizar la libre circu-

⁵⁴ Ver DOCE L 337, de 12-12-1998, pp. 8 y 10 respectivamente. La Resolución del Consejo invita al TJCE a acelerar el examen de los casos comprendidos en el citado Reglamento mediante incluso la reforma de su Reglamento interno.

lación de mercancías contra los atentados a este principio que puedan perturbar gravemente el buen funcionamiento del mercado interior y ocasionar daños muy graves a los particulares perjudicados. Si atendemos al elemento subjetivo del incumplimiento, el artículo 1 del Reglamento establece que puede constituir un incumplimiento tanto una acción como una omisión atribuible al Estado miembro, y que la omisión abarcará los casos de obstáculos ocasionados por acciones realizadas por particulares frente a los que las autoridades se abstengan de aplicar todas las medidas necesarias y proporcionadas para eliminarlos y garantizar así la libre circulación de mercancías⁵⁵. Pero es obvio que atribuir tal omisión a un Estado miembro requerirá siempre un juicio casuístico de la idoneidad de su reacción concreta frente a los actos de los particulares que perturben la libre circulación de mercancías y las circunstancias que los acompañen. Lo mismo cabe decir del deber de información a la Comisión y a los demás Estados miembros establecido por el artículo 3 del Reglamento, que recae sobre el Estado miembro en el que haya riesgo o exista un obstáculo grave a la libre circulación de mercancías, que deberá suministrar información sobre la naturaleza del obstáculo y las medidas que adopte o se proponga adoptar.

La obligación *in genere* de prevenir y sancionar con la debida diligencia los actos de particulares contrarios al ordenamiento comunitario, establecida a partir de las obligaciones generales del artículo 10 TCE, es un concepto jurídico indeterminado que contiene una doble exigencia de conducta, una exigencia jurídica por la que el ordenamiento interno cumple satisfactoriamente las exigencias derivadas del Derecho Comunitario, y una exigencia material por la que las autoridades nacionales aplican el ordenamiento interno y el comunitario empleando los medios necesarios y adecuados para ello. En el DIP es habitual que la quiebra del deber de diligencia cuando median actos de particulares afecte no tanto al estándar jurídico sino al estándar material; en otras palabras, es más frecuente que el Estado falte materialmente a su deber de diligencia.

Es cierto, y aquí seguimos al Abogado General⁵⁶, que la debida dili-

⁵⁵ Cfr. N. STOFFEL VALLOTTON, *op. cit.*, pp. 81-82.

⁵⁶ As. C-265/95, apdos 45 (cita) y 46 de las Conclusiones, *Rec. p.* I-6980: «...tampoco en el ámbito de que se trata en el presente asunto puede exigirse que un Estado miembro garantice un determinado resultado ('obligation de résultat'), en este caso la libre circulación de mercancías. Ahora bien, tal como señaló el representante de la Comisión en la vista celebrada ante este Tribunal, debe exigirse al menos que dé los pasos necesarios para la realización de dicho objetivo. En otras palabras,

gencia no garantiza un resultado determinado, no es una obligación de resultado sino de comportamiento, que exige adoptar todas las medidas necesarias y adecuadas para alcanzar cierto objetivo aunque sin garantizar nunca el resultado⁵⁷. En este caso, se trataría de prevenir en lo posible, *ex ante facto*, y sancionar *ex post facto* los actos de particulares franceses contra la libre circulación de mercancías. En este sentido, si bien el Gobierno francés posee un poder de apreciación en materia de orden público y así lo reconoce el Tribunal de Justicia, dato que introduce en el discurso el polo intergubernamental, no es menos cierto que el Tribunal es competente para verificar si un Estado miembro ha cumplido con el estándar de debida diligencia en su obligación concreta de prevenir y reprimir los actos de particulares contra la libre circulación de mercancías. Lo que reintroduce de nuevo en el discurso el polo supranacional (*principio del estándar comunitario*) por la vía inapelable de la jurisdicción obligatoria del Tribunal.

