

El dictamen 2/2000 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 6 diciembre 2001

Javier Roldán Barbero

Catedrático de Derecho Internacional Público.
Cátedra Jean Monnet de Derecho Comunitario.
Universidad de Almería

Sumario: I. Datos básicos. II. El dictamen 2/2000 en el marco de la función consultiva del TJCE. III. La base jurídica objetiva. IV. La base jurídica única. V. La política Comercial Común. VI. La política comunitaria de protección del medio ambiente. VII. La base jurídica específica dentro de la política comunitaria de medio ambiente. VIII. La competencia compartida. IX. El carácter mixto, desde la perspectiva comunitaria, del Protocolo de Cartagena. X. El Derecho Internacional como parámetro de interpretación.

I. DATOS BÁSICOS

El artículo 300, apartado 6 (antiguo art. 228, apartado 6) del TCE contempla que se solicite al Tribunal de Justicia un dictamen sobre la compatibilidad de cualquier acuerdo internacional previsto con las disposiciones del Tratado.

Con arreglo a esta disposición, la Comisión presentó una solicitud de dictamen, recibida en la Secretaría del Tribunal el 27 de octubre de 2000.

La consulta evacuada por la Comisión giraba en torno a la elección de la base jurídica más adecuada y la titularidad de la competencia para la celebración del Protocolo de Cartagena sobre la seguridad de la biotecnología, adoptado el 29 de enero de 2000, y firmado en nombre de la Comunidad y de sus Estados miembros el 24 de mayo de 2000. Este Protocolo se concibe como desarrollo normativo del Convenio marco sobre la diversidad biológica de 1992.

El objetivo de este Protocolo (un tratado internacional) es, según reza su artículo 1, «contribuir a garantizar un nivel adecuado de protección en la esfera de la transferencia, manipulación y utilización seguras de los organismos vivos modificados resultantes de la biotecnología moderna que puedan tener efectos adversos para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica, teniendo también en cuenta los riesgos para la salud humana, y centrándose concretamente en los movimientos transfronterizos».

La tesis de la Comisión defendía los artículos 133 TCE (política comercial común) y artículo 174.4 TCE (política del medio ambiente) para fundamen-

Javier Roldán Barbero

tar el acto mediante el cual el Consejo se proponía concluir el protocolo. Por otra parte, la consulta pedía al Tribunal que examinase si las competencias que los Estados miembros seguirían ejerciendo en razón de su participación en el Protocolo junto a la Comunidad tendrían, habida cuenta de las materias reguladas, carácter residual o preponderante en relación con las de la Comunidad.

El interés político-jurídico que suscitó el dictamen dio lugar a la presentación de observaciones por parte del Consejo, Comisión y Parlamento Europeo, así como de siete Estados miembros, entre ellos España.

El dictamen, emitido por el Tribunal el 6 diciembre 2001, señala lacónicamente que la Comunidad Europea y sus Estados miembros tienen competencia compartida para concluir el Protocolo de Cartagena sobre seguridad de la biotecnología¹. En el razonamiento seguido por el dictamen se señala también que la base jurídica adecuada y única para adoptar la Decisión relativa a la celebración del Protocolo se enmarca en el Título del TCE relativo a la política de medio ambiente, pero difiere de la postulada por la Comisión: el Tribunal considera que el artículo 175.1, es la disposición idónea.

Estudiemos a continuación los principales argumentos y problemas jurídicos que encierra esta resolución del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en el bien entendido de que el análisis estará enfocado esencialmente a las cuestiones de carácter institucional, y sólo tangencialmente a la regulación material que subyace de los organismos genéticamente modificados, regulación, por otra parte, de tanta trascendencia futura, y aun presente: las estadísticas informan de que la cosecha mundial de cultivos transgénicos creció un 12% en 2002².

II. EL DICTAMEN 2/2000 EN EL MARCO DE LA FUNCIÓN CONSULTIVA DEL TJCE

El ejercicio de la función consultiva en relación a acuerdos internacionales de la CE, muy esporádico en el pasado, se ha multiplicado en la década de los 90³. Esta función queda reservada, aun tras la entrada en vigor del Tratado de Niza, al Tribunal de Justicia, dato acorde con su naturaleza constitucional. Estos dictámenes no son objeto de conclusiones por parte del Abogado General.

¹ Rec. I-9713.

² Datos de la Consultora «Servicio Internacional para la Adquisición de Aplicaciones de Agro-biotecnología», recogidos en el diario *El País* de 27 de enero de 2003.

³ Consúltese Díez-HOCHLEITNER, J.: *La posición en Derecho internacional en el Ordenamiento comunitario*, Madrid, 1998. A los diez dictámenes citados en esta obra (pgs. 99 y ss. y 216), siete de ellos de fecha posterior a diciembre de 1991, hay que añadir dos emitidos con posterioridad: el comentado 2/2000, y el 1/2000, de 18-4-2002, relativo al Acuerdo referente a la creación del Espacio Europeo Aéreo Común entre la CE y países terceros.

La gran mayoría de consultas evacuadas en este marco, todas ellas admitidas por el Tribunal, han sido formuladas por la Comisión. Sólo en una ocasión han provenido del Consejo, y en dos de un Estado miembro⁴.

El momento procesal escogido por la Comisión en este caso era correcto, como así lo viene a reconocer el dictamen. En efecto, el contenido material del acuerdo internacional sobre el que había de pronunciarse el Tribunal estaba ya adoptado, fijado. Sin embargo, el Consejo arguyó en sus alegaciones que la Comisión había decaído en su derecho a plantear la consulta, pues no había interpuesto un recurso de anulación, en el plazo correspondiente, contra el acto jurídico por el que se autorizó la firma del Protocolo en nombre de la Comunidad. El Tribunal repone a este argumento que el acto por el que se autoriza la firma de un acuerdo internacional y el relativo a su conclusión constituyen dos actos jurídicos distintos, de modo que la Comisión no había perdido su derecho a plantear el dictamen aun cuando no hubiese impugnado, en su momento, el acto de la firma (ap. 12).

Estas consideraciones nos introducen en la dicotomía control previo-control posterior sobre la «constitucionalidad» de los acuerdos internacionales celebrados por la Comunidad Europea. Recordemos que ambos tipos, y momentos, de control se contemplan y han sido ejercidos en el sistema jurídico español, si bien mucho más excepcionalmente que en el sistema de la integración europea. En cambio, la única incoación del control preventivo en España (art. 95 de la Constitución) acarreó algo jamás acontecido en el orden europeo: la reforma de la Carta Magna.

Si nos atenemos a la literalidad del artículo 95 de la Constitución española y del artículo 300.6, del TCE, se colige que ambas disposiciones se dirigen únicamente a controlar la constitucionalidad material del acuerdo internacional de que se trate, a fin de, eventualmente, proceder a la reforma constitucional (entiéndase siempre del derecho primario en el supuesto europeo). Esta impresión quedaría corroborada en el supuesto español a la luz del único asunto de estas características planteado de momento. Lógicamente, la incompatibilidad material ha sido asimismo suscitada en el ordenamiento europeo, sustentado como está, también en su acción exterior, en el principio de atribución de competencias.

Sin embargo, en el caso europeo, el artículo 107.2, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal añade una nueva función a este mecanismo de consulta al disponer que la solicitud puede versar además sobre la competencia de la Comunidad o de una de sus instituciones para celebrar el acuerdo. Esta nueva función ha sido, de hecho, más cultivada que la relativa a ponderar la incompatibilidad material.

De este modo, a pesar de las observaciones planteadas en el asunto que nos ocupa, tendentes a que se declarase la inadmisibilidad de la consulta, el Tribunal de Justicia no tiene sino que recordar su jurisprudencia reiterada

⁴ *Ibidem*, pg. 110.

en la materia (ap. 3). Lógicamente, el procedimiento seguido para concluir, en nombre de la Comunidad, el Protocolo de Cartagena afecta a la titularidad y alcance de las competencias. Pero en este asunto nadie objeta la competencia comunitaria para celebrar el acuerdo: la controversia se centra, básicamente, en la elección de la base jurídica adecuada y en el carácter preponderante o residual de la competencia comunitaria. Lo extraordinario de este asunto es que la divergencia no sólo radica en determinar si el Protocolo corresponde, y en qué medida, a la política comercial común o a la política medioambiental, sino que se refiere también al artículo concreto, dentro del Título XIX relativo al medio ambiente del TCE, que debe fundamentar el acto jurídico de la celebración. Se entiende, entonces, que el dictamen omite, en su parte dispositiva, referirse a la base jurídica adecuada, pues el dilema entre los artículos 174.4, y el 175.1, no afectaba a la competencia de la Comunidad o de una de sus instituciones para concluir el acuerdo.

Convengamos en que todas estas cuestiones revisten naturaleza «constitucional»; pero también en que la función consultiva atinente a los acuerdos internacionales cuya celebración tiene prevista la Comunidad resulta notablemente ampliada respecto a la idea primigenia del antiguo artículo 228.6 (300.6, en la actualidad).

Sin duda, el hecho de que el derecho internacional no se circunscriba, naturalmente, al ordenamiento jurídico europeo, sino que implique a otros sujetos puede justificar esta ampliación de contenidos de la función consultiva. Huelga decir que no existe un mecanismo judicial semejante para supervisar *a priori* la conformidad, intrínseca o extrínseca, de un acto de derecho comunitario derivado que se pretenda adoptar. En este caso, los eventuales vicios formales o materiales que se detecten podrán ser reparados exclusivamente en la esfera interna europea a través del recurso de anulación.

El Tribunal Constitucional español y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas coinciden en ponderar y preferir la vía preventiva a la terapéutica respecto a los acuerdos internacionales, dadas las complicaciones políticas y jurídicas que traería consigo la anulación, circunscrita obviamente a la esfera interna, de un tratado internacional ya en vigor (ap. 5). La saludable fórmula preventiva podrá ser en adelante más activada en el orden europeo, ya que el Tratado de Niza atribuye, muy razonadamente, al Parlamento Europeo también la capacidad para solicitar un dictamen en virtud del artículo 300.6. Esta novedad provocará probablemente con más frecuencia la consulta al Tribunal de Justicia para dirimir conflictos interinstitucionales, y también competenciales, planteados con motivo de la conclusión de un acuerdo internacional. En cambio, conviene lamentar una vez más las trabas que el sistema jurídico español pone a la incoación del control previo respecto a las planteadas al control posterior, más desaconsejable como ha quedado dicho⁵.

⁵ Puede verse sobre el particular REMIRO BROTONS, A.: «Comentario a los artículos 93-96», en ALZAGA, O. (dir.): *Comentario a las leyes políticas*, Madrid, 1985, en particular, pgs. 574-579.

III. LA BASE JURÍDICA OBJETIVA

La determinación de la base jurídica idónea para instrumentar un acto jurídico comunitario no sólo suele entrañar un conflicto de competencias entre la Comunidad y sus Estados miembros, sino que también genera en ocasiones un conflicto interinstitucional de asignación de poderes.

En efecto, la elección del fundamento jurídico adecuado determina el procedimiento pertinente y, en consecuencia, el papel que corresponde cumplir al triángulo institucional formado por el Consejo, la Comisión y el Parlamento.

Como es lógico, el equilibrio institucional diseñado por el Tratado constitutivo en materia de relaciones exteriores encierra algunas peculiaridades respecto al orden interno⁶. También es irrefutable que las relaciones exteriores provocan problemas específicos de determinación de la base jurídica correcta, y esto en razón de un conjunto de causas: la sobriedad en la materia del Tratado en su versión fundacional, la dispersión de la política exterior a lo largo del Tratado, su carácter intrínsecamente expansivo y transversal, la confluencia de factores políticos estratégicos, el recelo especial que muestran los Estados miembros al crecimiento de este campo, etc.⁷

Ahora bien, subrayemos que la acción exterior está asimismo presidida por el principio de atribución de competencias y por el principio de la elección de una base jurídica objetiva, según consta esto último en una jurisprudencia muy reiterada que hace suya también el dictamen 2/2000 (ap. 22)⁸.

Con esta invocación a la objetividad, el Tribunal pretende neutralizar el sesgo partidista e interesado de las alegaciones. Eufemísticamente, el dictamen nos recuerda que la elección de la base jurídica «no puede derivar de la mera convicción del autor (del acto)».

Pues bien, las observaciones presumiblemente parciales aparecen en el procedimiento que desembocó en el dictamen 2/2000. No es de sorprender, así, la coincidencia sustancial en las alegaciones presentadas por el Consejo

⁶ Véase ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P.: «Proceso de decisión y equilibrio institucional en la acción exterior europea», en MARIÑO, F. M. (ed.): *Acción exterior de la Unión Europea y Comunidad internacional*, Madrid, 1998, pgs. 85-112.

⁷ Es significativo consultar a estos efectos la monografía de 1980 de FLAESCH-MOUGIN, C. (*Les accords externes de la CEE. Essai d'une typologie*, Bruxelles). En esta obra ya se ponía de manifiesto la insuficiencia e inadaptación del Tratado constitutivo para disciplinar la acción exterior de la Comunidad.

⁸ Es interesante referir al respecto la Sentencia del TJCE de 30-I-2001, relativa al asunto España contra Consejo acerca de la base jurídica del Convenio sobre la protección y el uso sostenible del río Danubio. Este tratado versa, en efecto, sobre la protección y mejora de la calidad de las aguas de la cuenca del río, aunque también regula, si bien de manera accesoria, los usos del agua y los aspectos cuantitativos de su gestión. Pues bien, en la demanda española, defensora de la unanimidad para la conclusión del convenio, subyacía la preocupación por el desarrollo normativo de esta materia en el campo interno comunitario. C-36/1998. Rec. I-779.

Javier Roldán Barbero

y los siete Estados miembros intervinientes: su propósito principal se encaminaba a ubicar el Protocolo de Cartagena en el marco de la política comunitaria de protección del medio ambiente, política perfilada como de titularidad compartida.

La Comisión, por su parte, defendió que el Protocolo se fundamentara esencialmente en la política comercial común, única competencia exclusiva de la que dispone inicialmente la Comunidad en su política exterior.

El Parlamento Europeo, en fin, sostenía también el carácter primordialmente medioambiental del Protocolo de Cartagena. Esta calificación le aseguraba la consulta previa antes de adoptarse la Decisión por la que se celebraba este tratado internacional. Esta consulta le sigue vedada en el ámbito de la política comercial común, de forma censurable a mi juicio. Aun así, el Parlamento esgrimió como base jurídica secundaria el artículo 133 del TCE y se reafirmó en el carácter expansivo que esta política debe tener y que le lleva a abrazar dominios y fines distintos de los tradicionales en el comercio internacional. Téngase presente como dato adicional que, con ocasión del dictamen 1/1994 relativo a los acuerdos a la OMC, el Parlamento hizo causa común con el Consejo a fin de que estos acuerdos sobrepasaran el ámbito de la política comercial común, aun a costa de que tomaran la condición de mixtos y, por consiguiente, diesen lugar a la membresía de los Estados miembros en la flamante organización internacional.

Ahora bien, el papel que desempeña el Parlamento europeo en el proceso de conclusión de acuerdos internacionales no deriva sólo de la base jurídica material, sino igualmente de la procedimental, recogida en el artículo 300, que ha de ser también mencionada como fundamento del acto de celebración. Esta base procedimental no es considerada en el dictamen (sólo el Consejo señaló, en sus observaciones, que el artículo 175.1, había de ser combinado con el art. 300.2). El interés de este tema dimana, sin embargo, de la previsión contenida en el apartado 3, párrafo 2, del artículo 300, según el cual el Parlamento ha de emitir no ya un dictamen consultivo, sino un dictamen conforme, en distintos supuestos, entre ellos en relación a «acuerdos que creen un marco institucional específico». El Protocolo de Cartagena contempla un cuadro orgánico, bien es verdad que elemental, con vistas a su ejecución. Pues bien, la Decisión finalmente adoptada por el Consejo por la que queda aprobado el Protocolo fundamenta el acto en el artículo 175.1, «en relación con la primera frase del primer párrafo del apartado 2 de su artículo 300 y el primer párrafo del apartado 3 del mismo artículo». Es decir, se combina la mayoría cualificada en el seno del Consejo con la simple consulta al Parlamento Europeo⁹.