En efecto, aunque los Estados miembros posean ese poder de apreciación acerca de cómo reaccionar en la defensa de su orden público, lo que llevó a Francia a alegar que había empleado en el caso todos los medios posibles en condiciones análogas a las aplicables a violaciones de su Derecho interno de una naturaleza o importancia similar⁵⁸, en un intento por reintroducir en el discurso el polo intergubernamental, el Tribunal de Justicia zanjó la cuestión razonando implícitamente que el estándar material de la debida diligencia no es nacional sino comunitario y debe definirse en el conjunto de los Estados miembros por el propio Tratado con la ayuda

debe exigirse que el Estado miembro interesado adopte 'todas las medidas generales y particulares apropiadas' para alcanzar dicho resultado ('obligation de moyens').» En esta argumentación subyace el recurso al estándar de la debida diligencia, pero el Abogado General se cuida mucho de hacerla explícita.

⁵⁷ Ver para las obligaciones de comportamiento y de resultado los arts. 20, 21 y 23 del proyecto de la CDI [Doc. N.U. Suplemento n.º 10 (A/51/10), pp. 141-142, en relación con *Anuario CDI*, 1977-II (2.ª parte), pp. 13-31, que contiene los comentarios a ambos artículos, y los cambios propuestos para estos artículos por el nuevo Relator, que no obstante mantiene esta distinción (Doc. N.U. A/CN.4/498, pp. 24-42, párs. 52-92, y pp. 71-72). El nuevo art. 20 propuesto («*Obligaciones de comportamiento y obligaciones de resultado*») reza así: «1. Un Estado incumple una obligación internacional en virtud de la cual debe observar un determinado comportamiento cuando no lo observa. 2. Un Estado incumple una obligación internacional en virtud de la cual debe lograr o impedir, por el medio que elija, un resultado determinado cuando, por el medio que elige, no lo logra o impide.»

⁵⁸ As. C-265/95, apdo 67 de las Conclusiones, *Rec.* p. 1-6986.

del Tribunal de Justicia. No caben, pues, particularismos nacionales que rompan el discurso integrador del Tribunal de Justicia en el recurso por incumplimiento; la noción de debida diligencia no supone ningún riesgo o peligro de introducción subrepticia de una especie de estándar de trato nacional susceptible de aplicar a la prevención y sanción de actos de particulares contra el Derecho Comunitario. Tanto el Abogado General como el Tribunal de Justicia defienden en el caso —aunque no expresamente— un estándar comunitario, y entienden que Francia no logró probar haberse atendido a ese estándar comunitario en la salvaguarda de la libre circulación de mercancías, previniendo y/o reprimiendo adecuadamente las actuaciones de particulares franceses contra esa libertad⁵⁹:

«56. Incumbe al Estado miembro de que se trate, a no ser que se demuestre que una acción por su parte produciría unas consecuencias sobre el orden público a las que no podría hacer frente con los medios de que dispone, adoptar todas las medidas adecuadas para garantizar el alcance y la eficacia del Derecho comunitario con el fin de garantizar la aplicación correcta de este Derecho en interés de todos los operadores económicos...

65. ...procede llegar a la conclusión de que, en el presente asunto, el Gobierno francés se abstuvo, de manera manifiesta y persistente, de adoptar medidas suficientes y adecuadas para poner fin a los actos de vandalismo que ponen en peligro en su territorio la libre circulación de determinados productos agrícolas originarios de otros Estados miembros e impedir que vuelvan a producirse tales actos.»

4. LA ALEGACIÓN DE CIRCUNSTANCIAS EXONERANTES

Es curioso observar en este caso la franca deriva hacia el polo intergubernamental de la línea de defensa de la conducta de los órganos del Estado francés, que sin duda contribuye a explicar la prevención que levanta en el Tribunal de Justicia el recurso por las partes a conceptos y categorías del DIP y su escasa disposición a admitir su aplicación en el Derecho Comunitario.