Una observación final, apuntada ahora y desarrollada en el epígrafe 9, es la siguiente: la Comisión invocaba el artículo 133 como base preponderante aduciendo también los problemas que trae consigo la gestión de los acuerdos mixtos, problemas que perturban la unidad de acción exterior. Este

⁹ La Decisión, de fecha 25 junio 2002, figura publicada en el DOL 201 de 31-7-2002.

argumento, que desbordaría en función de razones pragmáticas el principio de atribución de competencias, no fue atendido por el TJCE.

IV. LA BASE JURÍDICA ÚNICA

Es indudable que el contenido del Protocolo de Cartagena atañe a diversas disciplinas y asimismo a diversas políticas comunitarias. Así, la agricultura está subyacente como lógico corolario de la creciente interacción entre los ámbitos agrícolas y medioambientales. Esta interacción ya fue objeto de examen en una Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 febrero 1999¹⁰. En esta resolución se estima que el antiguo artículo 130 S (actual 175) es base jurídica suficiente para fundamentar el acto, y no la base jurídica pertinente de la política agrícola común (art. 37, antiguo 43), de la que el Consejo se había servido para aprobar los reglamentos de referencia, anulados por este motivo por el Tribunal. A propósito de los organismos modificados genéticamente es significativo, empero, que sus nuevos desarrollos normativos en el marco de la Comunidad estén siendo debatidos tanto en el Consejo de Medio Ambiente como en el Consejo de Agricultura.

Asimismo, planca en torno a los organismos modificados genéticamente todo el drama del subdesarrollo, del hambre en particular, que podría ser paliada con este tipo de productos, como comienzan a admitir, si bien con reservas, organismos internacionales como la FAO o el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo. Las cautelas que siguen dividiendo a la comunidad científica en este ámbito atañen más al medio ambiente que a la salud humana. También es notoria la creciente interacción entre los problemas de desarrollo y de medio ambiente, como se puso de relieve en las dos cumbres de la Tierra celebradas en Río de Janeiro (1992) y Johannesburgo (2002)¹¹. Sin embargo, al igual que ocurre con el componente agrícola, en el dictamen 2/2000 y en las observaciones presentadas en este asunto no se hace mención alguna a la política comunitaria de cooperación al desarrollo. Esta política afecta, ciertamente, a todo el espectro de las relaciones internacionales y, en alguna medida, a todas las competencias comunitarias, de ahí el carácter transversal que le atribuye el artículo 178 del TCE.

En consecuencia, las observaciones y el razonamiento del Tribunal se circunscribieron a la posible combinación de la política comercial común con la política medioambiental de la Comunidad. En los siguientes epígrafes me detendré a considerar por separado cada una de estas políticas en su relación con el Protocolo de Cartagena.

¹⁰ Asuntos acumulados C-164/1997 y C-165/1997. Parlamento Europeo c. Consejo de la Unión Europea. Rec. I-1139. Puede verse a este respecto GENCARELLI, F.: «La Politique agricole commune et les autres politiques communautaires», *Revue du Marché Unique Européen*, 2001-1, pgs. 173-188.

¹¹ Véase, desde el prisma comunitario, el Reglamento (CE) núm. 772/97 del Consejo, de 22 abril, relativo a acciones realizadas en los países en desarrollo en el ámbito del medio ambiente en una perspectiva de desarrollo sostenible. DOL 108 de 25-4-1997.

Javier Roldán Barbero

Ahora conviene hacer algunas precisiones previas acerca de la binomio base jurídica única y doble:

El Tribunal de Justicia reitera en esta resolución su preferencia por la base jurídica única siempre que exista jerarquía entre las distintas bases posibles; es decir, siempre que las distintas bases posibles no resulten indisociables, de igual peso en el contenido y finalidad del acto jurídico que se piensa adoptar.

En consecuencia, el dictamen 2/2000 recalca y desarrolla la tesis jurisprudencial de las competencias preponderantes y accesorias: lo accesorio sigue a lo principal. Se trata de una doctrina ya asentada en la jurisprudencia europea, a pesar del alegato presentado por Francia de que esta dualidad carece de apoyo en el TCE y aun en la jurisprudencia del TJCE¹².

El dictamen acaba señalando que la celebración del Protocolo de Cartagena debe estar sustentada, como base jurídica idónea y única –suficiente, por tanto–, en el marco de la política comunitaria de protección del medio ambiente. De esta manera quedaron rebatidas las alegaciones formuladas por la Comisión y el Parlamento europeo, tendentes a acoger la doble base jurídica, si bien con distinta óptica: la Comisión postulaba la supremacía de la política comercial común, y el Parlamento, la de la política medioambiental.

V. LA POLÍTICA COMERCIAL COMÚN

El principal argumento que militaba a favor de la ubicación del Protocolo de Cartagena en el marco de la política comercial común era la condición evolutiva y expansiva de esta competencia, condición proclamada en el orden jurisprudencial que le ha llevado a fundamentar actos jurídicos de carácter comercial, pero con objetivos de otra naturaleza, por ejemplo de ayuda al desarrollo. Tal conclusión se extrae del dictamen 1/78 atinente al acuerdo internacional del caucho sobre el caucho natural¹³ y de la Sentencia de 26 marzo 1987, conocida como del Sistema de Preferencias Generalizadas. Precisamente, este sistema de concesiones comerciales unilateralmente aprobado y renovado por la Comunidad en beneficio de países subdesarrollados se basa en el artículo 133 (antiguo 113), aunque encierra otros fines

¹² Puede verse, por ejemplo, en esta dirección la Sentencia del Tribunal de Justicia de 23-2-1999. As. C-42/1997. Parlamento c. Consejo. Rec. I-896. En su ap. 39 se lee lo siguiente: «A este respecto no basta que la Decisión controvertida persiga un doble objetivo o que el análisis de su contenido demuestre la existencia de un componente doble». En el apartado siguiente, el 40, la sentencia prosigue en estos términos: «En efecto, si el examen de la Directiva muestra que su componente “industrial” puede calificarse como principal o preponderante, mientras que el componente “cultural” sólo es accesorio, de ello se deduciría que la base jurídica apropiada es únicamente el art. 130 S del Tratado».

¹³ Dictamen de 4-10-1979. Rec. pg. 2871.

declarados, amén del principal del progreso económico de los países destinatarios: ¡es el caso de la salvaguarda del medio ambiente!¹⁴.

Sin embargo, esta *vis* expansiva de la política comercial común había de tener un límite. Como se ha razonado, resulta imposible mantener al mismo tiempo la ampliación y la exclusividad de esta política¹⁵, a menos que esta política acabara desembocando en algo que resulta distante e indeseado para los Estados miembros, que retienen el poder constituyente: una política económica exterior única. Evidentemente, este objetivo sería óptimo para procurar la eficacia y coherencia de las relaciones exteriores europeas, pero aun así habría que acotar a continuación el ámbito de lo económico, entremezclado con lo social y político *tout court*. El mismo Tribunal de Justicia ha tenido ocasión de delimitar el campo comercial del relativo a la política exterior y de seguridad común, pilar extracomunitario¹⁶.

El renombrado dictamen 1/1994, y con menos trascendencia y eco el 2/1992, pusieron límites al desarrollismo de la política comercial común, cuyo ámbito de actuación quedó por debajo del ámbito material de la OMC¹⁷. El nuevo tenor que, tras el Tratado de Niza, cobra el artículo 133 del TCE confirma, entre su ambigüedad y excepciones, los recelos estatales a perder todo el protagonismo en la materia.

En sus alegaciones, la Comisión recordó que el dictamen 1/1994 puso de manifiesto que la política comercial común abarca todo el comercio internacional de mercancías (sólo determinados aspectos del comercio de servicios y de la propiedad intelectual quedaron sustraídos a la competencia comunitaria con arreglo a esta resolución). Por añadidura, la Comisión esgrimió determinadas disposiciones del sistema jurídico de la OMC que engarzan con la protección y promoción del medio ambiente: el artículo XX del GATT, el «Acuerdo SPS» (Acuerdo sobre la aplicación de medidas sanitarias y fitosanitarias) y el «Acuerdo BTC» (Acuerdo sobre obstáculos técnicos al comercio)... Más aún: esta organización viene, desde su origen en 1995, debatiendo la relación entre el comercio y el medio ambiente, por ejemplo la conformidad de los acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente (los AMUMA) con las reglas multilaterales en materia de comercio. En la agenda

¹⁴ Reglamento (CE) núm. 2501/2001 del Consejo, de 10 diciembre. En particular, los arts. 21 y ss. estipulan un régimen especial de estímulo para la protección del medio ambiente. DOL 346 de 31-12-2001.

¹⁵ LÓPEZ ESCUDERO, M.: «Quelques remarques critiques à propos de la jurisprudence de la Cour de Justice sur la politique commerciale commune», en *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, vol. II, Bruxelles, 1999, pgs. 1169-1192.

¹⁶ Sentencia *Centro-Com* de 14-1-1994. C-124/1995. Rec. I-81. Como referencia doctrinal sobre la interacción entre la política comercial común y otras políticas exteriores de la Unión Europea es indispensable la consulta de GONZÁLEZ ALONSO, L. N.: *Política comercial y relaciones exteriores de la Unión Europea*, Madrid, 1998.

¹⁷ El dictamen 1/1994, de fecha 15-11-1994, trata del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio. Rec. I-5267. El dictamen 2/1992, de 24-3-1995, versó sobre la Participación de la Comunidad en la Tercera Decisión revisada del Consejo de la OCDE relativa al trato nacional. Rec. I-525.

de la última ronda de negociaciones multilaterales, lanzada en Doha el 14 de noviembre de 2001, figura esta cuestión de materias¹⁸. En el ánimo de la Comisión pesaba también el temor de que estos AMUMA, como el Protocolo de Cartagena, acaben infringiendo las obligaciones dimanantes de la OMC; y también pesaban cuestiones más prácticas, como el crédito y la imagen que ofrecería la Comunidad ante sus socios comerciales si no era capaz de ejercer todas sus competencias comerciales.

Ante estos argumentos, el Consejo objetó a la Comisión que pretendiera transplantar la exclusividad propia de la política comercial común al campo de la política medioambiental. También el Parlamento Europeo objetó a la Comisión que no hubiera extraído la principal enseñanza recogida en el dictamen 1/1994: que la política comercial común está limitada por el sistema del Tratado en su conjunto.

Finalmente, el Tribunal de Justicia estimó que la Decisión por la que se celebra en nombre de la Comunidad Europea el Protocolo de Cartagena no debía mencionar como base jurídica el artículo 133, aun reconociendo que las medidas de prevención arbitradas por el Protocolo pueden afectar a los intercambios comerciales de los organismos vivos modificados, y aun reafirmando en una concepción abierta de la política comercial común. En definitiva, este dictamen avala el carácter expansivo de esta política, pero también, y sobre todo, una expansión limitada, contenida, embridada.

Además del carácter preponderante que el Tribunal de Justicia le concede a las consideraciones medioambientales del Protocolo, el dictamen acaba desechando la base del artículo 133 por dos razones.

En primer término, porque el Protocolo no sólo se refiere a «movimientos transfronterizos», sino también a otros conceptos desprovistos de connotaciones comerciales, como «transferencia», «manipulación» y «utilización» (aps. 30 y 31).

En segundo lugar, hay una razón sugerente, ya indicada en relación al mercado interior en la Sentencia de 28 junio 1994 acerca del Reglamento sobre los traslados de residuos¹⁹. A saber: el propósito declarado de la política comercial común es favorecer la liberalización de los intercambios (apartado 1 del art. 131; antiguo 110 del TCE), en tanto que el propósito que anima al Protocolo es justo el contrario: restringir y disciplinar el comercio de los organismos genéticamente modificados en favor de la biodiversidad. Al igual que, con toda razón, se proclama de la cultura, tampoco estos organismos son simplemente una mercancía. Se trata de fomentar el librecam-

¹⁸ También en el marco de la Unión Europea se viene debatiendo desde antiguo este tema. Cfr. la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Comercio y Medio Ambiente. COM (96) final, de 28 febrero.

¹⁹ C-187/1993. Parlamento c. Consejo. Rec. I-2857. En esta resolución se descartó la base jurídica del antiguo art. 100 A por entenderse, entre otras razones, que el Reglamento no puede ser considerado como dirigido a ejecutar la libre circulación de los residuos dentro de la Comunidad.

bismo, y de esto se ocupa la política comercial común, pero también de racionalizarlo, de civilizarlo; y de esto se ocupan otras políticas como la relativa al medio ambiente.

Ahora bien, no dejemos de reseñar que se viene avvicinando en los últimos tiempos una guerra comercial entre Estados Unidos y la Unión precisamente por las barreras puestas por ésta a la entrada de productos norteamericanos que contengan organismos genéticamente modificados. Esta controversia puede ser planteada en el marco de la OMC²⁰. Esto significa, claro está, que estos bienes forman parte ya plenamente de las relaciones comerciales internacionales.

VI. LA POLÍTICA COMUNITARIA DE PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE

La protección y mejora de la calidad del medio ambiente figura ya en el artículo 2 del TCE como objetivo nuclear de la construcción europea. El dictamen 2/2000 viene a dignificar y a individualizar la política comunitaria al respecto, recogida en el Título XIX del Tratado (arts. 174-176). En efecto, el carácter transversal propio de esta política podía llevar a pensar que este Título sólo secundaria y subsidiariamente actuaría como base de actos jurídicos. Sin embargo, esta impresión, que podría en alguna medida ser deducida de las Sentencias «Chernobil» o «Dióxido de titanio»²¹, había sido ya rebatida por resoluciones anteriores a este Dictamen²². Incluso acuerdos internacionales previamente celebrados por la Comunidad ya habían sido fundamentados en preceptos propios de la protección del medio ambiente (el antiguo art. 130 S o aun el art. 235, antes de que se recogiese expresamente un Título en el TCE consagrado a la protección del medio ambiente), pese a tener connotaciones comerciales evidentes²³. Así las cosas,

²⁰ Puede verse *Agence Europe* de los días 21-6-2002, 10-10-2002 y 23-11-2002. En el terreno doctrinal cfr. ISAAC, G. E.: *Agricultural Biotechnology and transatlantic trade. Regulatory Barriers to GM Crops*, 2002.

²¹ La Sentencia «Chernobil» es de fecha 29-3-1990. C-62/1988. Grecia c. Consejo. Rec. I-1550. En sus aps. 19 y 20 se recuerda que el TCE, en su antiguo art. 130 R, 2, viene a recoger el principio de que todas las medidas comunitarias deben responder a las exigencias de la protección del medio ambiente. Consecuentemente, confirma la base jurídica del antiguo art. 113 para el Reglamento impugnado (que sometía el despacho a libre práctica de determinados productos agrarios originarios de terceros países a la condición de que respetasen las tolerancias máximas de contaminación radiactiva). En la sentencia «Dióxido de titanio», por su parte, se afirma que el componente transversal de la política de medio ambiente «implica que una medida comunitaria no corresponde a las disposiciones del (antiguo) art. 130 S por el mero hecho de que también persiga objetivos de protección del medio ambiente». Sentencia de 11-6-1991. C-300/1989. Comisión c. Consejo. Rec. I-2901.

²² Por ejemplo, la Sentencia, precitada, del «Reglamento sobre los traslados de residuos», de 28-6-1994.