⁵⁹ As. C-265/95, consid. 56 y 65 de la s. de 9-12-1997, *Rec.* p. I-7003 y 7005.

Así, en la vista oral el Representante del Gobierno francés llegó a alegar incluso, como argumento de ambiente o atmósfera⁶⁰, las prácticas comerciales provocadoras, desleales y de *dumping* de los productores españoles que habían desestabilizado el mercado francés, incidiendo en esta conducta arriesgada e incorrecta de los productores españoles para explicar los actos de los agricultores franceses, aunque no llegara a justificar los ataques y el vandalismo de los mismos. No se pretendía, por tanto, excluir o limitar el incumplimiento de las autoridades francesas, pero sí influir en el ánimo del Tribunal de Justicia llevándole al convencimiento de que los operadores españoles no actuaban de buena fe⁶¹.

La respuesta del Abogado General ante estos argumentos es muy severa; recuerda al Gobierno francés que el éxito de los productos españoles se debe a factores estructurales y climáticos; por tanto, no puede acusarse de prácticas desleales (*dumping*) al operador económico que, gracias a determinadas circunstancias, está en condiciones de producir más barato y eficazmente que sus competidores y ofertar sus productos antes y a un precio más favorable⁶². El Tribunal de Justicia asume, sin citarlo expresamente, este criterio, por lo que la sentencia no deja lugar a dudas acerca de la defensa por parte del Tribunal del sistema de economía de mercado que impera en la Comunidad.

El Representante del Gobierno francés alegó también como argumento de defensa la presunta escasa cuantía de los daños materiales ocasionados así como la pronta indemnización a las víctimas de dichos daños por cuenta del Estado francés⁶³. Pero tanto el Abogado General como el Tribunal ra-

⁶⁰ Ver para el papel de este argumento en el DIP, J. A. PASTOR RIDRUEJO, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 7.^a ed., Madrid 1999, p. 250. Y el pár. 2.º del art. 42 («Reparación») del proyecto de la CDI, y su comentario, en Doc. N.U. Suplemento n.º 10 (A/51/10), p. 151, en relación con *Anuario CDI*, 1993-II (2.ª parte), pp. 64-65, apdo. 7. Dicho párrafo reza así: «2. En la determinación de la reparación se tendrá en cuenta la negligencia o la acción u omisión dolosa: a) del Estado lesionado; o b) Del nacional de ese Estado, en nombre del cual se interponga la demanda, que haya contribuido al daño.»

⁶¹ As. C-265/95, apdos 22-23 de las Conclusiones, *Rec.* p. I-6972-6973.

⁶² As. C-265/95, apdos 24-25 de las Conclusiones, *Rec.* p. I-6973.

⁶³ As. C-265/95, apdos 16 y 64 de las Conclusiones, *Rec.* p. I-6970-6971 y 6985. También España se ha dotado de medios jurídicos para proceder a la pronta indemnización por el Estado de los daños causados por acciones violentas de particulares contra medios de transporte extranjeros de mercancías o de viajeros que se hallen en territorio español realizando viajes de transporte internacional (ver Real Decreto-Ley 11/1984, de 18 de julio, en *B.O.E.* de 19 de julio de 1984), ofreciendo

zonaron que la cuantía del daño o la pronta indemnización no podían excluir el incumplimiento del Derecho Comunitario por un Estado miembro; basta la violación del bien jurídico y el clima de inseguridad jurídica y de incertidumbre económica o comercial creado para declarar el incumplimiento del Estado francés⁶⁴. Si ello es así en el DIP⁶⁵, con más moti-

un claro ejemplo de responsabilidad objetiva o sin culpa que se articula por cauces puramente internos (J. A. PASTOR RIDRUEJO, *op. cit.*, p. 560).