²³ Es el caso del Reglamento núm. 338/97 del Consejo, de 9-12-1996, relativo a la protección de especies de la fauna y flora silvestres mediante el control de su comercio (DOL 61 de 3-3-1997). Este Reglamento, basado en el antiguo art. 130 S, sustituyó a uno

Javier Roldán Barbero

sorprende que estos precedentes no hayan sido ponderados por la Comisión, para evitar la consulta, ni por el TJCE, para consolidar su criterio. Sí causa extrañeza, y supongo que será contestado y rebatido, que con motivo de un acto jurídico de análogos objetivos, la Comisión haya propuesto la base jurídica del artículo 133. Me refiero a la propuesta de Decisión del Consejo por la que se aprueba, en nombre de la CE, el Convenio de Rotterdam sobre el procedimiento de consentimiento fundamentado previo aplicable a ciertos plaguicidas y productos químicos peligrosos objeto de comercio internacional²⁴.

Volviendo al dictamen objeto de este comentario, sus apartados 26 a 33 están dedicados a poner de relieve que el contenido y finalidad del Protocolo de Cartagena están presididos primordialmente por razones conservacionistas. Ciertamente, los cuatro objetivos capitales de la protección del medio ambiente, tal como figuran en el artículo 174.1, del TCE, se recogen en el Protocolo. A saber: la conservación, la protección y la mejora de la calidad del medio ambiente; la protección de la salud de las personas; la utilización prudente y racional de los recursos naturales; y (desde luego) el fomento de medidas a escala internacional destinadas a hacer frente a los problemas regionales o mundiales del medio ambiente. Es elocuente a este respecto que la Comunidad haya invocado estos objetivos en la declaración hecha a terceras partes sobre su competencia en la materia que cubre el Protocolo²⁵. Asimismo, se encuentra en el Título XIX una referencia a los principios de cautela y de acción preventiva, vectores inspiradores del Protocolo de Cartagena. El Tribunal de Justicia condensa su posición en el apartado 34 con estos términos: «Así pues, del examen realizado en los apartados 26 a 33 del presente dictamen sobre el contexto, la finalidad y el contenido del Protocolo se desprende que su finalidad o componente principal es la protección de la diversidad biológica frente a los efectos adversos que pudieran resultar de las actividades que impliquen el tratamiento de organismos vivos modificados, y en particular de los movimientos transfronterizos de éstos».

VII. LA BASE JURÍDICA ESPECÍFICA DENTRO DE LA POLÍTICA COMUNITARIA DE MEDIO AMBIENTE

También a propósito de la base jurídica idónea, en el dictamen se plantea otro problema ya limitado al marco de la política comunitaria de protección

anterior, de 1982, que aplicó en la Comunidad el CITES (Convenio sobre el comercio internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestres). También es el supuesto de la Decisión del Consejo, de 1-2-1993, relativa a la celebración en nombre de la CE, del Convenio para el control de la eliminación y el transporte transfronterizo de residuos peligrosos (Convenio de Basilea). Esta Decisión, publicada en el DO L 39 de 16-2-1993, se basa igualmente en el antiguo art. 130 S.

²⁴ COM (2001) 802 final, de 24 enero. Véanse el núm. de 9 y 10 diciembre 2002 de la *Agence Europe*.

²⁵ DO L 201 de 31-7-2002.

del medio ambiente, es decir, al Título XIX del TCE. Se trataba de determinar si el fundamento jurídico del acto de celebración debía ser el artículo 174.4, o bien el artículo 175.1. En general, no es frecuente desde luego una disyuntiva de esta naturaleza atinente a un mismo Título del Tratado. Sin embargo, en el ámbito del medio ambiente es más corriente. Recuérdese a estos efectos la sentencia, precitada, sobre el Convenio relativo a la protección y uso sostenible del río Danubio: la controversia jurídica se centraba en la elección entre el apartado 1 y el 2 del artículo 175. Este mismo dilema se ha planteado en torno al acto de aprobación, en nombre de la Comunidad, del Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático. En este caso, finalmente, se ha optado también por el artículo 175.1²⁶.

En lo que atañe al Dictamen que nos ocupa, la Comisión se mostraba partidaria de utilizar la base jurídica que proporciona el apartado 4 del artículo 174. Esta disposición contempla el establecimiento de unas relaciones de cooperación entre la Comunidad y sus Estados miembros, en el marco de sus respectivas competencias, y, de otra parte, terceros países y organizaciones internacionales.

A pesar de que esta misma disposición prevé, a tal fin, la negociación y conclusión de acuerdos internacionales, el Tribunal de Justicia estimó que el fundamento jurídico pertinente es el recogido en el artículo 175.1. En efecto, de acuerdo con el razonamiento del Dictamen, el Protocolo no se limita a fijar «modalidades de cooperación», como reza el artículo 174, sino que llega a establecer normas precisas sobre los procedimientos de control de los organismos vivos modificados, en materia de movimientos transfronterizos (ap. 43). De este modo, las tesis de la Comisión quedaron desarticuladas también en este punto.

En realidad, con esta decisión el Tribunal de Justicia no hace sino confirmar el criterio ya expuesto en sus precedentes Sentencias «Peralta» y «Safety Hi-Tech»²⁷, así como la práctica generalizada seguida en este terreno por la Comunidad; por ejemplo, el Convenio sobre la diversidad biológica de 1992, marco general de referencia del Protocolo de Cartagena, fue concluido por la Comunidad mediante una Decisión del Consejo sustentada en el artículo 130 S (actualmente, art. 175, tras su modificación)²⁸. Con este criterio queda rebatida en estos casos la dualidad de bases jurídicas según que el acto de que se trate sea de naturaleza autónoma o convencional.

VIII. LA COMPETENCIA COMPARTIDA

El Dictamen 2/2000, en su parte dispositiva, se limita a declarar que «La

²⁶ DOL de 15-5-2002.

²⁷ La Sentencia *Peralta* fue dictada el 14-7-1994. C-379/1992. Rec. I-3453. Ap. 57. La Sentencia *Safety High-Tech* es de fecha 14-7-1998. C-284/1995. Ap. 43. Rec. I-4301.

²⁸ Decisión 93/626/CEE, del Consejo, de 25 octubre 1993. DO L 309.

Comunidad Europea y sus Estados miembros tienen competencia compartida para concluir el Protocolo de Cartagena sobre seguridad de la biotecnología».

La pretensión de la Comisión al respecto iba dirigida a que el Tribunal de Justicia dejara sentado que, aun tratándose de competencia compartida, la responsabilidad principal en relación al Protocolo recaía sobre la Comunidad, y sólo de manera secundaria en los Estados miembros. Lo cierto es que del razonamiento del Tribunal se infiere justamente lo contrario, pues se señala que la armonización interna operada en el ámbito del Protocolo es muy parcial (ap. 46)²⁹. Consecuentemente, se entiende que el fenómeno de *preemption* operado en esta materia es muy relativo y limitado.

A tal efecto, el Dictamen 2/2000 invoca de nuevo la celeberrima Sentencia *AETR*, dictada el 31 marzo 1971³⁰. Esta doctrina jurisprudencial proclamó el principio del paralelismo entre competencias internas y externas. Su alcance fue incluso extendido con arreglo al dictamen 1/76³¹, al disponerse en esta resolución que la competencia exterior podría ejercitarse aun cuando la competencia interna fuera simplemente potencial, siempre que esa competencia externa resultara necesaria para la consecución de un objetivo de la Comunidad Europea. Pues bien, este dictamen no es mencionado en el pronunciado el 6 diciembre 2001. Tampoco es mencionada la jurisprudencia pronunciada a este respecto en la década de los 90, dando, pues, a entender que la «cláusula *AETR*» sigue intacta desde su proclamación en 1971. El dato es interesante, ya que esa jurisprudencia finisecular se ha entendido ordinariamente que provocó un efecto de reducción, y hasta de desnaturalización, de la doctrina *AETR*. De todos modos, en el espíritu del Dictamen 2/2000 subyace la principal enseñanza extraída del dictamen 2/1991: «El carácter exclusivo, o no, de la competencia de la Comunidad –señaló este dictamen– no se deriva solamente de las disposiciones del Tratado, sino que también puede depender de la amplitud de las medidas adoptadas»³². A este respecto, es igualmente importante tomar en consideración la jurisprudencia recaída, el 5 de noviembre de 2001, en el asunto de los acuerdos aéreos con Estados Unidos. En las siete Sentencias dictadas, contra otros tantos Estados miembros, se afirma, aun con distintas circunstancias, que el derecho comunitario derivado en la materia despoja a los Estados de la competencia para celebrar acuerdos internacionales de «cielos abiertos», y le atribuye a la Comunidad Europea en exclusiva la titularidad de dicha competencia³³.

²⁹ Este apartado cita expresamente como normativa en la materia las Directivas 90/219 y 90/220, así como la Directiva 2001/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 marzo 2001, sobre la liberación intencional en el medio ambiente de organismos modificados genéticamente (DO L 106), cuyo art. 36, ap. 1, deroga la Directiva 90/220.

³⁰ As. 22/1979. Comisión c. Consejo. Rec. pg. 274; en particular puntos 16 y 17.

³¹ Dictamen de 26-4-1977. Rec. pg. 755.

³² Dictamen de 19 marzo 1993. Rec. I-1061.

³³ Véase, por ejemplo, la Sentencia dictada en el asunto Comisión c. República de Austria. C-475/1998. En el ap. 114 se lee: «De lo anterior se desprende que, desde la

Ahora bien, si es cierto que el acervo jurídico europeo en relación a los transgénicos es aún modesto, no es menos verdad que la materia ha sido objeto, con posterioridad a la emisión del dictamen 2/2000, de un desarrollo normativo, que seguramente irá alimentándose en el futuro³⁴. Podría pensarse entonces (en particular, por lo que se refiere a los movimientos transfronterizos internos de transgénicos) en una armonización normativa exhaustiva que atribuyera la competencia exclusiva en este terreno a la Comunidad y privara, consecuentemente, a los Estados miembros de sus competencias en relación al Protocolo de Cartagena. Precisamente, ha sido sólo aducir que el «efecto AETR» había cohibido y retraído a los Estados miembros para llevar a cabo el desarrollo normativo interno por temor a la comunitarización externa *ipso facto* de la materia de que se tratase. En buena, pero improbable, lógica jurídica los Estados miembros habrían de denunciar por su parte el Protocolo de Cartagena una vez que carecieran de competencias sobre el ámbito que cubre este tratado internacional³⁵. Si no lo hicieren, siguiendo con la puridad jurídica, se expondrían a un recurso de incumplimiento ante el Tribunal de Justicia por usurpación de competencias comunitarias que ya no le corresponden. Sin embargo, no deja de ser ilustrativo que todos los acuerdos internacionales hasta la fecha celebrados por la Comunidad en materia de medio ambiente hayan sido de carácter mixto, como luego se dirá también.

Además, recordemos que el artículo 34 del Convenio sobre la Diversidad Biológica de 1992 exige que la «organización de integración económica

entrada en vigor del Reglamento núm. 2409/92, la República de Austria ya no podía contraer por sí sola obligaciones internacionales respecto a las tarifas que pueden aplicar las compañías aéreas de terceros países en las rutas intracomunitarias».

³⁴ Puede verse a este propósito la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la trazabilidad y etiquetado de los organismos modificados genéticamente y la trazabilidad de los alimentos y piensos producidos a partir de éstos, y por el que se modifica la Directiva 2001/18/CE. COM (2001) 182, de 25 julio. Este Reglamento, basado en el art. 95 del TCE («Aproximación de legislaciones»), ya ha sido objeto de un acuerdo político, y en breve será publicado en el Diario Oficial. Tiene interés señalar que los Países Bajos se han desmarcado del compromiso por estimar que el Reglamento iría en contra del Protocolo de Cartagena. *Agence Europe*. 11-12-2002. Es igualmente digna de reseña la Decisión del Consejo, de 3 octubre 2002, por la que se establecen unas notas de orientación complementarias al anexo VII de la Directiva 2001/18/CE sobre la liberación intencional en el medio ambiente de organismos modificados genéticamente y por la que se deroga la Directiva 90/220/CEE del Consejo. DO L 280 de 18-10-2002. En el plano doctrinal, consúltese JAZRA BANDARRA, N.: «Cadre communautaire réglementaire pour les organismes génétiquement modifiés», *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, núm. 456, Mars-02, pgs. 187-194. En el momento de redactar estas líneas, está tramitándose en el Senado español una ley relativa al uso y comercialización de transgénicos, de acuerdo con las normas comunitarias.

³⁵ A estos efectos, es interesante reproducir la noticia de la que da cuenta el Boletín de la UE de octubre de 2001 (p. 1-4-65): El Consejo autoriza a la Comisión a negociar, en nombre de la Comunidad, las partes del Protocolo que modifica el Convenio de Atenas de 1974 relativo al transporte de pasajeros y sus equipajes. La competencia comunitaria al respecto venía dada por la aprobación del Reglamento 44/2001.

regional» comunique y actualice el estado de sus competencias en relación a las mantenidas por su Estados miembros. De tal manera que la delimitación correcta y puesta al día de las respectivas competencias no es sólo una exigencia interna, derivada del Derecho comunitario europeo, sino también una imposición exógena, derivada razonablemente del Derecho internacional. La Comunidad Europea, en efecto, como acto anexo a la Decisión del Consejo relativa a la celebración del Protocolo de Cartagena sobre la bioseguridad, aprobó una Declaración de competencias, bien es verdad que no muy expresiva, que promete actualizar en el futuro³⁶.

Hay que congratularse, pues, de que el Tribunal de Justicia haya abandonado y rectificado tácitamente el criterio que mantuvo en la Resolución 1/78, emitida en el marco de la CEEA, de conformidad con la cual la distribución interna de competencias en el marco comunitario no ha de ser desvelada a terceros países, habida cuenta sobre todo del carácter evolutivo de esta distribución³⁷. Este aserto era reprochable desde el prisma de la seguridad jurídica y de la buena fe, y ha sido desmentido por una práctica internacional que obliga progresivamente a la Comunidad a inventariar y notificar a terceros su marco de competencias³⁸. Es muy elocuente conocer a estos efectos, en el mismo marco del EURATOM, la Sentencia de 10 diciembre 2002 dictada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas³⁹. Esta sentencia anula un párrafo de la declaración de competencias efectuada por la CEEA por imperativo de la Convención sobre Seguridad Nuclear. El Tribunal estima que esta declaración, anexa a la Decisión del Consejo por la que se aprueba la adhesión de esta Comunidad a la citada Convención, no se ajusta al marco real de competencias comunitarias. Esta importante sentencia ilustra, en definitiva, el sometimiento al control jurisdiccional europeo de estas declaraciones de competencias exigidas por tratados internacionales. Añadamos que el dinamismo consustancial al proceso de construcción europea difícilmente podrá ser embridado ni elucidado por la Conferencia Intergubernamental prevista para el año 2004⁴⁰.

³⁶ La Decisión del Consejo de celebración del Protocolo y la declaración aneja de competencias figuran publicadas en el DOL 201 de 31-7-2002.

³⁷ Resolución de 14-11-1978. Rec. pg. 2178, punto 35.

³⁸ Este género de problemas, sirviéndome de un *case study*, lo analicé en mi artículo «La CEE y el Convenio sobre Derecho del Mar de 1982. Consideraciones sobre la relación entre el Derecho Comunitario y el Derecho Internacional», *Revista de Instituciones Europeas*, 1991-2, pgs. 551-585.

³⁹ C-29/1999. Comisión c. Consejo. Aún no publicada en la Recopilación.