El resarcimiento de las víctimas podría haber seguido otra vía, como la abierta por «la vigencia del art. 5 párrs. 3.º y 4.º del Convenio de Bruselas sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (en su versión de Donostia/San Sebastián de 26 de mayo de 1989), que otorgan competencia judicial internacional en materia de responsabilidad civil, respectivamente, a los jueces del lugar de producción del hecho dañoso y a los del lugar donde se sustancia el proceso penal...», lo que provocaría que las víctimas tuvieran que acudir a los tribunales franceses para plantear sus demandas toda vez que el Derecho francés actuaría como ordenamiento competente y la ejecución de la eventual sentencia se llevaría a cabo en dicho Estado: ver D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, «Los ataques a los productos españoles en Francia: reflexiones desde una perspectiva jurídica», en *La Ley*, n.º 4333 (julio 1997), 1236-1237, p. 1236. No obstante, este posible resarcimiento civil no excluiría llegado el caso ni el recurso ni la declaración de incumplimiento por parte del Tribunal de Justicia.

⁶⁴ As. C-265/95, apdos 15-16 y 65 de las Conclusiones, *Rec. p. I-6970-6971 y 6985-6986*; y consid. 53 y 59-60 de la s. de 9-12-1997, *Rec. p. I-7003-7004*.

⁶⁵ En este aspecto, tanto el Abogado General como el Tribunal de Justicia atienden al criterio bien establecido ya en el DIP de no exigir un daño material o económico para estimar el incumplimiento o violación de una obligación, es decir, la presencia del elemento objetivo de un incumplimiento: cfr. *Anuario CDI*, 1971-II (1.ª parte), pp. 238-239, párs. 73-74, y 1972-II, pp. 104-105, párs. 68-70; 1986-II (1.ª parte), pp. 8-9, párs. 1-9, que recoge la aceptación por parte del Relator Riphagen de este criterio; y *Doc. N.U. Suplemento n.º 10 (A/53/10)*, pp. 156-158, párs. 340-343, que recoge idéntica aceptación por parte del último Relator, el profesor Crawford, corroborada por la Comisión en sus debates (p. 159, párs. 350-351): «350. Hubo apoyo a la idea de que se mantuviera el artículo 1 sin modificación.

351. Se expresó una triple objeción al concepto de daño en apoyo a la propuesta del Relator Especial de no incluir un requisito separado de daño. En primer lugar, un requisito especial de daño crearía confusión *a posteriori* con respecto a las normas primarias que a menudo no contenían un requisito de dicha índole, especialmente en términos económicos o materiales. En segundo lugar, el concepto más global de 'injuria' y el Estado lesionado era preferible habida cuenta de la evolución del derecho internacional desde la segunda guerra mundial, que indicaba que podía haber responsabilidad sin que se demostrara un daño especial. En tercer lugar, insistir demasiado en el concepto de daño redundaría en perjuicio del útil concepto de daño moral, especialmente en la esfera de los derechos humanos.»

vo debe serlo en un Derecho Comunitario sometido al postulado del principio de integración.

Otras alegaciones por parte francesa, como la presencia de circunstancias de fuerza mayor, no son novedosas y tuvieron la réplica esperada por parte del Tribunal. Así, frente a la invocación del temor a perturbaciones del orden público más graves o incluso a disturbios sociales para justificar la ausencia de reacción frente a las actuaciones de los agricultores franceses, el Tribunal responde que es jurisprudencia constante que el simple temor de esta clase de dificultades internas no puede justificar la inaplicación del Derecho Comunitario⁶⁶. Frente, por otra parte, a la alegación por parte francesa del contexto económico muy difícil en que se encontraba su mercado de frutas y hortalizas después de la adhesión de España, el Tribunal responde que es jurisprudencia constante que motivos de naturaleza económica no pueden justificar la existencia de obstáculos prohibidos por el artículo 28 TCE⁶⁷.