⁴⁰ Véanse a este propósito las reflexiones de Díez-Hochleitner, J.: «El futuro del sistema competencial comunitario: algunas propuestas de reforma», en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (dir.) y ALONSO GARCÍA, R. (subdir.): *La enrocijada constitucional de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002, pgs. 85-102. En la pg. 96 escribe: «no consideramos que se den aún las circunstancias que permitan abandonar el método funcionalista y dinámico que preside el proceso de construcción europea y dar el salto a un *Kompetenzenkatalog* de corte federalista». De la misma opinión es MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., que ha trabajado con rigor y acierto las cuestiones competenciales de la Unión. Véase su último trabajo al respecto: «La delimitación de competencias entre la Unión europea y los Estados miem-

Una observación final, que me parece de interés, resulta del apartado 16 del Dictamen 2/2000. Este apartado comienza enunciando lo siguiente: «Es evidente que el alcance de las competencias respectivas de la Comunidad y de los Estados miembros en los ámbitos regulados por el Protocolo determina el alcance de su responsabilidad respectiva por lo que se refiere a la ejecución de las obligaciones derivadas de éste». De esta aseveración se colige que, en los ámbitos que le son propios y exclusivos, la Comunidad asume la responsabilidad internacional también exclusiva y excluyente por las infracciones cometidas. Tal cosa no quedaba enteramente elucidada en la jurisprudencia comunitaria precedente: en la Sentencia *Kupferberg* se insinuaba, en efecto, una relación jurídica directa entre los Estados miembros de la Comunidad y los cocontratantes de ésta⁴¹. Dicha insinuación quedaba eliminada, da la impresión que deliberadamente, en la posterior Sentencia *Demirel*, pero la duda no quedaba claramente disipada⁴². Por añadidura, este pronunciamiento del Tribunal de Justicia en su dictamen 2/2000 habrá de ser tenido en consideración para el régimen internacional de la responsabilidad internacional pasiva de las organizaciones internacionales, un régimen presidido por los silencios y las ambigüedades.

IX. EL CARÁCTER MIXTO, DESDE LA PERSPECTIVA COMUNITARIA, DEL PROTOCOLO DE CARTAGENA

A diferencia del ordenamiento jurídico español, en el que la descentralización *ad intra* convive con el régimen sustancialmente unificado de la política exterior, la política exterior de la Comunidad Europea no es única ni exclusiva, sino compartida con los Estados miembros, a excepción de la política comercial común. Esta circunstancia explica el fenómeno de los acuerdos mixtos, esto es, los concelebrados por la Comunidad y sus Estados miembros. Se trata de un fenómeno que encierra ventajas e inconvenientes, y genera gran número de problemas jurídicos. En el ámbito de la protección del medio ambiente, el carácter mixto de los acuerdos internacionales ha sido una constante, como fiel trasunto de la naturaleza compartida de esta política⁴³.

El dictamen 2/2000 avala el carácter mixto del Protocolo de Cartagena al tratarse, efectivamente, de una competencia compartida. No se trata, por tanto, de una celebración mixta hecha de manera artificial, innecesaria, como sucede en muchas ocasiones para soslayar especulaciones y polémicas

bros: sobre el difícil equilibrio entre la flexibilidad, la eficacia y la transparencia». *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 12, 2002, pgs. 343-391.

⁴¹ Sentencia de 26-10-1982. As. 104/1981. Rec. 3641, pg. 13.

⁴² Sentencia de 30-9-1987. 12/1986. Rec. pg. 3719. pg. 11.

⁴³ Sobre estas cuestiones es sumamente útil la consulta de la obra de FAJARDO DEL CASTILLO, T.: *La política exterior de la Comunidad Europea en materia de medio ambiente*, Tesis doctoral, Granada, 2002. En prensa para su publicación.

sobre la distribución de competencias y asegurar la presencia de los Estados miembros⁴⁴.

Además, el artículo 34.2, del Convenio sobre la diversidad biológica de 1992 prevé la hipótesis de que el Protocolo acabe siendo del tipo «acuerdo mixto incompleto»; es decir, que no todos los Estados miembros de la Unión sean parte en el Protocolo. En tal circunstancia, se exige que la Comunidad actúe en representación de esos Estados que no se vinculen al protocolo. Se trata, pues, de otra manifestación de injerencia justificada del Derecho internacional en el régimen interno europeo, donde coexisten distintos sujetos del *Derecho de Gentes*. Se trata, más específicamente, de evitar una situación anómala, cual es la de las reservas *de facto* que plantea los Estados miembros que no se vinculan como tales a un tratado internacional (que no le obliga, pues, en lo que se refiere a las competencias estatales), pero se vinculan parcialmente a través de las competencias comunitarias. Recordemos que los acuerdos internacionales de la Comunidad obligan a sus Estados miembros (art. 300.7, del TCE). Precisemos, no obstante, que todos los Estados miembros han firmado el Protocolo y han declarado su disposición a manifestar el consentimiento para vincularse individualmente a este tratado. De hecho, la Decisión del Consejo, por la que se celebraba el Protocolo en nombre de la Comunidad, fue adoptada prácticamente por unanimidad (tan sólo Francia adjuntó una reserva formal).

En cualquier caso, los acuerdos de carácter mixto provocan considerables problemas de negociación, celebración y ejecución. En la Conferencia Inter-gubernamental de 2000, que desembocó en la firma del Tratado de Niza, se debatió, finalmente sin fruto, una fórmula general que permitiera agilizar la gestión de estos acuerdos y asegurar la unidad de acción exterior. Sólo cabe resaltar al respecto que este Tratado (en vigor desde el 1-2-2002) ensalza, en una declaración adjunta, la elaboración de acuerdos interinstitucionales con vistas a facilitar la aplicación del TCE.

Ante el silencio general, en consecuencia, que sigue guardando a este propósito el derecho primario, el Tribunal de Justicia invoca, siempre que tiene oportunidad, el principio de cooperación, si bien no determina una base ni un procedimiento particulares a fin de implementar este principio, especie de corolario en las relaciones exteriores del principio de lealtad comunitaria.

⁴⁴ Es digna de ser citada, a este respecto, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 19-3-2002. C-13/2000. Comisión c. Irlanda. En esta resolución se dilucida *a posteriori* la titularidad de una competencia regulada en el Acuerdo –de carácter mixto– que instituye el Espacio Económico Europeo. En efecto, se afirma que los derechos de autor y derechos afines, objeto del recurso, están comprendidos en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario. Sobre el alcance de la interpretación por parte del TJCE de los acuerdos mixtos debe tenerse en cuenta, en especial, la Sentencia *Hermès*, dictada el 16-6-1998. C-53/1996. I-3647. En esta resolución se señala que el Tribunal de Justicia es competente para pronunciarse sobre disposiciones que puedan aplicarse tanto a situaciones regidas por el Derecho nacional como a situaciones regidas por el Derecho comunitario (ap. 32).

ria, aunque la cooperación exterior debe ser exigida igualmente a la Comunidad respecto de sus Estados miembros.

Así pues, a falta de una fórmula general, que también ha sido postulada por la doctrina⁴⁵, la materialización del principio de cooperación se procura hacer mediante fórmulas «ad hoc», como el Arreglo suscrito en relación a la participación en la FAO⁴⁶. Otra veces no llega a fructificar el acuerdo en la materia, como ha sucedido con el abortado Código de Conducta propuesto en relación a los trabajos de la OMC.

Lo más relevante del dictamen 2/2000 sobre el particular es la pretensión esgrimida por la Comisión de que las dificultades inherentes a la gestión de un acuerdo mixto debían inclinar al Tribunal de Justicia a favorecer la competencia exclusiva, o al menos preponderante, de la Comunidad en las materias reguladas por el Protocolo. Esta pretensión, de haber sido admitida por el Tribunal –que no lo fue– traería consigo una modificación del reparto competencial por razones digamos pragmáticas. En concreto, desbordaría el principio del paralelismo de competencias internas y externas para acentuar éstas en razón de las complicaciones aparejadas a la cohabitación CE-Estados miembros en el escenario internacional. Lo cierto es que las competencias exteriores resultan a menudo cercenadas tanto por reticencias internas como por imperativo de un ordenamiento jurídico, el internacional, diseñado fundamentalmente para regir las relaciones entre Estados, y mal equipado, por ende, para asumir un sujeto como la Comunidad Europea. Con el argumento blandido por la Comisión se compensaría, por razones funcionales, el déficit exterior de la Comunidad aplicando una suerte de *discriminación positiva* a sus facultades en materia de política internacional. Es significativo a estos efectos que la Convención sobre el futuro de la Unión Europea haya incidido, hasta la fecha, más en la posible ampliación de competencias exteriores que de las internas. Realmente, el paralelismo proclamado por la jurisprudencia comunitaria no se confirma en la práctica: las competencias exteriores funcionan de manera distinta, y por lo general más alicorta, que las internas. El ejemplo de la Unión Económica y Monetaria es elocuente. Volviendo al dictamen 2/2000, la respuesta categórica del Tribunal a la pretensión de la Comisión está recogida en su apartado 41: «cualquiera que sea su amplitud, las dificultades prácticas ligadas a la aplicación de los acuerdos mixtos, invocadas por la Comisión para justificar el recurso al artículo 133 CE –que confiere a la Comunidad una competencia exclusiva en materia de política comercial común–, no pueden considerarse pertinentes a efectos de determinar la base jurídica de un acto comunitario». En este punto se remite a lo ya dicho, de forma concordante, en el

⁴⁵ Sobre la conveniencia de introducir en el TCE una base jurídica específica que regule y especifique el principio de cooperación en el orden exterior véase HELISKOSKI, J.: «Should There Be a New Article on External Relations», en KOSKENNIEMI, M. (ed.): *International Law Aspects of the European Union*, The Hague, 1998, pgs. 273-287.

⁴⁶ La vulneración de este Arreglo está en el trasfondo de la Sentencia sobre el *Acuerdo en materia de pesca de la FAO*, dictada el 19-3-1996. C-25/1994. Rec. I-1469.

Javier Roldán Barbero

apartado 107 del dictamen 1/1994. Consecuentemente, el Tribunal vuelve en este dictamen 2/2000 a invocar el lável principio de cooperación a modo de paliativo de las dificultades convivenciales que plantea el maridaje CE-Estados miembros en asuntos exteriores. Conviene agregar que algunas observaciones formuladas en este procedimiento por Estados, principalmente el Reino Unido, habían aludido al correcto funcionamiento práctico del principio de cooperación en torno a los AMUMA (acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente) y, por tanto, a la exageración que la Comisión había cometido magnificando las dificultades funcionales. Es decir, para estos Estados la cuestión estribaba en subestimar el alcance de las dificultades prácticas, no en rebatir, por principio, como hace atinadamente el TJCE, la pertinencia de esas dificultades para determinar el reparto de competencias.

X. EL DERECHO INTERNACIONAL COMO PARÁMETRO DE INTERPRETACIÓN

A lo largo del Dictamen 2/2000, y consecuentemente del presente comentario, aparecen diversas referencias relativas al orden internacional. Este escenario es el que justifica las ventajas de ejercer el control preventivo, y no el posterior, de la «constitucionalidad» de un acuerdo internacional que piensa celebrar la Comunidad Europea. También este ordenamiento jurídico impone exigencias adicionales que aconsejan la elucidación de las competencias (y responsabilidades) de la Comunidad y de sus Estados miembros. Igualmente, en fin, el Derecho internacional establece unas reglas, difíciles de congeniar a veces con el modelo de construcción europea, que llevan a enfatizar el principio de cooperación entre la Comunidad y sus Estados en las relaciones internacionales.

Resta por añadir en este último epígrafe una última consideración de importancia proveniente del Derecho internacional: el Tribunal de Justicia lleva a cabo la interpretación del Protocolo de Cartagena de conformidad con las reglas de interpretación propias de este ordenamiento jurídico. En concreto, el Dictamen maneja el artículo 31 del Convenio de Viena de 1969 sobre Derecho de Tratados celebrados entre Estados. Esta disposición, que establece la regla general en la materia, señala en su apartado 1 lo siguiente: «Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin».

Pues bien, interesa precisar que la Comunidad no es parte –ni podría serlo al no ser un Estado– de este Convenio de Viena. De manera que la invocación del artículo 31 se hace como manifestación del derecho consuetudinario internacional, aunque esto no se diga en el Dictamen. No es, desde luego, ésta la primera aplicación de la costumbre internacional en la juris-

prudencia europea⁴⁷. Sin embargo, este Dictamen sirve para recordar un dato que a menudo pasa desapercibido: que la costumbre internacional forma parte del cuadro de normas y actos del Derecho de la Unión Europea.

Más en concreto, en este caso se informa de que el Derecho internacional proporciona las reglas con arreglo a las cuales hay que interpretar los acuerdos internacionales concluidos por la Comunidad⁴⁸.

Las reglas internacionales de interpretación conducen, pues, al Tribunal de Justicia a determinar que el Protocolo de Cartagena ha de enmarcarse en la política comunitaria de protección del medio ambiente.

El contexto del Protocolo al que se refiere el citado artículo 31 se encuentra primeramente en el Acuerdo-marco del que deriva: el Convenio sobre Biodiversidad de 1992. Igualmente, el Dictamen pondera a estos efectos una manifestación, digamos, de *soft law* internacional: los principios de la Declaración de Río de Janeiro aprobados en la cumbre de la Tierra celebrada ese mismo año. Por último, el Tribunal constata que el Protocolo de Cartagena se fundamenta en un principio básico del derecho internacional del medio ambiente: el «consentimiento fundamentado previo» (véanse aps. 24 y ss.).

Ciertamente, la dependencia del proceso creativo de normas en Derecho internacional, de la adopción de fórmulas jurídicas colectivas en la comunidad internacional, lleva consigo considerables, y exasperantes, demoras para canalizar los grandes retos ecologistas de nuestro tiempo. Tengamos presente que el «pacto de contrahendo» para celebrar un acuerdo sobre los movimientos internacionales de transgénicos procede del Convenio citado de 1992; que el inicio de negociaciones tendentes a alcanzar ese acuerdo data de 1997; que el Protocolo sólo fue adoptado en 2000; que la entrada en vigor del Protocolo requiere el depósito de 50 instrumentos de vinculación al mismo; que, una vez en vigor, el Protocolo sólo obligará lógicamente a los Estados (y Comunidad Europea) partes en el mismo...

Ahora bien, el desarrollo sostenible que proclaman como objetivo la Unión y, singularmente, la Comunidad Europea (art. 2 del TUE y del TCE) requiere e implica ineluctablemente soluciones globales. La gobernanza europea y la mundial están, en consecuencia, ensambladas de manera inextrica-

⁴⁷ A este respecto, es particularmente notable la Sentencia *Racke*, dictada por el TJCE el 16-6-1998. Sobre esta resolución publiqué un comentario con el título «La costumbre internacional, la cláusula *rebus sic stantibus* y el Derecho comunitario», *Revista Española de Derecho Internacional*, 1998-2, pgs. 9-34.

⁴⁸ Conviene referir a este propósito también el ap. 22 de una Sentencia del TJCE de 14-7-1998: «Es sabido que los textos de Derecho comunitario deben interpretarse, en la medida de lo posible, a la luz del Derecho internacional, en particular cuando dichos textos tienen por objeto precisamente la aplicación de un Acuerdo internacional celebrado por la Comunidad». C-284/1995 y C-341/1995. Rec. I-4340.

Javier Roldán Barbero

ble, como se recuerda tantas veces en el marco de la Unión⁴⁹. Dicho en otras palabras, en el Protocolo de Cartagena y en el Dictamen 2/2000 late la necesidad de entrelazar el derecho comunitario del medio ambiente con el derecho internacional en la materia.

⁴⁹ Cfr., como referencia adicional, lo dicho a este respecto por el Consejo Europeo de Niza, celebrado en diciembre de 2000. Sus conclusiones se encuentran, por ejemplo, en el Boletín de la UE 12-2000. Puntos I-22 y I-23.