Por último, el Estado demandado alegó también la conocida en el DIP como excepción de incumplimiento, una causa de exoneración en cuya virtud la previa violación del Derecho Comunitario por parte de los productores españoles justificaría el posterior incumplimiento de otras obligaciones que incumbían a Francia. El Tribunal recuerda en su sentencia que ningún Estado miembro puede tomar medidas unilaterales de defensa o adoptar un comportamiento para prevenir un posible incumplimiento del Derecho Comunitario por otro Estado miembro; con más razón, en el marco de la Política Agrícola Común, corresponde únicamente a la Comunidad adoptar las medidas necesarias para hacer frente a las dificultades por las que atraviesan algunos operadores, especialmente tras una nueva adhesión⁶⁸. Así pues, frente a la inercia jurídica de los Estados miembros, siempre inclinados a las soluciones unilaterales más propias del medio internacional que del comunitario, el Tribunal de Justicia defiende con firmeza los procedimientos institucionalizados de aplicación del derecho previstos en los tratados constitutivos, que crean un orden jurídico sometido a su control jurisdiccional para zanjar las diferencias jurídicas que surjan en su

⁶⁶ As. C-265/95, apdos 54 y 62-63 de las Conclusiones, *Rec.* p. I-6982 y 6984-6985; y consid. 54-58 de la s. de 9-12-1997, *Rec.* p. I-7003-7004.

⁶⁷ As. C-265/95, apdos 29-30 de las Conclusiones, *Rec.* p. I-6974-6975; y consid. 61-62 de la s. de 9-12-1997, *Rec.* p. I-7004.

⁶⁸ As. C-265/95, apdos 31-33 de las Conclusiones, *Rec.* p. I-6975-6976; y consid. 63-64 de la s. de 9-12-1997, *Rec.* p. I-7004-7005.

seno. En este punto, es decisiva la superior jerarquía del polo comunitario sobre el polo intergubernamental.

Pero el Tribunal parece proyectar esta permanente tensión entre los polos citados al ámbito de su jurisprudencia y demuestra una evidente prevención frente a cualquier aportación conceptual que provenga del DIP a pesar de las ventajas técnicas que pudiera reportarle. Vista la actitud de los Estados miembros, en este caso la de Francia, no cuestionamos esa prevención del Tribunal si se mantiene dentro de límites prudentes; la prudencia, aquí, radica en someter a un juicio ecuánime la utilización de dichos conceptos averiguando si su aceptación puede perturbar de alguna manera el papel del principio de integración del que es garante último el Tribunal de Justicia. Es obvio que la noción de debida diligencia, usada como un *estándar comunitario* bajo el control del Tribunal de Justicia, contribuiría a establecer con rigor el incumplimiento por parte del Estado francés de ciertas obligaciones comunitarias que le incumben con ocasión de actos de particulares llevados a cabo en su territorio contra la libre circulación de mercancías; además, no plantearía dificultad o riesgo alguno técnico o político para el discurso militante netamente integrador que irradia de la jurisprudencia del Tribunal.

IV. CONCLUSIONES

El régimen general del recurso por incumplimiento manifiesta con mucha claridad la presencia del polo intergubernamental en los Tratados. En concreto, toda la estructura conceptual del recurso por incumplimiento resiste la comparación con los principios y reglas básicas del Derecho de la responsabilidad internacional.

Así las cosas, no existe ninguna buena razón para prescindir del uso de conceptos e instituciones del DIP en el recurso por incumplimiento por parte tanto del Tribunal de Justicia como de la Comisión. No obstante, será necesario vencer la prevención demostrada hasta ahora por el Tribunal de Justicia a valerse del DIP en este ámbito, exponente privilegiado de la tensión entre lo comunitario y lo intergubernamental en el proceso de integración europea.

En particular, consideramos imprescindible la utilización de un *estándar comunitario de debida diligencia* con el que hacer frente a los problemas especiales que plantea el posible incumplimiento del Derecho Comunitario por los Estados miembros con ocasión de actos de particulares y grupos de particulares, a fin de evitar los peligros de una jurisprudencia errática.